

Responsabilità da contatto sociale della p.a. e giurisdizione: il dito e la luna

Analisi di Cassazione, Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, C.g.a., sent. non def. 15 dicembre 2020, n. 1136, e Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, nonché Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, e 6 aprile 2021, n. 2753, e Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, Cassazione, Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428, in fine di Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21.



Considerazioni utili per sfatare alcuni “falsi miti” ed erronee suggestioni alla luce del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un’idea di “diritto amministrativo paritario”

MARCO CERUTI è Avvocato in Como e Dottore di ricerca in Storia e Dottrina delle Istituzioni (Università degli Studi dell’Insubria). Collabora con l’Osservatorio sul diritto degli appalti pubblici dell’Università di Trento in qualità di membro del comitato di redazione.

Sommario

Premessa: Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236.....	14
La vicenda controversa.....	15
Il regolamento preventivo di giurisdizione.....	15
La giurisdizione del giudice ordinario	15
La responsabilità da contatto sociale qualificato	18
1. La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?.....	19
2. La selva: “ <i>Nel mezzo del cammin di nostra vita mi ritrovai per una selva oscura ché la diritta via era smarrita</i> ”.....	32
Prolegomeni: prime considerazioni critiche sulla decisione della Cassazione	33
2.1 - Legge 7 agosto 1990, n. 241	34
2.2 - Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104	36
2.3 - Materie di giurisdizione esclusiva: l'art. 133 c.p.a.	43
2.4 - Materie di giurisdizione estesa al merito: l'art. 134 c.p.a.....	61
2.5 - La fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni	94
3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza nazionale: la “guerra dei mondi”	110
4. Fondamento della responsabilità della p.a.	135
4.1 - Natura della responsabilità della p.a.	135
4.2 - All'Adunanza plenaria la natura della responsabilità risarcitoria della p.a.	141
4.3 - Sulla responsabilità nell'ambito di una gara pubblica	153
4.4 - Responsabilità precontrattuale e dovere di correttezza e buona fede	161
4.5 - Ulteriori profili della responsabilità civile della p.a.	173
5. Responsabilità precontrattuale o per violazione dei principi della funzione? Considerazioni per una tutela meno incerta	188
5.1 - La <i>vis expansiva</i> dei doveri di correttezza e lealtà anche nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi.....	210
La vicenda	210
L'ordinanza di rimessione.....	211
La soluzione dell'Adunanza plenaria	212
I principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria	215
5.2 - La problematica applicazione dei principi civilistici a procedure amministrative	216
5.3 - Il riparto della giurisdizione nella materia dei contatti pubblici.....	222
6. Riparto della giurisdizione e problematiche interpretative.....	240
6.1 - Superiorità pubblica sul privato: l'interesse legittimo	241
6.2 - All'attività autoritativa procedimentalizzata <i>ex lege</i> si applica il buon andamento <i>ex art. 97 Cost.</i> e non il codice civile	243
6.3 - L'attività amministrativa vincolata implica un diritto soggettivo anziché l'interesse legittimo?	246

6.4 - Amministrazione per provvedimenti (<i>rectius</i> : procedimenti) e per contratti (<i>rectius</i> : prestazioni): responsabilità per inadempimento senza obbligo di prestazione	263
6.5 - Responsabilità da cose in custodia (es. strade) e da fauna selvatica	274
6.6 - Quale giurisdizione sui diritti “inaffievolibili”? Sovrapposizione di giurisdizioni e incertezza del diritto	294
6.7 - Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale	302
Osservazioni conclusive: “Quando il saggio indica la luna, lo stolto guarda il dito”	313
Spunti di riflessione: “E quindi uscimmo a riveder le stelle”	338
Mappa concettuale (quadro sinottico)	360

*Al'Amore della mia vita ("Beatrice"),
che non ho più. Un giorno
ci incontreremo e sorrideremo,
in questa vita o nell'altra.*

Abstract

Un antico proverbio orientale dice che “quando il saggio indica la luna, lo stolto guarda il dito”.

L’opera mostra che l’attuale quadro normativo per la giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo è soggetto a molteplici criteri, che nel loro insieme possono generare conseguenze non desiderate, in grado di compromettere l’efficacia dell’intero sistema. Si ritiene che un approccio minimale alla sua riforma non sia adeguato. È necessario un disegno più ampio per semplificare i criteri attuali e definire un unico e chiaro criterio per accrescere l’efficacia delle norme mediante la semplificazione. Il *paper* propone come utile riferimento l’insegnamento della Corte costituzionale. L’adozione di un unico criterio per il riparto di giurisdizione, il collegamento al potere pubblico, consentirebbe di ridurre il ricorso a criteri collaterali (specialmente alla discrezionalità amministrativa) e il contenimento della incertezza del diritto associata alle più disparate decisioni emesse sul punto. Si propone l’adozione di un quadro normativo comune per la giurisdizione sulla funzione pubblica, per superare l’attuale frammentazione giurisprudenziale ed istituzionale. Inoltre, il giudice non deve fermarsi alle espressioni letterali utilizzate dalle parti ma deve indagare e considerare il contenuto sostanziale della domanda come ricavabile, ad esempio, dalle argomentazioni contenute dell’atto introduttivo o negli atti difensivi successivi.¹

L’espressione “Ci sarà pure un giudice a Berlino” oppure “esiste dunque un giudice a Berlino” è stata attribuita ad un’opera di Bertold Brecht, ma nessuno cita il titolo del componimento. In una delle versioni riportate ai giorni nostri si narra la storia di un mugnaio che lotta tenacemente contro l’imperatore per vedere riparato un abuso.² La storia è la seguente: a Potsdam, vicino Berlino,

¹ Quest’ultima fattispecie, poi, sottende il cd. “vizio di sussunzione”, ipotizzabile “quando il giudice di merito”, dopo avere individuato e ricostruito – e ciò “sulla base delle allegazioni e delle prove offerte dalle parti e comunque all’esito dello svolgimento dell’istruzione cui ha proceduto” – “la *“quaestio facti”*, cioè i termini ed il modo di essere della cd. fattispecie concreta dedotta in giudizio, procede a ricondurre quest’ultima ad una fattispecie giuridica astratta piuttosto che ad un’altra cui sarebbe in realtà riconducibile oppure si rifiuta di ricondurla ad una certa fattispecie giuridica astratta cui sarebbe stata riconducibile o ad una qualunque fattispecie giuridica astratta, mentre ve ne sarebbe stata una cui avrebbe potuto essere ricondotta, in tal modo incorrendo in errore” (così, da ultimo, Cass. Sez. 3, ord. 29 agosto 2019, n. 21772). Pertanto, “la valutazione così effettuata dal giudice di merito e la relativa motivazione, non inerendo più all’attività di ricostruzione della *“quaestio facti”* e, dunque, all’apprezzamento dei fatti storici in funzione di essa, bensì all’attività di qualificazione *“in iure”* della *“quaestio”* per come ricostruita, risulta espressione di un vero e proprio giudizio normativo”, sicché “il relativo ragionamento” operato dal giudice di merito, “connotandosi come ragionamento giuridico (espressione del momento terminale del brocardo *“da mihi factum dabo tibi ius”*) è controllabile e deve essere controllato dalla Corte di Cassazione nell’ambito del paradigma del n. 3) dell’art. 360 c.p.c.” (così, nuovamente, Cass. Sez. 3, ord. n. 21772 del 2019, cit.). La doglianza prospettata con il predetto motivo di ricorso consente, dunque, di scrutinare la corretta applicazione della regola causale, visto che “nel paradigma dell’art. 360, n. 3, c.p.c.), il vizio denunciabile davanti al giudice di legittimità è, com’è noto, individuato sia nella violazione che nella falsa applicazione della norma di diritto”. Si tratta di affermazione, questa, assurda ormai al rango di vero e proprio “diritto vivente”, essendo costante e pacifico nella giurisprudenza – anche al suo più elevato livello nomofilattico – il principio secondo cui “il controllo di legittimità non si esaurisce in una verifica di correttezza dell’attività ermeneutica diretta a ricostruire la portata precettiva della norma, ma è esteso alla sussunzione del fatto, accertato dal giudice di merito, nell’ipotesi normativa” (così, Cass. Sez. Un., sent. 18 gennaio 2001, n. 5; in senso conforme: Cass. Sez. Lav., sent. 16 agosto 2004, n. 15968; Cass. Sez. Lav., sent. 12 maggio 2006, n. 11037; Cass. Sez. 3, sent. 28 novembre 2007, n. 24756, oltre a Cass. Sez. 3, sent. n. 21772 del 2019, cit., e Corte di Cassazione, Sez. III Civile, 22 febbraio 2021, n. 4662).

² La storia è narrata anche nel libro *Il Regno di Federico di Prussia, detto il Grande* scritto da Enrico Broglio nel 1880, politico italiano che fu prima Ministro dell’Istruzione e poi dell’Agricoltura e dell’Industria. Nel volume Broglio racconta la storia del mugnaio Arnold di Sans-Souci e della sua lotta per ottenere giustizia contro i soprusi di un nobile, ed è qui che si trova la frase “ci sono de’ giudici a Berlino”. La vicenda è il resoconto di una storia successa realmente durante il regno di Federico. Il mulino dove lavorava Arnold era stato affittato alla sua famiglia da generazioni ed era di proprietà del Conte di Schietta. Un giorno del 1770 il Barone Von Gersdorf volle costruirsi una peschiera e deviò gran parte dell’acqua che alimentava il mulino. A causa di questo, il mugnaio non riuscì più a macinare il grano e a pagare l’affitto per il mulino. Disperato si rivolse ai giudici ma essi erano stati corrotti e diedero sempre ragione al barone. Arnold decise di rivolgersi al giudice supremo, il sovrano Federico il Grande, andando fino a Berlino. Esaminando il caso, Federico diede ragione

l'imperatore Federico II di Prussia voleva espropriare il mulino di un mugnaio per abbatterlo. Si trattava chiaramente di un abuso di potere in quanto il motivo consisteva nel fatto che il mulino danneggiava il panorama del suo nuovo castello di Sans Souci. Pur di averla vinta, l'imperatore non esitò a corrompere tutti i giudici e tutti gli avvocati a cui il mugnaio si rivolgeva. Con grande tenacia, il mugnaio riuscì a trovare un giudice onesto che lo aiutò a vincere la causa. Ecco perché si usa l'espressione per dire che, alla fine, la giustizia trionfa comunque.

Nel Belpaese, in un caso del genere, il problema del mugnaio non sarebbe tanto trovare un giudice, ma quello effettivamente munito di giurisdizione sulla controversia. Ciò contribuisce ad aggravare la situazione deficitaria della giustizia italiana, da sempre al centro di dibattiti sulle riforme dei processi al fine di ridurre i tempi ed aumentare l'effettività giurisdizionale, anche per incentivare investimenti dall'estero e incrementare la fiducia degli utenti del servizio.

Per Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della p.a. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'Amministrazione. La predetta tesi, che trova il conforto dell'art. 2 Cost. e riscontri in ambito contrattuale (principi di correttezza e buona fede, nelle trattative, nell'esecuzione e nell'interpretazione), pone seri problemi esegetici sul piano del diritto amministrativo.

Le questioni analizzate ed i percorsi argomentativi delineati nell'Ordinanza in commento impongono una rinnovata riflessione su diversi temi ed, in particolare, sul rapporto, nell'ordinamento interno, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione (speciale) amministrativa, soprattutto alla luce degli ormai sempre più rarefatti contorni delle figure soggettive dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo; sulla reale esigenza che, nel sistema della giustizia amministrativa, venga definitivamente individuato un "unico" giudice di ultima istanza, processo che, tuttavia, non può costituire l'esito di interpretazioni estensive di singole prescrizioni della Carta costituzionale, o ancora sul rapporto tra il giudice ordinario e quello amministrativo e se questo sia di "alternatività" o di "complementarità", nel senso che il giudice civile è egli stesso interprete del diritto amministrativo.

Infatti, non può affatto sottacersi che nella fattispecie – sotto l'egida della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c. – si verrebbe a configurare una duplicazione di sindacato sulla violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e dei crismi dell'agire amministrativo in assenza di un interesse pubblico concreto. Occorre evidenziare che la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto dei principi di legalità e di buona fede e dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità

al mugnaio e incarcerò i giudici corrotti. Come riporta Broglio, la vicenda "fece gran chiasso in tutta Europa [...] destando sentimenti e giudizi discrepanti; di viva ammirazione nei più, di severa condanna in pochi". Da questa vicenda si diffuse la famosa frase "ci sarà pure un giudice a Berlino" oppure "esiste un giudice a Berlino!". Da quel momento l'espressione è usata per esprimere la speranza in una giustizia imparziale su cui può contare anche l'uomo comune. Nonostante ci siano dei dubbi rispetto all'uso della frase da parte di Brecht in uno dei suoi racconti, sicuramente il drammaturgo avrebbe potuto usarla benissimo in una delle sue opere. Ma il dubbio sull'origine della frase rimane. Il drammaturgo Peter Hacks nel 1958 aveva scritto un dramma ispirato dalla vicenda del mugnaio Arnold, *Der Müller von Sanssouci*. Anche Hacks aveva dichiarato che era stato ispirato da Brecht, ma senza precisare in quale modo.

e di trasparenza (art. 1, comma 1, legge n. 241/90 s.m.i.), nel rispetto degli artt. 24, 97 e 111 Cost. Come appena ricordato, infatti, un Ente istituzionale non può e non deve utilizzare l'ambito della "potestas publica" (viabilità, salute, commercio, urbanistica, ambiente etc.) per scopi diversi dal fine pubblico proprio dell'interesse generale pubblico perseguito da detto specifico potere.

Tant'è che di recente Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, ha sottoposto all'Adunanza plenaria la questione della giurisdizione sulla richiesta di risarcimento del privato per incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo, nonché la possibilità del ricorrente in primo grado di eccepire in appello il difetto di giurisdizione. La stessa sezione, con ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753 (e in ragione del richiamato contrasto in giurisprudenza), ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo, le seguenti questioni: a) se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione; b) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale. Inoltre, Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni se: a) sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio); b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'; c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione.³

L'ordinanza Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013, è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, quella 6 aprile 2021, n. 2753, è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, mentre Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3701, è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20.

In virtù del pronunciamento dell'Adunanza plenaria pare utile esaminare le questioni sottese alla materia in argomento al fine di evidenziare le maggiori criticità.

A sua volta, il CGARS siciliano, con sent. non def. 15 dicembre 2020, n. 1136, aveva sottoposto alla Adunanza plenaria l'esatta qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi. Qualificazione che lo stesso organo giudiziario rimettente intenderebbe ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale, dato anche il più recente indirizzo della Corte di Cassazione (in cui rientra sicuramente Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236); ampio spazio viene dato al ruolo delle sopravvenienze normative che, in caso di protratta inerzia della p.a., si rivelano tali da rendere sostanzialmente inutili i provvedimenti amministrativi solo tardivamente adottati. Tuttavia, Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, ha ribadito la ricostruzione ermeneutica

³ Cfr. M. Lopinto, *Profili giurisdizionali e danno per lesione dell'affidamento incolpevole. Punti riassuntivi, giurisprudenza, riflessioni già emerse e considerazioni nuove in attesa della decisione dell'adunanza plenaria*, in *IlCaso.it*, 19 maggio 2021, Id., *Ancora brevi note in attesa dell'adunanza plenaria in materia di lesione dell'affidamento "incolpevole"*, *ibidem*, 30 agosto 2021.

effettuata dalle Sezioni Unite, con sentenza n. 500/1999, ancorché tale interpretazione sia già messa in crisi dal portato europeo in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Anzitutto, occorre tenere bene a mente che l'attività della p.a. risulta procedimentalizzata *ex lege* e persegue il buon andamento *ex art. 97 Cost.*, non trovando applicazione il codice civile (se non in maniera marginale e solo laddove compatibile: es. art. 1, comma 1-*bis*, e art. 11 legge n. 241/90 s.m.i.), ragion per cui la responsabilità amministrativa sorge dalla violazione del buon andamento, non della buona fede e correttezza. Da ultimo è stato specificato che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede" (comma 2-*bis* dell'art. 1 legge n. 241/90 aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120 - Conversione in legge con modificazioni del Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, cd. Decreto Semplificazioni). Ciò costituisce la riprova del contesto di riferimento, ossia la cartina di tornasole dello spirito del tempo che vorrebbe rappresentare il diritto vivente.

La superiorità della p.a. sul settore privato, che trova espressione nell'interesse legittimo al corretto esercizio della funzione amministrativa, discende dalla presenza di interessi diversi ed ulteriori di cui la prima deve farsi carico a tutela della collettività (esternalità, controinteressati, interessi adespoti). All'interesse legittimo si contrappone il diritto soggettivo, quale elemento caratteristico delle attività *iure privatorum* diverse da quelle *iure imperii*.

Bisogna quindi sceverare, nella distinzione dei plessi preordinati allo *ius dicere*, le posizioni giuridiche soggettive che appartengono alla giurisdizione amministrativa e quelle che spettano invece alla giurisdizione ordinaria, seppur in ossequio al principio della cd. "unità funzionale" della giurisdizione (da ultimo, Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6).⁴

Del resto, come osservato dalla Corte costituzionale già prima del citato arresto delle Sezioni Unite civili, sempre al fine di chiarire la diversità della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo, queste ultime riflettono la differente morfologia e funzione dei due sistemi. Invero, quanto al profilo morfologico, deve considerarsi come il baricentro della disciplina – in sede civile e amministrativa – sia differente: con riferimento al diritto civile oggetto di tutela è sempre e comunque un diritto soggettivo, orbitando, viceversa, il diritto amministrativo intorno alla figura dell'interesse legittimo. Quanto, invece, al profilo funzionale, viene in rilievo, in primo luogo, la constatazione – valida, invero, per il solo caso in cui ricorra un'ipotesi di responsabilità collegata all'esercizio del potere – secondo cui la competenza non può spettare al giudice ordinario; e ciò perché essa realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie da vicenda di danno nell'esercizio di un potere pubblico in mera vicenda privata, mentre la stessa non pare esportabile in sede civile, dove l'accento è posto, ormai, sul concetto di "correttezza e buona fede". A tali considerazioni deve aggiungersi

⁴ Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi. Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)». Con la sentenza n. 77 del 2007, poi, occupandosi della *translatio iudicii*, la stessa Corte costituzionale ha aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione». Da ultimo vedasi M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia* - nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020 n. 19598, in www.giustizia-amministrativa.it, 12 febbraio 2021. Articolo pubblicato sulla Rivista *on-line GiustiziaInsieme*, 11 dicembre 2020.

anche quanto osservato in dottrina: ovvero, che i sistemi della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo si caratterizzano, rispettivamente, per una intrinseca diversità.⁵

La problematica sovrapposizione delle giurisdizioni (non solo fra giudice ordinario ed amministrativo, ma anche fra questi e la Corte dei conti) crea incertezza del diritto. Il nodo gordiano del riparto, unitamente a una legislazione schizofrenica e contorta, fa sì che nella prassi si abbiano le decisioni di giudici diversi su questioni analoghe. Il che è francamente inammissibile in uno Stato di diritto.

⁵ Sul punto, tra molti altri, M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.; G. Silvestri, "Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana", in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, 715 ss.; G. U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 4, 119 ss.; C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 895 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 375 ss.; A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, IV, 21 ss. E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 911 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 33 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 103 ss. In proposito vedasi anche V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid-online.it; M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *ASTRID – Rassegna*, n. 35 del 2006; D. De Pretis, "La giustizia amministrativa", in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.; di recente, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 47 ss.; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 74 ss.; M. D'Amico e I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014. La bibliografia sul tema è assai ampia. A mero titolo esemplificativo, cfr. L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 29 ss.; L. Armani, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891; S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, capo III, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo Italiano*, vol. III, Milano, 1907; F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Milano, 1911; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 589 ss.; V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979; Id., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; G.S. Pene Vidari, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. Pubbl.)*, VII, 1991, 502 ss.; A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871 ss.; Id., *Giustizia amministrativa*, sesta edizione, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna 2002, 62 ss.; P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, IV, Milano, 2003, 3 ss.; A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4, 715; L. Mazzaroli, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 2005; L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 591-607; P. De Lise, *Le prospettive della giustizia amministrativa tra federalismo ed esigenza di efficienza*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2008); M.S. Giannini, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, X, Milano, 2008; A. Angeletti, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo - Commentario sistematico diretto da R. Caranta*, Bologna, 2011, 1 ss.; R. Greco, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 3 gennaio 2011; S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 798 ss.; F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Settima edizione, Torino, 2017, 5 ss.; Id., *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, 6 ss.; F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017; P. Mantini, *La nuova giustizia amministrativa. Trasformazioni, organizzazione, riforme, con presentazione di Filippo Patroni Griffi*, Milano, 2017; G. Gargano, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(c)ità della giurisdizione*, in *GiustAmm.it*, 2017, 3 (disponibile a: <https://www.giustamm.it/ga/id/2017/3/5408/d>).

A maggior ragione ciò vale per il giudizio amministrativo, nel quale “è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi davanti agli atti della pubblica amministrazione”, con l’eguaglianza sostanziale per tutti. L’esclusione dal perimetro della giurisdizione amministrativa, su tali basi, dello schema della responsabilità relazionale o da “contatto sociale qualificato” sarebbe dunque in contrasto con gli articoli 3, 24, 97, 103, 113 e 117 Cost., che sanciscono l’eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, il diritto alla difesa, il diritto alla tutela contro gli atti della pubblica amministrazione e l’esercizio della potestà dello Stato nel rispetto dei vincoli costituzionali, dell’ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

Infine, occorre tenere a mente che la *vis expansiva* della giurisdizione civile a scapito di quella amministrativa – unitamente ad alcune discutibili interpretazioni fornite dal giudice nomofilattico (oltre a Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, deve menzionarsi la pronuncia n. 13246/2019 delle stesse Sezioni Unite) che non solo estendono l’ambito della responsabilità della p.a., ma rendono ulteriormente incerto il riparto di giurisdizione⁶ – ingenera ineluttabilmente un clima di timore (cd. “paura della firma”) e di ritrosia – per non dire – paralisi dell’Amministrazione, frenata dal rischio di incorrere in responsabilità (ciò che ne inibisce e rallenta l’attività).

Il progressivo ampliamento della sfera di responsabilità amministrativa rappresenta la più grande remora per il plesso pubblico (che subisce una sorta di “assalto alla diligenza” in stile Far West). Negli ultimi vent’anni, dopo la storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, si è passati da un estremo all’altro: da una parziale esenzione ad un eccesso di responsabilità della p.a.⁷

Ed a nulla rilevano le riforme dell’abuso d’ufficio e del danno erariale introdotte dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 - Conversione in legge con modificazioni del Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (cd. Decreto Semplificazioni). Nella nuova disposizione dell’art 323 del codice penale, modificata dal Decreto Semplificazioni (art. 23 del decreto-legge n. 76 del 2020, come convertito dalla legge n. 120 del 2020), i pubblici ufficiali e incaricati di pubblici uffici risponderanno penalmente solo in caso di violazioni tassativamente elencate e specifiche, eliminando in radice ogni margine di discrezionalità. La riforma del reato di abuso d’ufficio si accompagna alla modifica del danno erariale nella parte in cui esclude che i pubblici amministratori e dipendenti siano chiamati a risarcire danni commessi con colpa grave. La nuova disciplina del danno erariale, fino al 31 luglio 2021 (termine prolungato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione nella legge 11 settembre 2020, n. 120 e differito al 31 luglio 2023 dall’art. 51, comma 1, lettera h), della legge n. 108 del 2021), limita la responsabilità al solo dolo per quanto riguarda le “azioni”. Per le “omissioni”, invece, la punibilità è sia a titolo di dolo che di colpa grave. Nelle intenzioni del governo va perseguito con maggiore severità chi non agisce per inerzia o negligenza rispetto a chi compie azioni anche se con errori “formali” (art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020).

Non è tanto la circoscrizione più o meno ampia dell’ambito di responsabilità ad assumere rilievo (specialmente se all’esito di un giudizio lungo e dispendioso), quanto l’assenza di un procedimento a carico di scelte non irragionevoli e irrazionali (per le quali si dovrebbe archiviare). In altre parole, la paura del pubblico agente non riguarda la firma *ex se*, bensì le sue ripercussioni concrete, *in primis* la sottoposizione ad un lungo e defatigante contenzioso, che si dovrebbe invece prevenire mediante una oculata attivazione della procedura giudiziale (*extrema ratio*).

⁶ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La giurisdizione sui contratti pubblici secondo la Cassazione: così è (se vi pare) o as you like it* - nota a Cassazione Sez. Unite, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, 2, 665-709.

⁷ In origine il potere amministrativo ed esecutivo era esente da responsabilità per effetto della perpetuazione del principio di infallibilità del sovrano assoluto, *legibus solutus*, derivando il suo potere per stirpe divina: cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, *passim*.

E questo rappresenta un vero paradosso se si pensa all'ipertrofia normativa, alla farraginosità delle regole ed alla tortuosità dei percorsi decisionali. La strada giusta sta nella semplificazione delle regole (chiare) e dei processi decisionali (trasparenti), all'insegna della certezza del diritto.

In conclusione, non vi è dubbio che per ottenere quello scatto culturale verso una concreta e leale collaborazione del pubblico e del privato sia necessario, anche mediante modifiche normative, dare certezze operative ed applicative, nonché garantire effettivamente la correttezza. Non può essere costantemente rimessa alla giurisprudenza l'individuazione (a posteriori) della condotta corretta.

Nella cornice normativa e giurisprudenziale sin qui ricapitolata vi è la ricerca di un ragionevole equilibrio tra le esigenze di trasparenza nei rapporti tra pubblica amministrazione e sue controparti e le contrapposte esigenze di funzionamento della macchina amministrativa, che non possono essere completamente ignorate, con effetti sproporzionatamente lesivi per la p.a.⁸, e per tale ragione possono anche indurre a comprensibili ripensamenti degli ultimi arresti giudiziali. Un *revirement* potrebbe aiutare ad individuare una soluzione di compromesso, che consenta di realizzare una opportuna "compensazione" tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica, che sono sempre stati alla base dell'istituto.

È dunque necessario un radicale cambio di rotta, nell'ottica di una complessiva semplificazione, se si vuole davvero risolvere la questione della burocrazia difensiva e della fuga dalla firma.

Diversamente opinando, si corre il serio rischio di compromettere irrimediabilmente il meccanismo burocratico all'insegna dell'escatologico "*Fiat iustitia et pereat mundus*".

Il Leviatano è ora diventato un gigante dai piedi d'argilla.

Proprio come il dantesco Veglio di Creta.⁹

⁸ Ciò in quanto, come correttamente rilevato da P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, "la responsabilità per un incidente atipico ed imprevedibile può, soprattutto se il danno che ne deriva è notevole, turbare gravemente l'equilibrio economico del responsabile, senza, d'altra parte, svolgere la benefica funzione sopra descritta". Si veda E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 683, secondo il quale la problematica della responsabilità della pubblica amministrazione è strettamente collegata all'esigenza "di conciliare la necessità di tutelare i cittadini di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai pubblici poteri, secondo i principi dello Stato di diritto, con quella di salvaguardare le pubbliche finanze da risarcimenti insostenibili, causati da interventi capaci di recare pregiudizio a collettività talvolta assai vaste". Il tema è stato lungamente approfondito da F. Tirio, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 493 ss., il quale ha evidenziato la necessità di occuparsi della questione del rapporto tra finanza pubblica e responsabilità civile dell'Amministrazione in quanto "Da un lato, la sostenibilità del quadro finanziario pubblico è un valore costituzionalmente protetto che ha già spesso condotto la Corte costituzionale a legittimare forme di bilanciamento legislativo tra il medesimo e i diritti sociali. Dall'altro, sempre secondo il giudice costituzionale, il principio dell'integrale risarcibilità del danno è sicuramente bilanciabile con altri valori costituzionali".

⁹ Il "Veglio di Creta" è un personaggio allegorico dell'*Inferno* di Dante Alighieri.

Il Veglio di Creta è portato a spiegazione dell'origine dei fiumi infernali da Virgilio (*Inferno*, c. XIV, vv. 94-120) ed è una figura tratta dalla Bibbia, dal Libro di Daniele (II, 31-33), dove è descritto il sogno di Nabucodonosor, che solo il profeta Daniele riesce a interpretare e che corrisponde quasi perfettamente alla rappresentazione dantesca. Le uniche differenze sono che il Veglio dantesco è di rame fino a la forcata, mentre la statua biblica fino al ginocchio, e che il Veglio ha di terracotta solo il piede destro, mentre la statua di Nabucodonosor ha entrambi i piedi parte di ferro e parte di argilla.

Si tratta di una statua ciclopica che Dante colloca a Creta (perché questa era considerata dagli antichi poeti il centro della terra e sede della prima età umana) nei meandri del Monte Ida, dove era stato nascosto Zeus e che si trova strategicamente a metà strada tra la terra d'oriente sede delle antiche civiltà (simboleggiate nel testo da Damietta, in Egitto) e Roma, centro del mondo Latino contemporaneo a Dante.

Il "Veglio" è la statua di un vecchio, con una testa di oro fino, le braccia e il petto d'argento e il busto fino all'inguine (la "forcata" intesa come biforcatura delle gambe) di rame. Le gambe sono di ferro, compreso il piede sinistro, mentre quello destro è di terracotta e proprio su questo piede più fragile esso si appoggia di più. Da ogni parte, tranne che da quella d'oro, si aprono fessure che gocciolano lacrime, che si raccolgono e poi escono dalla grotta sotto forma di fiume. Questo fiume poi scende roccia per roccia e forma l'Acheronte,

Peraltro, tornando nuovamente al cuore della presente dissertazione, resta irrisolta la questione del riparto giurisdizionale che costringe il giurista ad un vera e propria “discesa agli inferi”, non essendo facilmente prevedibile l’autorità a cui rivolgere le proprie istanze (vuoi per le incoerenze e lacune del dettato legislativo, vuoi per l’esegesi creativa e ondivaga della giurisprudenza).

“Lasciate ogni speranza, voi ch’intrate” è la scritta che campeggia sulle porte dell’Inferno dantesco. Dante vede queste parole scritte con colore (senso) oscuro in cima ad una porta, per cui dice: “Maestro, non ne capisco il senso”.¹⁰

Questa è, in definitiva, l’impressione che si trae dal diritto positivo attuale e dall’odierno riparto giurisdizionale nel nostro ordinamento. Giurisdizione civile, giurisdizione amministrativa (generale di legittimità ed esclusiva) e giurisdizione contabile rappresentano le “fiere” (o “furie” se si preferisce) che circondano il giurista e lo costringono ad una discesa agli inferi tempestata di dubbi, in cerca di “purificazione” (certezza del diritto), per una sorta di legge del contrappasso: come un incubo in cui più si addentra nella giurisdizione e più problemi sorgono nel riparto. Quasi che l’unica soluzione sia il “giudizio universale” da intendersi come l’unificazione delle giurisdizioni.

Altra considerazione critica all’attuale sistema è quella che verte sulla persistente operatività, pur in ipotesi in cui dovrebbe applicarsi esclusivamente il criterio della materia, del criterio del riparto della giurisdizione basato sulla *causa petendi*, che determina soltanto incertezze ed una complessiva *deminutio* di tutela per il privato, che per conseguire piena soddisfazione deve continuare a rivolgersi a due giudici diversi. Perciò, *de iure condendo*, è auspicabile un intervento organico di riforma complessiva del riparto di giurisdizione che prenda una posizione netta, rimediando alle mezze

lo Stige e il Flegetonte, che poi scendono ancora e confluiscono nel Cocito, dove più non si può scendere (Dante immagina lì il centro della terra). Rispetto a Daniele i piedi sono differenziati, invece di essere un amalgama di ferro e terracotta, a simbolo del mescolio delle razze più antiche e forti con quelle più deboli. In Daniele, poi, una pietra staccatasi da sé colpisce i piedi, punto debole, che rompendosi fanno franare tutta la statua; nella Bibbia non c’è traccia delle crepe che sgrondano il pianto ininterrotto.

La spiegazione di questo complesso sistema di simboli è quella derivata dalla tradizione biblica: le varie sezioni del Veglio rappresenterebbero le epoche della civilizzazione. Da un’epoca aurea, dove non sgorgano lacrime, cioè priva del peccato (cioè di peccatori che piangano), si passa a regni via via meno virtuosi e più fragili, fino ai due piedi, che rappresenterebbero l’epoca contemporanea. La loro divisione sarebbe quella tipica del mondo dantesco tra potere papale e imperiale: l’Impero sarebbe il piede di ferro, ancora forte ma poco presente, perché ormai ci si appoggiava più all’altro piede, quello del papato, più debole perché d’argilla, ma più potente. Il vecchio, corrotto da innumerevoli fratture si specchierebbe in Roma, anch’essa dominata dalla corruzione. In Daniele invece il mondo attuale era l’età dell’oro, mentre la degradazione era vista rispetto al futuro, quindi in un certo senso Dante aggiorna il complesso simbolico ai tempi contemporanei, come se si fosse ormai arrivati sull’orlo del collasso della statua e quindi della civiltà. Anche il fatto che in Daniele non escano i fiumi di lacrime può essere inquadrabile nel fatto che questa addizione è frutto della decadenza secolare avvenuta fino al tempo di Dante.

Secondo un’altra interpretazione più “filosofica”, legata all’Etica Nicomachea di Aristotele, il Veglio rappresenterebbe la decadenza dell’anima di ogni essere umano, con la testa d’oro simboleggiante il libero arbitrio e con le altre sezioni più o meno deteriorate dal peccato che sarebbero le varie facoltà psichiche (tali *vulnerationes* sono: l’*error*, che ferisce la ragione; la *malitia*, che ferisce la volontà; l’*infirmitas* e la *cupiditas*, che feriscono rispettivamente l’appetito irascibile e concupiscibile). Le lacrime avrebbero anche una funzione iniziatica perché con la loro evaporazione spegnerebbero le fiamme del girone dei violenti contro natura (percorso da una continua pioggia infuocata, altra suggestione biblica della distruzione di Sodoma) permettendo il passaggio del pellegrino Dante. In definitiva, quindi, il pianto del Veglio sarebbe come un’allegoria del peccato, che nasce dagli uomini e punisce gli uomini stessi attraverso i fiumi infernali.

NdA: in occasione del VII centenario della morte di Dante Alighieri, autore della celeberrima *Divina Commedia*, il presente scritto intende celebrare il Vate fiorentino con una serie di richiami nel testo.

¹⁰ “Lasciate ogni speranza, voi ch’intrate” è il verso 9 del canto III dell’Inferno di Dante Alighieri. Siamo nell’Antinferno, dove scorre il fiume infernale Acheronte, che le anime dannate si preparano ad oltrepassare per raggiungere il luogo – l’Inferno appunto – in cui sconteranno la pena stabilita in base al peccato compiuto in vita. Dante interroga Virgilio: “Queste parole di colore oscuro vid’io scritte al sommo d’una porta; per ch’io: «Maestro, il senso lor m’è duro». Ed elli a me, come persona accorta: «Qui si convien lasciare ogni sospetto; ogni viltà convien che qui sia morta»” (vv. 10-15).

misure apportate nel recente passato che, a ben vedere, finiscono per applicare il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, criterio che invero non dovrebbe trovare spazio in presenza di una giurisdizione esclusiva *ratione materiae*.

Alla luce di alcune delle tesi esposte e sostenute nel presente scritto, la speranza è di non essere considerato un eretico da destinare alla città di Dite, o peggio un Lucifero cacciato dal paradiso (seppur miglior sorte rispetto a quella di ignavo punito in purgatorio).

Sempre vivido nel giurista dev'essere il monito "Fatti non foste a viver come bruti, ma per seguir virtute e canoscenza" (Divina Commedia, Inferno, Canto XXVI, 119-120).

Avv. Marco Ceruti – Foro di Como, Phd Università Insubria

Premessa: Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236

Come detto, con la pronuncia in parola, la Suprema Corte attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario la giurisdizione in merito alla lesione del soggetto privato e del suo legittimo affidamento nell'agere dell'Amministrazione.¹¹ Di contro, per la Corte, il giudice amministrativo sarebbe chiamato a conoscere e decidere del legittimo esercizio di un potere autoritativo e come tale dell'azione dell'Amministrazione nella pura sfera pubblicistica e solo in tale ambito, nell'attuazione di una tutela effettiva e non solo demolitoria, è possibile ammettere l'accertamento di profili risarcitori causalmente derivanti dalla illegittimità del provvedimento amministrativo.

La fattispecie al vaglio della Corte trae origine dai rapporti intercorsi tra un privato e un Comune a seguito della presentazione di un progetto preliminare di massima (mediante lo strumento del Piano Attuativo Comunale) per la realizzazione di una costruzione alberghiera.

Dalla disamina degli accadimenti più significativi della vicenda emerge la fitta rete di comunicazioni e di attività intrattenute tra il soggetto proponente e gli uffici dell'ente, culminata nella presentazione da parte del privato di una richiesta di permesso di costruire in deroga, in sostituzione del piano già proposto, su invito stesso dell'Amministrazione. Senonché, pur essendo proseguita la fase di interlocuzione con richiesta di pareri e chiarimenti, il Comune, inaspettatamente, decideva di adottare una variante urbanistica che incideva in maniera restrittiva sul regime edilizio ed urbanistico del sito interessato dal progetto, con ciò rendendo impraticabile la soluzione studiata e promossa, sostanzialmente, all'esito di un dialogo protrattosi nel tempo e palesemente volto a indirizzare i passi del privato nella realizzazione dell'opera in questione.

Il netto cambiamento di rotta del Comune, dunque, veniva percepito dal soggetto privato come una lesione dell'affidamento legittimo alimentato dalle richieste e dalle manifestazioni di volontà favorevoli ed incentivanti dell'Amministrazione locale. Da qui l'introduzione del giudizio innanzi al tribunale ordinario volto ad ottenere il conseguente risarcimento del danno.

Il Comune, costituitosi in giudizio, formulava domanda per il regolamento preventivo di giurisdizione a favore del giudice amministrativo.

Come premesso, la Corte ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario ponendo al centro delle proprie valutazioni la natura della domanda e della condotta del Comune. All'ente, secondo quanto ravvisato dal Supremo consesso è, invero, ascrivibile una responsabilità derivante non dalla mancata/tardata adozione di un provvedimento amministrativo quanto, piuttosto, discendente dal protratto dialogo significativo con la controparte privata, indotta a ritenere che il procedimento *in itinere* avrebbe avuto un esito favorevole certo.

Ancora una volta, dunque, richiamando precedenti arresti di segno simile (ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011)¹² le Sezioni Unite hanno chiarito che, in ipotesi quali quella prospettata, lo spartiacque in punto giurisdizione risiede nella qualificazione della domanda azionata, volta a censurare la lesione dell'affidamento nutrito nella condotta della p.a. sul piano obbligatorio, tant'è che la pretesa risarcitoria afferisce al ristoro dei danni sofferti per aver intrapreso percorsi negoziali (investimenti imprenditoriali) rivelatisi infruttuosi e, persino, pregiudizievoli per colpe imputabili all'Amministrazione medesima (mancata assunzione o annullamento di provvedimenti).

¹¹ Cfr. P. Cucumile, *La tutela del legittimo affidamento del privato secondo l'orientamento della Corte di Cassazione*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2020, 3, 9-28, e V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. e appalti*, 2020, 6, 724, nonché L. Fioravanti, *Significativa manifestazione dell'agere della p.a. Responsabilità da contatto sociale e limiti di giurisdizione*, in *Appalti e contratti Imprese*, 24 giugno 2020, e R. Bianchini, *Danno da lesione dell'affidamento, decide il giudice ordinario*, pubblicato in *Altalex* il 18/05/2020.

¹² Cfr. G. D. Comporti, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1, 194-198.

L'affidamento incolpevole del privato nel caso di specie avrebbe matrice civilistica, risultando leso un diritto soggettivo per effetto dell'integrazione da parte della p.a. di una responsabilità da contatto sociale qualificato. Il privato, infatti, ha riposto fiducia ed aspettative sì nell'azione amministrativa, ma nella manifestazione di essa integrante in concreto l'assunzione o la "promessa" dell'assunzione di un'obbligazione, cosicché l'affidamento nella correttezza dell'agere della p.a. si traduce nell'affidamento sul "rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione".

La vicenda controversa

Come anticipato, il caso di specie prende avvio da una vicenda in cui un privato aveva presentato un progetto preliminare di massima per la realizzazione di un grande complesso alberghiero mediante lo strumento del Piano Attuativo Comunale (PAC).

In relazione a tale progetto preliminare veniva sviluppata una intensa interlocuzione tra la società proponente, assistita dai professionisti all'uopo incaricati, e gli uffici comunali. Tanto che nel giugno 2014 il Comune informava la società che la Commissione urbanistica comunale aveva espresso parere favorevole, con segnalazione di alcuni chiarimenti e richieste di miglioramenti e con l'invito a presentare richiesta di permesso di costruire in deroga in sostituzione del PAC già presentato. Richiesta che veniva puntualmente effettuata da parte del privato.

Tuttavia, a seguito di ulteriori interlocuzione fra il privato e gli uffici, fra cui richieste di chiarimenti e integrazioni documentali della p.a. alla quale il privato ottemperava puntualmente, e dopo l'acquisizione di un parere emanato dalla Regione da parte del medesimo Comune precedente, l'Amministrazione locale adottava una variante urbanistica modificava significativamente, in senso restrittivo, il regime edilizio ed urbanistico dell'area in questione.

In considerazione di ciò, gli uffici comunali comunicavano al privato la non applicabilità delle deroghe alla erigenda costruzione alberghiera, prospettando l'opportunità di presentare nuovamente un PAC.

Sulla scorta della suddetta narrativa la società lamentava come il Comune si fosse comportato in modo ondivago e avesse leso le aspettative ingenerate procrastinando la dovuta decisione in ordine alla domanda presentata, chiedendo la condanna del Comune al risarcimento dei danni.

Il regolamento preventivo di giurisdizione

Nell'ambito del giudizio civile così introdotto, il Comune proponeva regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c., chiedendo di dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo. Le Sezioni Unite hanno quindi potuto occuparsi della vicenda, svolgendo le considerazioni qui di seguito ripercorse. Innanzitutto, la pronuncia evidenzia come secondo il Comune ricorrente la questione rientrerebbe alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sotto vari profili: un primo aspetto riguarderebbe il fatto che, mancando un vero e proprio atto amministrativo, si tratterebbe di un contenzioso in ordine alla mera violazione dei termini procedurali; in secondo luogo, la controversia rientrerebbe nella materia edilizia ed urbanistica.

La giurisdizione del giudice ordinario

Il Collegio ha invece ritenuto che la giurisdizione spetti al giudice ordinario. In particolare, il Collegio ha evidenziato come la domanda della società non si fondasse sul fatto che il Comune avrebbe tardato nel provvedere (negativamente o positivamente) sulla istanza di permesso di costruire, risultando invece fondata sul fatto che il Comune ha provveduto negativamente sulla suddetta istanza dopo avere tenuto per lungo tempo comportamenti che, nella prospettiva dell'attrice, avrebbero ingenerato un incolpevole affidamento in un esito positivo del procedimento. Il Collegio ritiene quindi che la *causa petendi* della domanda della società non fosse l'inosservanza di un termine procedimentale, bensì la violazione dell'affidamento ingenerato dall'Amministrazione comunale in un determinato esito del procedimento, favorevole alla società attrice.

Anche rispetto alla possibilità di ricondurre la vicenda alla materia dell'urbanistica ed edilizia, il Collegio ha sconfessato l'argomento esposto dal Comune evidenziando come la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia ad oggetto un danno che, nella prospettazione della società attrice, non è stato causato da "atti" o "provvedimenti" dell'Amministrazione municipale, bensì dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest'ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento. A questo punto la pronuncia richiama tre suoi precedenti: in particolare le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 con le quali le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario:

- la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (sent. n. 6594/2011);¹³

- la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (sent. n. 6595/2011);¹⁴

- la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo (sent. n. 6596/2011).¹⁵

In tutti i ridetti casi, il fondamento della giurisdizione va ravvisato nella circostanza che i privati non mettevano in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi, ampliativi della loro sfera giuridica, annullati in via di autotutela o *ope iudicis*, ma lamentavano la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'annullamento di tali atti, nella relativa legittimità.¹⁶

¹³ Cfr. S. Salvago, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione* – nota a ord. Cass. Sez. un. civ. 23 marzo 2011, n. 6594, in *Giustizia civile*, 2012, 11-12, pt. 1, 2770-2786. Vedasi G. P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo (The jurisdiction of action for damages resulting in the positive measure's cancellation)*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, 5, pt. 2, 483-503, Id., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Il Foro Amministrativo*, 2016, 7-8, 1991-2011, Id., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Il Foro Amministrativo*, 2017, 7-8, 1991-2011.

¹⁴ Cfr. R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, 2-3, pt. 1, 413-417; A. Travi, *(In tema di giurisdizione ordinaria)*, in *Il Foro italiano*, 2011, 9, pt. 1, 2398-2400.

¹⁵ Cfr. M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 2011, 7, 12, Id., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, Ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass., Sez. un, 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, 6, pt. 2, 479-488.

¹⁶ Cfr. A. Di Majo, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corriere giuridico*, 2011, 7, 940-942; C. Scognamiglio, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 9, 1749-1759.

E tali principi sono stati confermati dalla giurisprudenza successiva delle medesime SS.UU. solo in parte, essendo state emanate pronunce non perfettamente collimanti con essi.

Nondimeno, nel caso in questione per il Collegio si tratta, in ultima analisi, di stabilire se la giurisdizione del giudice ordinario, affermata dalle prefate ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 in relazione a domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo debba essere affermata anche – e con maggior forza – quando nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero un comportamento dell'Amministrazione.¹⁷

A tal fine la pronuncia ricorda che le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 si basano su alcuni espliciti presupposti logici. Ossia che:

- la giurisdizione amministrativa presuppone l'esistenza di una controversia sul legittimo esercizio di un potere autoritativo ed è preordinata ad apprestare tutela (cautelare, cognitoria ed esecutiva) contro l'agire pubblicistico della pubblica amministrazione;

- l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno conseguente al modo in cui essa ha esercitato il proprio potere tende a rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche quella del risarcimento del danno; tale attribuzione, tuttavia, non individua una nuova materia attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo (quest'ultima affermazione risale, peraltro, a C. cost. sentenza 6 luglio 2004, n. 204, pt. 3.4.1);¹⁸

¹⁷ Cfr. L. D'Angelo, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giustizia civile*, 2011, 10, pt. 1, 2321-2325.

¹⁸ Con note di F. Fracchia, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 4, 799 ss. – ove si legge che “Là dove manca il potere non c'è giurisdizione (non solo esclusiva, ma anche di legittimità) del giudice amministrativo” – e C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*, in *Giustizia civile*, 2004, 10, 2237, nonché a P. Lotti, *Giurisdizione amministrativa e servizi pubblici nella sentenza 204/2004*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 11, 1276; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Il Foro italiano*, 2004, 10, 2598; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2004, 7-8, 1908; C. E. Gallo, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, *ibidem*, 1903; C. Medici e M. Rossetti, *Riparto di giurisdizione, due passi avanti ed uno indietro*, in *Diritto e giustizia*, 2004, 29, 22; R. Villata, *leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 832; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, F. Lorenzoni, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *federalismi.it*, 2004, 15; L. Coen, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, e M. A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, nel *Forum di Quaderni costituzionali* (il secondo anche in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, 4, pt. 1, 1230-1234); G. Virga, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, e R. Garofoli, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *LexItalia.it*, 2004, 7-8; L. Torchia, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, M. Clarich, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, S. De Felice, *La giurisdizione sui comportamenti delle amministrazioni e la tutela processuale (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 204/2004)*, U. Di Benedetto, *Le materie della giurisdizione esclusiva dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, R. Garofoli, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, A. Guantario, *Incostituzionalità delle competenze risarcitorie nella giurisdizione su interessi legittimi*, V. Salamone, *Il riparto di giurisdizione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004: aspetti problematici con particolare riguardo alla attività convenzionale, contrattuale ai comportamenti pubblicistici e alla tutela dell'ambiente* (tutti dal sito www.giustizia-amministrativa.it e in www.giurcost.org).

- l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisce, quindi, uno strumento ulteriore, complementare rispetto alla tradizionale tutela demolitoria, per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione;

- il presupposto affinché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo; in altri termini, che la *causa petendi* dell'azione di danno sia l'illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione;

- esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento (ad opera del giudice o della stessa pubblica amministrazione, in via di autotutela) di tale provvedimento; la *causa petendi* di detta domanda, infatti, non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo.

Dopo un'ampia ricostruzione dei principi sottesi a tali considerazioni, la pronuncia riafferma poi come l'affidamento a cui si fa riferimento nelle tre prefate ordinanze del 2011, e nelle successive pronunce che alle stesse si sono uniformate, sia una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica.

In sostanza, quindi, anche nel caso di specie, essendo stato leso l'affidamento del privato, pur in assenza dell'emanazione di alcun provvedimento amministrativo, la condotta della p.a. deve intendersi come un comportamento lesivo di un diritto soggettivo e, dunque, comportare l'attribuzione della controversia alla giurisdizione del giudice civile.¹⁹

E ciò inquadrando la responsabilità della p.a. nel paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato.

La responsabilità da contatto sociale qualificato

Tutto ciò porta il Collegio a ritenere che *“deve quindi conclusivamente affermarsi che la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto.”*

E dunque, i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'Amministrazione.

¹⁹ V. Cingano, *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 1, 5-14, verifica la risarcibilità del danno causato al privato cittadino da un provvedimento amministrativo favorevole, ma illegittimo, successivamente annullato dalla stessa p.a. o dal g.a. oppure disapplicato dal g.o.; individua nell'affidamento la natura della posizione soggettiva lesa e, rilevato che il danno è causato da un comportamento autoritativo dell'amministrazione, osserva che la cognizione della relativa controversia dovrebbe essere attribuita al giudice amministrativo.

1. La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?

Nel caso esaminato da Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, la società attrice conveniva il Comune davanti al Tribunale di Udine esponendo che il Comune si fosse comportato in modo ondivago (§ 55 della citazione introduttiva: “dopo aver chiesto all’attrice di presentare direttamente la domanda relativa al permesso di costruire in deroga, con conseguente rinuncia al PAC già depositato, dopo quattro anni è venuto ipotizzando la necessità di presentare il PAC!”) e avesse leso le aspettative ingenerate “procrastinando all’infinito la dovuta decisione in ordine alla domanda presentata, chiedendo sempre ulteriore documentazione, e così di fatto non decidendo e/o rimanendo inerte, con aggravio di tempo e denaro per la società” (§ 52 della citazione introduttiva); l’attrice, quindi, denunciando altresì la violazione dei termini procedurali fissati dall’art. 24, secondo comma, della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia n. 19/2009, chiedeva la condanna del Comune al risarcimento dei danni da liquidare a mezzo c.t.u. ovvero in via equitativa.

Il Comune si costituiva in giudizio e resisteva alla domanda, preliminarmente sollevando eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Dopo l’introduzione del giudizio la Regione Friuli-Venezia Giulia rilasciava i pareri richiesti dal Comune, il quale ultimo, conseguentemente, trasmetteva alla società atto di preavviso di diniego del permesso di costruire in deroga.

Nella prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c., la società attrice, replicando all’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario sollevata dal Comune evidenziava che: “l’esigenza di tutela – risarcitoria – trova il proprio fondamento nell’affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole ovvero dalle assicurazioni fornite dal Comune di Lignano al momento dell’acquisto di fondi e successivamente nei pareri nel corso degli anni rilasciati in ordine alle possibilità edificatorie siccome specificate nella variante 40 all’epoca vigente”.

Come detto, il Comune ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell’art. 41 c.p.c., chiedendo di dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo, mentre la società attrice ha depositato controricorso, chiedendo di dichiararsi la giurisdizione dell’a.g.o.

La causa è stata discussa una prima volta in camera di consiglio, per la quale il Procuratore Generale ha trasmesso requisitoria scritta, concludendo – si noti bene – per la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo. In quella sede il Collegio ha chiesto all’Ufficio del Massimario e del Ruolo una relazione di approfondimento sulle questioni di diritto sottese al ricorso e, dopo il deposito della stessa, la causa è stata nuovamente discussa in camera di consiglio.

L’Amministrazione comunale deduceva che, ai sensi degli artt. 30 e 133 c.p.a., anche in relazione all’art. 2-bis della l. n. 241/1990, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo per essere riconducibile alla giurisdizione esclusiva del medesimo sotto due autonomi profili. Sotto un primo profilo, si argomentava che, mancando un provvedimento positivo dell’Amministrazione comunale idoneo a giustificare un qualsiasi legittimo affidamento della società attrice, la doglianza di quest’ultima sarebbe in definitiva riconducibile alla mera violazione dei termini procedurali. Donde la qualificazione della domanda come domanda di risarcimento del danno da ritardo, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall’art. 133, lett. a), n. 1, c.p.a., che, appunto, attribuisce a tale giurisdizione esclusiva “le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo”. Sotto un secondo profilo il Comune argomentava che la controversia rientrerebbe nella materia di edilizia ed urbanistica, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall’art. 1, comma 1, lett. f), c.p.a.

Il Comune poi negava la riconducibilità della fattispecie ai principi enunciati dalle stesse Sezioni unite nell’ordinanza n. 6594/2011, sottolineando come, nella specie, nessun titolo abilitativo fosse mai stato rilasciato alla società attrice e, quindi, nessun affidamento potesse essere sorto in capo alla medesima. In particolare, il Comune evidenziava che:

- il parere favorevole della Commissione urbanistica era subordinato al superamento di specifici profili di inadeguatezza del progetto;
- ai sensi dell'art. 35 della l.r. n. 19/2009 la deroga agli strumenti urbanistici poteva essere autorizzata solo dal Consiglio comunale;
- la comunicazione del parere favorevole espresso dalla Commissione edilizia comunale costituiva atto di natura meramente endoprocedimentale (richiamava, al riguardo, Cons. Stato n. 3594/2005);
- la richiesta di un parere alla Regione, dopo la rielaborazione del progetto fornito dalla società per uniformare il medesimo al PAIR, era legittima e doverosa;
- la variante n. 48 non aveva eliminato l'edificabilità dell'area e, d'altra parte, lo strumento che dettava il prevalente assetto urbanistico – la variante n. 40 – non aveva generato alcun legittimo affidamento, non essendo giuridicamente protetto l'interesse del privato all'immutabilità della classificazione urbanistica dell'area di sua proprietà.

La società attrice contestava le argomentazioni dell'Amministrazione comunale sostenendo che la giurisdizione sulla controversia apparterebbe al giudice ordinario perché l'oggetto della domanda da lei proposta è costituito dal risarcimento dei danni derivanti dal mancato rispetto dell'affidamento ingenerato dai provvedimenti favorevoli e dalle assicurazioni fornite dall'Amministrazione municipale. Ad avviso della stessa società attrice la fattispecie sarebbe riconducibile nell'ambito dei principi espressi nella ordinanza delle Sezioni unite n. 6594/2011.

Il Procuratore Generale ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, negando che i principi espressi nella menzionata ordinanza n. 6594/2011 (e nelle coeve ordinanze nn. 6595/2011 e 6596/2011) siano applicabili nella fattispecie. Tali principi, argomenta il Procuratore Generale, postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale; detto provvedimento ampliativo, nella specie, non sarebbe mai stato emesso, non avendo il Comune mai rilasciato alcun permesso di costruire alla società attrice.

Il Collegio preliminarmente ha rilevato che tutti gli argomenti spiegati dal Comune per escludere che la società ricorrente potesse vantare un legittimo affidamento nell'approvazione del suo progetto edilizio, sopra riportati, sono irrilevanti ai fini della pronuncia sulla questione di giurisdizione. Tali argomenti, infatti, tendono a dimostrare che in capo alla società attrice non poteva essere sorto alcun affidamento sull'esito positivo del procedimento concessorio, cosicché la situazione soggettiva di cui la società attrice lamenta la lesione sarebbe in radice insussistente. Si tratta – secondo le Sezioni unite – di argomenti che attengono al merito della controversia, mentre, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., la decisione sulla giurisdizione “è *determinata dall'oggetto della domanda*” e, va sottolineato, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto.

Infondato è stato poi giudicato l'assunto della difesa del Comune secondo cui la controversia apparterebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 1, c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo. Infatti, la domanda della società attrice, sebbene nella citazione introduttiva venga colorata anche con riferimento alla dedotta violazione della disciplina dei termini procedurali, in effetti non si fonda sul fatto che il Comune avrebbe tardato nel provvedere (negativamente o positivamente) sulla istanza di permesso di costruire. Tale domanda – precisata dall'attrice nella sua prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. – risulta fondata, in sostanza, sul fatto che il Comune ha provveduto negativamente sulla suddetta istanza dopo avere tenuto per lungo tempo comportamenti che, nella prospettiva dell'attrice, avrebbero ingenerato

un incolpevole affidamento in un esito positivo del procedimento “concessorio”.²⁰ La *causa petendi* della domanda della società non è, quindi, l’inosservanza di un termine procedimentale, bensì la violazione dell’affidamento ingenerato dall’Amministrazione comunale in un determinato esito, favorevole alla società attrice, del procedimento.

Più articolato è il discorso da svolgere riguardo all’assunto del Comune secondo cui la controversia apparterrebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, lett. f), c.p.a. che attribuisce alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell’uso del territorio: “È indubbio, infatti, che una controversia relativa all’esercizio del potere di rilasciare o non rilasciare un permesso di costruire rientri nella materia urbanistica ed edilizia ed è, quindi, attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quando la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia consistenza di diritto soggettivo (come si verifica, ad esempio, quando l’oggetto della domanda abbia ad oggetto il risarcimento del danno causato da un atto illegittimo di esercizio di tale potere). La pretesa risarcitoria dedotta nel presente giudizio dalla società, tuttavia, ha ad oggetto un danno che, nella prospettazione della società attrice, non è stato causato da “atti” o “provvedimenti” dell’amministrazione municipale, bensì dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest’ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento” (corsivi aggiunti – in queste righe si trova il “punto di non ritorno” per la Corte).

Inquadrate il tema nei termini di cui al paragrafo che precede, il Collegio ha richiamato le tre coeve ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 (v. *supra*) con cui le stesse Sezioni unite hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario.

La giurisprudenza successiva alle tre suddette ordinanze ha peraltro evidenziato la coesistenza, all’interno delle stesse Sezioni unite, di linee di interpretative non perfettamente collimanti.

Da un lato, infatti, i principi espressi nelle tre ordinanze del 2011 risultano ripresi e confermati nelle pronunce nn. 17586/2015²¹, 12799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4996/2018 e 4889/2019²², 6885/2019 e 12635/2019, nelle quali ricorre l’affermazione che la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo; diritto generalmente qualificato come “diritto alla

²⁰ Si veda lo stralcio della prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. della società attrice che viene riportato dal Comune a pag. 18 del proprio ricorso per regolamento di giurisdizione: “il Comune ... dopo aver a più riprese espresso parere favorevole al progetto, riconoscendone oltre tutto anche la valenza di opera pubblica ... è venuto successivamente, dopo cinque anni, facendo *dietro front*, modificando completamente il proprio orientamento”.

²¹ Con l’ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586, le Sezioni unite della Corte di cassazione, dando continuità all’indirizzo inaugurato con tre ordinanze del marzo 2011, hanno confermato che rientra nella giurisdizione ordinaria l’azione risarcitoria promossa nei confronti della pubblica amministrazione da chi assuma leso il suo diritto all’affidamento sulla legittimità dell’attività amministrativa, conseguente all’intervenuto annullamento in sede di autotutela o in sede giurisdizionale di un atto favorevole. C. E. Gallo, *La lesione dell’affidamento sull’attività della Pubblica Amministrazione*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2016, 2, 564-584, dissente, ritenendo che vengano comunque in rilievo le modalità di esercizio del potere amministrativo e che, pertanto, dovrebbe radicarsi la giurisdizione amministrativa.

Vedasi anche M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2015, 5, pt. 1, 1059-1065, e S. Lazzini, *‘Culpa in affidando’: davanti al giudice civile anche i singoli responsabili del procedimento, come assicurarsi?* [nota a sentenza: Cass., Sez. un., 4 settembre 2015 n. 17586], in *Appalti e Contratti*, 2015, 10, 23-30.

²² Cfr. G. Borgiani, *(Riparto della giurisdizione civile)* – nota a ord. Cass. civ. Sez. un. 19 febbraio 2019 n. 4889, in *Il Foro italiano*, 2019, 12, pt. 1, 4068-4070.

conservazione dell'integrità del patrimonio", leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato (su tale qualificazione si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 12799/2017, 1654/2018 e 6885/2019, cit.).

D'altro lato, tuttavia, non sono mancate pronunce che, discostandosi da tale orientamento, hanno affermato che nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità dell'atto amministrativo poi annullato rientra nella cognizione del giudice amministrativo; si veda, in questo senso, Sez. un. n. 8057/2016²³ (ove si afferma che *"l'azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentoale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione"*) e Sez. un. n. 13454/2017²⁴ (ove si afferma che *"la giurisdizione esclusiva prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative ad interessi legittimi della fase pubblicistica, sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase predetta, realizzandosi quella situazione d'interferenza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto"*). Da ultimo, in Sez. un. n. 13194/2018 si è ritenuto che i principi fissati nelle ordinanze del 2011 non siano applicabili qualora difetti il presupposto della sussistenza di un "provvedimento ampliativo" della sfera giuridica del privato.

Secondo le pronunce menzionate nel paragrafo che precede, in sostanza, quello che viene in discussione nelle vicende processuali in esame è l'agire provvedimentoale nel suo complesso; la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si giustifica in ragione del contesto, o dell'ambiente, di stampo pubblicistico, nel quale la complessiva condotta dell'Amministrazione si colloca e che connette tale condotta con l'esercizio del potere.

Il caso all'esame del Collegio si caratterizzava, al pari di quello oggetto di Sez. un. n. 13194/2018, per l'assenza di un provvedimento ampliativo della sfera del privato; la società attrice, infatti, deduceva di aver riposto il proprio affidamento non in un provvedimento "concessorio" (pacificamente mai emesso) ma nel comportamento dell'Amministrazione municipale, la quale avrebbe protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo (con la comunicazione di atti endoprocedimentali, con la formulazione di apprezzamenti positivi sul piano dell'opera, con la divulgazione sui giornali del progetto di intervento edilizio) a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa.

Ai fini del giudizio sul regolamento di giurisdizione si trattava quindi, in definitiva, di stabilire se la giurisdizione del giudice ordinario, affermata dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 (nelle quali, come icasticamente sottolineato nella citata ordinanza n. 17586/2015, "l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole di un atto apparentemente legittimo") in relazione a domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo debba essere affermata anche, e con maggior forza, quando nessun provvedimento

²³ Cfr. G. P. Cirillo, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo (The jurisdiction of action for damages resulting in the positive measure's cancellation)*, cit., Id., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, cit.

²⁴ F. Botteon, *Esecuzione d'urgenza dei contratti (art. 32, comma 8, d.lgs. 50/2016) e diritti dell'aggiudicatario* (nota a Cass. Sez. un. civ. 29 maggio 2017, n. 13454), in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2017, 3, 54-59, Id., *Risarcimento per responsabilità precontrattuale anche in assenza di un aggiudicatario: l'Adunanza plenaria scioglie positivamente il nodo. Ma a chi va la giurisdizione?* (nota a Cons. Stato ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5), in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2018, 3, 19-30.

amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'Amministrazione; o se, al contrario, nel caso in cui nessun provvedimento ampliativo sia mai venuto ad esistenza, l'affidamento riposto dal privato nella futura emanazione di un provvedimento a lui favorevole non costituisca altro che "un mero riflesso, ininfluenza sulla giurisdizione, di un'azione amministrativa" – intesa come sequela di atti intrinsecamente connessi la cui legittimità/illegittimità costituisce, quindi, l'oggetto della controversia; con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte che si versi in una materia di giurisdizione esclusiva del medesimo.

Per affrontare la questione delineata nel paragrafo che precede il Collegio ha ritenuto preliminarmente necessario tornare sulle ragioni che stanno alla base dell'orientamento inaugurato dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011. Dette ordinanze, come è noto, hanno marcato una discontinuità nella giurisprudenza di legittimità, superando il precedente orientamento – ben rappresentato dalla sentenza n. 8511/2009²⁵ – che riteneva sufficiente, al fine del radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il mero collegamento della controversia con le materie indicate dalla legge e, in tal modo, risolveva l'operazione di riparto della giurisdizione nella mera definizione dell'area coperta dalle materie delineate dal legislatore.

Le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 hanno invece affermato che il presupposto della giurisdizione amministrativa, tuttavia, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo; in altri termini, che la *causa petendi* dell'azione di danno sia la illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione; esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento (ad opera del giudice o della stessa pubblica amministrazione, in via di autotutela) di tale provvedimento; la *causa petendi* di detta domanda, infatti, non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo.

Alle suddette affermazioni è stato obiettato in dottrina che l'interesse legittimo è una posizione tipicamente relazionale, che, cioè, esprime il rapporto tra il cittadino e l'Amministrazione nell'esercizio di un potere, cosicché l'interesse legittimo del destinatario dell'azione amministrativa dovrebbe ritenersi leso non solo quando l'Amministrazione gli neghi illegittimamente un provvedimento favorevole, ma anche quando tale provvedimento gli venga illegittimamente rilasciato; salvo che, in questo secondo caso, la lesione dell'interesse legittimo non sarebbe produttiva di danno. L'obiezione appena illustrata – secondo il Collegio – non può ritenersi dirimente. Il rilievo, pur di per sé certamente condivisibile, che l'interesse legittimo consiste nella pretesa ad un provvedimento favorevole che derivi dall'attività legittima dell'Amministrazione non significa, tuttavia, che il danno lamentato dal privato che abbia ottenuto un determinato bene della vita mediante un provvedimento amministrativo illegittimo, successivamente annullato, sia stato causato dall'atto favorevole illegittimo; quest'ultimo, in quanto favorevole, non ha prodotto alcun danno al suo destinatario, ancorché illegittimo. La fattispecie causativa del danno non consiste, pertanto, nella lesione dell'interesse legittimo del destinatario del provvedimento, bensì nella lesione dell'affidamento che costui ha riposto nella legittimità del provvedimento che gli ha attribuito il bene della vita. Ciò perché, come la stessa Corte si è fatta carico di chiarire con la già menzionata ordinanza n. 17586/2015, la scaturigine del danno costituente l'oggetto della pretesa risarcitoria del privato non consiste nella mera illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì nella lesione dell'affidamento del privato sulla legittimità di tale atto; si tratta, cioè, di una fattispecie complessa,

²⁵ Cfr. C. Mariani, *Sul riparto di giurisdizione in ordine all'esecuzione della concessione del servizio pubblico di gestione di giochi pubblici [On the division of jurisdiction concerning the execution of the public service concession of public games management]* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 144), in *Il Foro Amministrativo*, 2016, 1, 31-48.

che richiede il concorso, con tale illegittimità, anche di ulteriori circostanze, la cui attitudine a fondare la fiducia incolpevole deve essere valutata caso per caso.²⁶

Al Collegio non appare dunque persuasivo l'argomento, sostenuto da una parte della dottrina, che – poiché il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque “espressione del potere pubblico” – la lesione che esso arreca dovrebbe essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo; tale argomento, infatti, trascura la considerazione, già svolta nel paragrafo precedente, che la lesione di cui si discute non è causata dal provvedimento favorevole (illegittimo – e, perciò, giustamente annullato – ma non dannoso per il suo destinatario), bensì dalla fattispecie complessa costituita dall'emanazione dell'atto favorevole illegittimo, dall'incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità e dal successivo (legittimo) annullamento dell'atto stesso. La lesione, cioè, discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'Amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità.²⁷

Il Collegio ritiene altresì di confermare il rilievo, anch'esso svolto nella menzionata ordinanza n. 17586/2015 – e, in precedenza, nell'ordinanza n. 1162/2015 – che i principi fissati nelle tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, rese con riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 80 del 1998, non hanno perso attualità a causa dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010. Non incidono sulla tenuta di detti principi, infatti, né il primo comma dell'art. 7 c.p.a., là dove devolve “alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”; né il secondo comma dell'art. 30 c.p.a., là dove stabilisce che al giudice amministrativo, nei casi di giurisdizione esclusiva, “può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi”:

- quanto al disposto dell'art. 7, primo comma, c.p.a., va considerato che, anche secondo tale disposizione, la giurisdizione amministrativa – pure quella su diritti, ove si versi in materia di giurisdizione esclusiva – postula che sia in questione “l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo” e che, anche quando la controversia riguardi meri comportamenti, deve pur sempre trattarsi, secondo una formulazione normativa ricalcata sul dispositivo della sentenza della Corte

²⁶ Vedi pag. 26, penultimo capoverso, di detta ordinanza: “L'adozione del provvedimento non viene in rilievo, dunque, nel suo mero risultato sul piano dell'azione amministrativa e, quindi, dell'esercizio in concreto del potere, bensì come elemento che deve avere avuto efficacia causativa del danno-evento rappresentato dalla determinazione dell'affidamento incolpevole e tale efficacia causativa, lungi dall'essere automaticamente ricollegabile di per sé al modo in cui il potere è stato esercitato e, dunque, al suo risultato, il provvedimento illegittimo, postula l'allegazione di ulteriori elementi in concorso con i quali l'adozione del provvedimento riveli quell'efficacia causale”.

²⁷ Come perspicuamente evidenziato dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'Adunanza plenaria 4 maggio 2018 n. 5 (§ 34), “non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”. Cfr. L. Lorenzoni, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 1, 235-269; A. Izzi, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – anche – nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2019, 1, 140-159; F. Maisto, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al tempo della globalizzazione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2019, 2, 620-631; G. Bevivino, *Per una nuova responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione? Il Consiglio di Stato e il superamento del limite dell'aggiudicazione*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, 3, 1071-1077; F. F. Guzzi, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *federalismi.it*, 2019, 3, 13.

costituzionale n. 191/2006, di comportamenti “ricongiungibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere”. Nel caso in cui – secondo la domanda dell’attore (al cui oggetto, come già evidenziato, l’art. 386 c.p.c. ancora la decisione sulla giurisdizione) – il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l’affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento, nemmeno mediato, tra il comportamento dell’Amministrazione e l’esercizio del potere. Il comportamento dell’Amministrazione rilevante ai fini dell’affidamento del privato, infatti, si pone – e va valutato – su un piano diverso rispetto da quello della scansione degli atti procedurali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l’Amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto (come nel caso oggetto del presente giudizio) o, addirittura, essere legittimo, così da risultare “un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico” (così Cons. St., Ad. plen., n. 5/2018, già citata, § 33);

- quanto al disposto dell’art. 30, secondo comma, c.p.a., va sottolineato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nasce per concentrare la tutela davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, in particolari materie, indicate dalla legge, caratterizzate per lo stretto intreccio che si determina, a fronte dei provvedimenti autoritativi della pubblica amministrazione, tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Se, dunque, come ha sottolineato la Corte costituzionale, il sistema della giustizia amministrativa si è complessivamente evoluto nel senso che esso “da giurisdizione sull’atto, sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo” (Corte cost. n. 179/2016, § 3.1), va tuttavia ribadito che, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la giurisdizione amministrativa su diritti presuppone che questi ultimi risultino coinvolti nell’esplicazione della funzione pubblica, esercitata mediante provvedimenti o mediante accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento.²⁸ Perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, in definitiva, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell’amministrazione. È necessario, cioè, che la *causa petendi* si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo. Ciò non accade quando la causa del danno di cui il privato chiede il risarcimento risieda non nel cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì, come già accennato nel paragrafo precedente, in un comportamento (nel cui ambito l’atto di esercizio del potere amministrativo – provvedimento o adottato secondo moduli convenzionali – rileva come mero fatto storico) la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo

²⁸ Ciò è stato chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004, § 3.4.2, là dove, con riferimento alla materia dei pubblici servizi, si giudica costituzionalmente illegittimo il riferimento a “tutte le controversie”, sul rilievo che la “materia” così individuata “prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel generico pubblico interesse che è *naturaliter* presente nel settore dei pubblici servizi”; per poi concludere che tale materia “può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo: art. 11 della l. n. 241 del 1990)”. In continuità con tale affermazione la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 191/2006, ha ritenuto conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “comportamenti” collegati all’esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, definendo tali comportamenti come quelli che “costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi ... e sono quindi riconducibili all’esercizio del pubblico potere dell’amministrazione”: cfr. F. Galluzzo, *La Corte costituzionale conferma la sua posizione e rivaluta il risarcimento del danno. Evoluzione e nuovi contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato*, in *Giustizia civile*, 2007, 9, pt. 1, 1832-1846. L’A. commenta una sentenza con cui la Corte costituzionale torna a pronunciarsi riguardo ai limiti della giurisdizione esclusiva, soprattutto in riferimento ai “comportamenti” non riconducibili alla giurisdizione del giudice ordinario e coglie l’occasione per restituire dignità di statuizione alla parte della pronuncia dedicata al risarcimento del danno.

in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato. Deve quindi concludersi, riprendendo ancora una volta l'insegnamento della Corte costituzionale, che per radicare la giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo "è richiesto che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti (le "particolare materie" devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, n.d.r.), come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario" (così C. cost. n. 35/2010 § 2.2 – enfasi aggiunta).²⁹

Prima di concludere l'esame dei principi espressi nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 va svolta ancora una precisazione sulla esatta identificazione della situazione soggettiva, l'affidamento, la cui lesione ha dato origine alle controversie che dette ordinanze hanno attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario. Come sottolineato da avvertita dottrina, la nozione di affidamento che rileva nella prospettiva delle suddette pronunce non è quella, generalmente definita come "affidamento legittimo", la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990. Quest'ultimo modello di tutela prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'Amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede, etc.) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'Amministrazione di ponderare l'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con gli interessi privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati. L'affidamento a cui si fa riferimento nelle tre ripetute ordinanze del 2011, e nelle successive pronunce che alle stesse si sono uniformate, per contro, è una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia malriposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'Amministrazione fondata sulla buona fede.

È propriamente in questa prospettiva che, come sopra sottolineato, il provvedimento favorevole, unito alle specifiche circostanze che abbiano dato fondamento alla fiducia nella legittimità e nella stabilità del medesimo, viene in considerazione quale elemento di una situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia malriposta.

²⁹ Cfr. F. Saitta, *La "204" al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti; ma i "confini del potere" restano incerti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 8-9, 1931-1937; G. Razzano, *La "particolare materia" della "gestione dei rifiuti". Considerazioni sugli effetti di una sentenza interpretativa di rigetto e sul coordinamento fra le qualificazioni operate dalla Corte (in margine alla sentenza n. 35/2010 della Corte costituzionale)*, *ibidem*, 2011, 1, 39-42, R. Croce, *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1, 445-449, e F. G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, *ivi*, 439-445: la sentenza in commento riveste, ad avviso dell'A., notevole importanza, non tanto per la questione decisa, dato che in ordine ad essa si limita a confermare la precedente giurisprudenza, quanto perché precisa la nozione, o la delimitazione concettuale, della giurisdizione esclusiva, quale nel recente passato era stata accolta dalla stessa Corte costituzionale. Più precisamente, in essa viene affermata, in maniera condivisibile, una nuova concezione della giurisdizione esclusiva, più estesa della precedente: essa può estendersi sia a materie caratterizzate da situazioni soggettive di diversa specie, più o meno intrecciate tra loro, sia articolate su situazioni soggettive omogenee, ossia, più esattamente, caratterizzate dalla presenza (o dalla configurabilità) di soli diritti soggettivi. Inoltre, la decisione in esame costituisce per l'A. l'occasione per riflettere sul significato da attribuire oggi, alla luce anche della riforma in corso del processo amministrativo, alla locuzione "giurisdizione esclusiva".

La precisazione svolta nel paragrafo precedente impone, peraltro, una ulteriore puntualizzazione. Ritiene, infatti, il Collegio di non poter dare seguito all'affermazione, che si rinviene in molti dei precedenti citati nel paragrafo 19.1, che individua la situazione soggettiva del privato lesa dalla delusione delle aspettative generate dal comportamento della pubblica amministrazione nel "diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio". Il patrimonio di un soggetto, infatti, è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo. La conservazione dell'integrità del patrimonio, pertanto, altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni soggettive attive, che lo compongono. La nozione di "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" risulta dunque, in definitiva, priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto. Va invece ribadito che la situazione soggettiva lesa a cui si riferiscono i principi affermati nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 e in quelle successive conformi – a cui le stesse Sezioni unite intendono dare conferma e seguito – si identifica nell'affidamento della parte privata nella correttezza della pubblica amministrazione.

La tutela dell'affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento comunitario (ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi dell'art. 1 della l. 241/1990), come la Corte di giustizia ha dichiarato fin dalla sentenza CGUE, 3 maggio 1978, C-112/77, *Topfer*³⁰, dove si affermò che "*il principio della tutela del legittimo affidamento ... fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, «una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione»*" (§§ 18 e 19). Secondo la Corte di Lussemburgo tale principio costituisce un corollario del principio della certezza del diritto (CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*³¹, § 46). Osserva al riguardo il Collegio che, se è innegabile che tra il principio di affidamento e quello della certezza del diritto esistano ampi margini di sovrapposizione, la distinzione tra tali principi può essere tuttavia tracciata in relazione ai loro rispettivi contenuti, giacché, come sottolineato da attenta dottrina, nella tutela dell'affidamento appare centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente, mentre rispetto alla certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, che attinge alla identità del diritto e coinvolge, in ultima analisi, un valore intrinseco alla giuridicità. Nella stessa giurisprudenza di Lussemburgo, peraltro, non mancano espliciti riferimenti alla dimensione "soggettiva" dell'affidamento: nella sentenza CGUE, 14 marzo 2013, C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*³², per esempio – dopo le affermazioni, corredate dai richiami ai pertinenti precedenti, che "secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione" (§ 23) e che "il diritto di avvalersi del suddetto principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze" (§ 24) – si enuncia il principio secondo il quale "costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili" (§ 25); negli stessi termini, da ultimo, CGUE, 23 gennaio 2019, C-419/17, *Deza a.s.*³³ (§ 70).

Nell'ordinamento nazionale, peraltro, il principio della tutela dell'affidamento nei confronti della condotta della pubblica amministrazione risulta specificato, rispetto alle regole civilistiche generali, da numerose disposizioni che disciplinano direttamente l'attività amministrativa, la cui violazione inficia la stessa legittimità dell'atto amministrativo: si pensi alla previsione dell'indennizzo nel caso

³⁰ ECLI:EU:C:1978:94, in Racc. 1978/01019.

³¹ ECLI:EU:C:2017:985, con note di S. Fortunato, *I rapporti tra obbligo di rinvio pregiudiziale e giudizio di costituzionalità: il caso italiano dei giochi d'azzardo*, in *Il Foro italiano*, 2018, 9, pt. 4, 434-442; e S. Felicioni, *La pronuncia di una Corte costituzionale non può incidere sull'obbligo dei giudici di ultima istanza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *DPCE online*, 2018, 1, 8 (disponibile a: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/495>).

³² ECLI:EU:C:2013:169.

³³ ECLI:EU:C:2019:52.

della revoca di un provvedimento che rechi pregiudizio agli interessati (art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990); ai limiti cronologici del potere di annullamento di ufficio dei provvedimenti illegittimi e al dovere di tener conto, nell'esercizio di tale potere, degli interessi dei destinatari del provvedimento e dei contro interessati (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990); all'obbligo delle pubbliche amministrazioni (e dei privati preposti all'esercizio di attività amministrative) di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, previsto dall'art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 241/1990; disposizione, quest'ultima, che configura un danno da ritardo che prescinde dalla spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento adottato in violazione del termine e che, come sottolineato dal Consiglio di Stato, "deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione" (ancora Ad. plen., sent. n. 5/2018, § 42).

Le disposizioni della l. n. 241/1990 richiamate nel paragrafo che precede disciplinano direttamente, come sopra sottolineato, l'esercizio del potere amministrativo, cosicché la relativa violazione determina l'illegittimità dell'atto di esercizio di tale potere, aprendo la strada alla tutela demolitoria e risarcitoria davanti al giudice amministrativo. Esse, pertanto, non rilevano direttamente ai fini del discorso che qui si va conducendo, che, come evidenziato nel paragrafo 26.1, concerne le ipotesi in cui il danno derivi non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione si deve uniformare come qualunque altro soggetto. Le suddette disposizioni della l. n. 241/1990, tuttavia, interessano in questa sede per il loro rilievo di carattere sistematico, in quanto – al pari di altre disposizioni emergenti da settori specifici del diritto pubblico, quale, ad esempio, l'art. 10 dello Statuto del contribuente (l. n. 212/2000), introduttivo del "principio della collaborazione e della buona fede" nei rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria³⁴ – rappresentano un indice del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un'idea di "diritto amministrativo paritario", per usare una celebre formula dottrina di quasi mezzo secolo fa, coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione fissati dall'art. 97 della Costituzione. Un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese (cfr. Cons. Stato n. 1457/2018³⁵, § 9.2) ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati.

³⁴ Cfr. M. Logozzo, *I principi di buona fede e del legittimo affidamento: tutela "piena" o "parziale"?*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, 6, pt. 1, 2325-2364. I rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria devono ispirarsi ai principi di collaborazione e buona fede. Tale ultimo principio ha quale corollario il principio del legittimo affidamento esplicitamente richiamato dall'art. 10 l. n. 212 del 2000, ove si rinviene una specifica scusante per il contribuente che abbia riposto il proprio affidamento e si sia conformato alle indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, successivamente modificate dalla medesima, per cui viene esclusa l'irrogazione di sanzioni e la richiesta di interessi moratori. Nonostante la formulazione letterale della norma, ci si chiede se, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria fornisca al contribuente istruzioni chiare, precise, specifiche e personali, attraverso atti amministrativi formali, non siano dovuti non solo le sanzioni e gli interessi, ma anche il tributo. In altri termini, ci si chiede se i principi di buona fede e dell'affidamento legittimo siano in grado di assicurare, in ipotesi specifiche, non solo una tutela "parziale", ma anche una tutela "piena". Nelle sue pronunce più recenti la Corte di cassazione, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale più risalente nel tempo, sostiene la tesi della tutela "parziale" (cioè limitata all'esclusione di sanzioni e interessi), mentre vi sono argomenti per affermare, anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che, almeno in alcune fattispecie particolari, debba essere assicurata la tutela "piena" del contribuente (ossia, l'inesigibilità del tributo).

³⁵ Cfr. V. Guerrieri, *La PA inibisce illegittimamente l'iniziativa economica privata: il danno va parametrato sui mancati utili dell'impresa*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 7, 12 (disponibile a: <http://giustiziacivile.com/pdfpage/1575>).

Al modello di pubblica amministrazione così delineato non possono, evidentemente, non attagliarsi anche quei doveri generali di correttezza e buona fede di matrice civilistica la cui violazione fonda una responsabilità da lesione dell'affidamento del privato che prescinde dalla valutazione di legittimità o illegittimità (ed anche dalla stessa esistenza) di un atto di esercizio del potere amministrativo.

È ancora necessario, da ultimo, mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla pubblica amministrazione per effetto della lesione dell'affidamento del privato. Ritengono le Sezioni unite che detta responsabilità vada ricondotta al paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato, come detto.

Il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta, infatti, una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività. Tale dovere si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva. Deve quindi riconoscersi l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro; cosicché, come persuasivamente affermato dal Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza n. 5 del 2018, "da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*" (§ 24). Vi è quindi un *quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere*; non si tratta della generica "responsabilità del passante", ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'Amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima.

Sulla scorta dei rilievi sviluppati nel paragrafo che precede le Sezioni unite ritengono di dover valorizzare – generalizzandone gli esiti oltre il mero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione – l'orientamento che connota la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale (qualificato dallo *status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti). Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, dagli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile.

Del suddetto orientamento si trova traccia nella giurisprudenza della Suprema Corte fin dalla sentenza n. 157 del 2003³⁶, dove già si affermava che "con la l. 7 agosto 1990, n. 241 i principi di

³⁶ Cfr. R. Conti, *Lesione dell'interesse legittimo oppositivo: la Cassazione a tutta birra sulle ali della "500" del 1999*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 5, 484-496; A. Nutini, *La Cassazione ritorna sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 3, pt. 2, 754-761; M. Taldone, *La lesione di interessi legittimi da parte della P.A. Nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Il Nuovo diritto*, 2004, 5, pt. 2, pp. 397-401. L'A. condivide la decisione in epigrafe con cui la Corte di cassazione definisce la responsabilità della pubblica amministrazione per la lesione di interessi legittimi come responsabilità contrattuale ed osserva che un altro indirizzo giurisprudenziale considera la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità aquiliana. Dalla diversa configurazione della violazione degli obblighi stabiliti *ex lege*, il cui

efficienza e di economicità dell'azione amministrativa e, insieme, di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi. La nuova concezione dell'attività amministrativa non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione. Il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. ... Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che, in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/SU identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità» (pagg. 31-33). La formula della responsabilità da contatto nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione è stata poi ripresa nella sentenza n. 24382/2010 e, nello specifico settore dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, nella sentenza n. 24438 del 2011³⁷, dove si afferma che la responsabilità che deriva dalla lesione dell'affidamento reciproco dei contraenti nella correttezza dei comportamenti della controparte "non è sicuramente contrattuale ... né attiene ad una ipotesi *tout court* di ingiusta lesione di un diritto da terzi, ai sensi dell'art. 2043 c.c., avendo invece a fondamento il 'contatto' tra le parti del futuro contratto" (pag. 16); con la precisazione che detta responsabilità, pur non qualificabile come contrattuale, a quest'ultima "si avvicina, perché consegue al 'contatto' tra le future parti per la stipula del contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina della prova applicabile che è quella dell'art. 1218 c.c." (pag. 18). Di sicuro rilievo, in questa prospettiva, è anche la sentenza n. 9636/2015³⁸, nella quale si valorizza quella giurisprudenza amministrativa che ha talora valutato la colpa della pubblica amministrazione con riferimento al criterio di imputazione soggettiva della responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. (Cons. Stato, n. 1300/2007 e n. 5500/2004³⁹).

rispetto è garanzia per il cittadino della legittimità dell'azione amministrativa, discende una diversa disciplina in ordine alle prove, ai termini di prescrizione e, soprattutto, alla possibilità di risarcire il danno. L'A. rileva che la lesione dell'interesse legittimo, *in re ipsa*, non comporta immediatamente il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., essendo necessario che l'illegittima attività della p.a. incida sfavorevolmente sul bene della vita che l'interesse legittimo indirettamente tutela. Questa situazione giuridica, senza dubbio, si realizza nel caso di interessi legittimi oppositivi, poiché il bene della vita preesiste all'illegittima attività della p.a. e, pertanto, sono sempre risarcibili. Per quanto attiene, invece, agli interessi legittimi pretensivi, è necessario un giudizio prognostico sulla possibilità di conseguire il bene della vita.

³⁷ Cfr. P. Davide, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 6, 677-681; C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, 1949-1959; M. Renna, A. Spezzati, *Sulla natura della responsabilità della p.a. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 12, 2664-2668. V. anche M. Franzoni, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, 283-298; G. Visintini, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, *ibidem*, 2017, 2, 335-355; G. Varanese, *"Sonderverbindung" e responsabilità precontrattuale da contatto sociale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 1, 116-143, nonché C. Tenella Sillani, *"Culpa in contrahendo", contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 4, 1247-1278.

³⁸ Cfr. C. Scognamiglio, *"Status" professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale* (nota a Cass. Sez. I 12 maggio 2015, n. 9636) in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 11, pt. 1, 989-993; G. M. Racca, S. Ponzio, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 8-9, 1965-1976; M. C. Agnello, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della "culpa in contrahendo" della Pubblica amministrazione*, in *Corriere giuridico*, 2016, 1, 60-70; v. anche M. L. Chiarella, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 22, 20.

³⁹ Cfr. F. Carlesi, *In tema di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (Osservazione a Cons. Stato Sez. IV 10 agosto 2004, n. 5500), in *Il Foro italiano*, 2005, 5, pt. 3, 295-298; F. Fracchia, *Colpa*

I principi di cui si tratta sono stati infine portati a compiuta maturazione, pur sempre nello specifico settore dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, nella sentenza n. 14188/2016⁴⁰, nella quale all'esito di un'approfondita disamina del tema della responsabilità di tipo contrattuale in assenza di contratto, si è condivisibilmente affermato che "l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi *culpa in contrahendo* solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti" (§ 12.1).

Alla stregua dei principi enunciati in Cass. n. 14188/2016 (successivamente ripresi anche da Cass. n. 25644/2017), che le Sezioni unite ritengono di confermare, deve quindi conclusivamente affermarsi che la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto.

Deve pertanto affermarsi che i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'Amministrazione. In questo caso, infatti, i detti principi valgono con maggior forza, perché l'Amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento (quella "dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato" a cui si è fatto riferimento nell'ultima parte del paragrafo 27.1), nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo.

In definitiva, secondo la Corte, poiché il giudizio aveva ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento della società attrice nella correttezza del comportamento della pubblica amministrazione, causata da una condotta del Comune che l'attrice assumeva difforme dai canoni di correttezza e buona fede, priva di collegamento, anche solo mediato, con l'esercizio (mai attuato) del potere amministrativo, il proposto regolamento di giurisdizione andava definito con l'affermazione della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. Perciò la Corte regola la giurisdizione dichiarando la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima (nota a Cons. Stato Sez. IV 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. Stato Sez. VI 19 novembre 2003, n. 7473), *ivi*, 298-303. V anche P. Gallo, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 12, pt. 2, 1759-1767.

⁴⁰ Cfr. A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla "culpa in contrahendo" alla violazione di obblighi di protezione* (nota a Cass. Sez. I civ. 12 luglio 2016, n. 14188), in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, 1129-1148; A. Zaccaria, *La "teoria" del "contatto sociale"* (Relazione al Convegno "Responsabilità da contatto sociale: analisi del diritto vivente e profili organizzativi", Roma, 13 ottobre 2016), in *Studium iuris*, 2018, 5, 592-598; G. Bevivino, *La natura 'contrattuale' della responsabilità precontrattuale: luci e ombre di una recente pronuncia della Corte di Cassazione* [nota a sentenza: Cass., Sez. I civ., 12 luglio 2016, n. 14188], in *giustiziacivile.com*, 2017, 1, 1-12, e F. Della Rocca, *Obbligazioni della Pubblica Amministrazione*, *ibidem*, 5, 1-15; A. Di Majo, *La "culpa in contrahendo" tra contratto e torto*, in *Libero Osservatorio Del Diritto*, 2017, 1, 8 (disponibile a: <https://lodd.it/la-culpa-in-contrahendo-tra-contratto-e-torto/>). V. note nn. 172 e 203 *infra*.

2. La selva: “*Nel mezzo del cammin di nostra vita mi ritrovai per una selva oscura ché la diritta via era smarrita*”.

Entrando *in medias res*, è giocoforza esaminare anzitutto il dettato normativo sul quale si è soffermata Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, al fine di appurare se le critiche rivolte alla stessa siano o meno giustificate, ovvero se le statuizioni in essa contenute si rivelino fondate oppure no.

Per tentare di sbrogliare la matassa di questioni affrontate dalla Cassazione, ridando ordine e chiarezza, è imprescindibile procedere per passi successivi e via via provare a districarsi nei meandri delle aporie sopra illustrate, nell'intento di sciogliere il nodo gordiano.

Se a ciò si aggiunge che la tematica *de qua* rientra nella più ampia problematica della responsabilità della p.a., oltre alla chiara difficoltà di addivenire ad una soluzione univoca e definitiva, appare evidente la necessità di adottare un metodo diverso da quello usato dalla Suprema Corte.

Tentando di uscire dalla spirale interpretativa in cui si era infilata, la Corte ricorre allo “schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell’ambito della responsabilità contrattuale; con l’avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto”.

E ciò sul presupposto che la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa della violazione dell’affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell’azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione.

Viene dunque ribadito che la situazione soggettiva lesa a cui si riferiscono i principi affermati nelle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 e in quelle successive conformi – a cui le stesse Sezioni unite intendono dare conferma e seguito – si identifica nell’affidamento della parte privata nella correttezza della pubblica amministrazione.

Come anticipato, il “punto di non ritorno” per la Corte si trova in queste righe: “È indubbio, infatti, che una controversia relativa all’esercizio del potere di rilasciare o non rilasciare un permesso di costruire rientri nella materia urbanistica ed edilizia ed è, quindi, attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quando la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia consistenza di diritto soggettivo (come si verifica, ad esempio, *quando l’oggetto della domanda abbia ad oggetto il risarcimento del danno causato da un atto illegittimo di esercizio di tale potere*). La pretesa risarcitoria dedotta nel presente giudizio dalla società, tuttavia, ha ad oggetto un danno che, nella prospettiva della società attrice, *non è stato causato da “atti” o “provvedimenti” dell’amministrazione municipale, bensì dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest’ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento*” (corsivi aggiunti).

L’eccessiva enfasi su “atti” o “provvedimenti”, tanto da sceverare “*un danno da comportamento e non da provvedimento*”, ha fatto perdere di vista alla Cassazione l’*ubi consistam* del potere pubblico, a cui fa da contraltare l’interesse legittimo della controparte.

Ecco perché giova prendere abbrivio dalla disciplina di diritto pubblico.

Come suggerisce la citazione dantesca, tale disciplina si presenta come una “selva”.

Prolegomeni: prime considerazioni critiche sulla decisione della Cassazione

Fors'anche per la corposità e lunghezza della decisione, che affronta svariati temi (non sempre con la dovuta attenzione e l'approfondimento che meriterebbero), si ha l'impressione che la Corte cada in contraddizione più volte e finisca col perdere di vista l'oggetto del giudizio, rifugiandosi nel proprio *stare decisis*.

Senza alcuna pretesa di esaustività, in questa sede iniziale pare utile fornire una breve e sintetica rassegna delle evidenti criticità riscontrabili in seno a Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236:

- la concezione provvedimentale del potere pubblico (questo è sicuramente il più grave errore commesso dalla Corte, la quale di fatto sostiene che un potere pubblico può manifestarsi solo per atti provvedimentali, come dimostrato dalle statuizioni relative a provvedimenti annullati e considerati *tamquam non essent*);
- il *misunderstanding* sul comportamento della p.a. (nonostante sia espressamente citata la giurisprudenza costituzionale rilevante in materia, la Corte non ne comprende la reale portata e giunge a smentire proprio gli arresti della Consulta nella misura in cui sembra rinnegare la possibilità di comportamenti della p.a. nell'esercizio della pubblica funzione);
- l'esame frettoloso del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, da cui traspare una sorta di dicotomia fra giurisdizione esclusiva amministrativa, da un lato, e, dall'altro, giurisdizione ordinaria, senza considerare la giurisdizione di legittimità e le zone grigie di tutela;
- l'autoreferenzialità del richiamo alla propria giurisprudenza, con conferma dei principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 (sin da subito si intuisce in quale modo la Corte sarebbe pervenuta, in conclusione, a sciogliere il dilemma prospettato nel paragrafo 21);
- la contraddizione sul legittimo affidamento (dapprima indicato come mero "affidamento" avente valenza autonoma a prescindere dal potere pubblico ma poi viene richiamata la giurisprudenza europea sul legittimo affidamento che su questo si fonda);
- la suggestione dell'idea di "diritto amministrativo paritario" regolato dalla buona fede e correttezza (si richiama lo Statuto del contribuente), quando invece il caso di specie concerne una fattispecie di procedura edilizia ed urbanistica, dove non solo è prevista la giurisdizione esclusiva ma appare quanto meno forzato immaginare un rapporto paritario fra p.a. e privati;
- il richiamo a sproposito della giurisprudenza sulle procedure di gara, dove effettivamente vi è spazio per una sorta di trattativa fra le parti in vista della stipulazione di un contratto;
- la teoria del contatto sociale, pur se astrattamente ipotizzabile, viene invero propugnata più sulla scorta della tendenza del momento che non sulla base di un fondamento giuridico;
- la nozione di "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" che non si capisce a che titolo e con quale scopo sia menzionata nella motivazione della Corte;
- infine, la pecca di aver perso di vista la vicende controversa (liquidata nelle poche righe iniziali) per poi dilungarsi in un *excursus* giuridico contorto e prolisso, dove viene fatta di tuttata l'erba un fascio, tralasciando le dovute distinzioni.

Ma il vero peccato originale è che tutta la digressione è compiuta "secondo la domanda dell'attore (al cui oggetto, come già evidenziato, l'art. 386 c.p.c. àncora la decisione sulla giurisdizione)", ossia senza alcuna indagine sulla effettiva consistenza della posizione giuridica attivata. In conclusione, la Corte ha rimesso alla parte attrice la qualificazione della domanda, omettendo di verificare la natura sostanziale della *causa petendi* a prescindere dal *nomen juris* dato dalla parte.

2.1 - Legge 7 agosto 1990, n. 241

Giova incominciare dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Ai sensi dell'art. 1 (*Principi generali dell'attività amministrativa*), comma 1, l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Al comma 1-bis è previsto che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Al comma 1-ter è previsto che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge. Al comma 2 è previsto che la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. Da ultimo, l'art. 12, comma 1, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020 ha aggiunto il comma 2-bis: "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*". Ora, la tempistica potrebbe anche far sorgere il sospetto che la recente modifica alla legge in parola sia l'effetto di Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236. La riforma complica ulteriormente il quadro normativo.

Già da questa prima disposizione si evince agevolmente la complessità della materia in discussione: non soltanto in ragione della profonda diversità delle attività *iure imperii* da quelle *iure privatorum* (se per le seconde vale certamente la clausola generale della buona fede, tipica dei rapporti privati, le prime invece non sembrano immediatamente adattabili a tale regola, essendo governate dal buon andamento, generale per definizione: si pensi ad una fattispecie di pericolo pubblico o di urgenza⁴¹), ma anche per l'uso di una terminologia non proprio perspicua (non è chiaro se l'ultimo comma si applica a entrambe le tipologie di attività della p.a., né se afferma l'eguaglianza sostanziale per tutti, cittadini italiani, comunitari e extracomunitari, non tollerando discriminazioni).⁴²

Emerge un contesto piuttosto caotico, aggravato dal clima di incertezza suscitato dalla propensione a snaturare gli istituti sull'onda del *mood* del momento.

L'art. 2-bis (*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*), evocato anche dalla Cassazione, stabilisce al comma 1 che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Al comma 1-bis è previsto che, fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento. Il comma 2 è stato abrogato e trasfuso nel c.p.a. (art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, che attribuisce alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo": v. *infra*).

⁴¹ In tali circostanze pare ragionevole che vengano meno le normali consuetudini di "buon vicinato" per lasciare spazio a strumenti autoritativi, anche unilaterali, che perseguano l'interesse pubblico collettivo, ove necessario sacrificando l'interesse privato individuale. Del resto, a ben vedere, è proprio questa la *raison d'être* della p.a., che altrimenti sarebbe un comune privato e vedrebbe le proprie armi "spuntate".

⁴² Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), ordinanza 14 giugno 2020, n. 380.

Al riguardo è sancita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pur se la legge n. 241/90 prevede il “diritto” del privato al risarcimento del “danno ingiusto” nel caso di inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2 *bis*, comma 1).⁴³

Quindi, ai sensi della suddetta legge, il semplice fatto che la p.a. non abbia (o per dolo o per colpa) rispettato il termine di conclusione del procedimento, non è sufficiente a generare in favore del privato una tutela risarcitoria: occorre che il danno da questi subito sia “ingiusto”.

Cosa si desume da ciò? Probabilmente che la ingiustizia del danno sussiste solo nel caso in cui, a seguito di tale inosservanza, il soggetto privato abbia subito un danno concreto (e patrimonialmente quantificabile) nella sua sfera giuridica, ad es. per il fatto che abbia dovuto rinunciare ad un'utilità economica che egli avrebbe senz'altro percepito se il procedimento si fosse concluso nei termini (quindi, nella sostanza, un lucro cessante). Altrimenti il legislatore, se avesse voluto ricollegare il risarcimento solo ed unicamente al fatto dell'inosservanza del termine, e ciò in nome di una “responsabilità da contatto” per la quale qualsiasi inadempienza della p.a. nei confronti del privato genera un'obbligazione di risarcimento, avrebbe detto: “il privato ha diritto al risarcimento del danno”, senza la parola “ingiusto”. Cionondimeno, la cognizione spetta al giudice amministrativo.

Come visto, per Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, la *causa petendi* della domanda della società non è stata l'inosservanza di un termine procedimentale, bensì la violazione dell'affidamento ingenerato dall'Amministrazione comunale in un determinato esito, favorevole alla società attrice, del procedimento.

Ma è sufficiente siffatta argomentazione per giustificare una diversa giurisdizione? Se la violazione dei termini procedurali (“l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”) appartiene al giudice amministrativo, è mai possibile che la lesione dell'affidamento dell'interessato nell'ambito del medesimo procedimento compete al giudice ordinario? Appare quanto meno improvido separare il profilo temporale da quello sostanziale, attribuendo il primo al giudice amministrativo ed il secondo a quello ordinario. Invero, i due aspetti appaiono le facce di una stessa medaglia. Il cortocircuito è evidente nell'ipotesi che la lesione lamentata sia l'affidamento sulla tempestività del procedimento: in questo caso decide il giudice amministrativo o ordinario?

Non bisogna infatti dimenticare che ai sensi dell'art. 11 legge n. 241/90 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento), in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'Amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. Al fine di favorire la conclusione degli accordi, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. Gli accordi *de quibus* debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 241/90 e gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'Amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

⁴³ Al contrario, la L. n. 89/2001 dispone la competenza della Corte d'appello su domande di equa riparazione per violazione della ragionevole durata del processo. Non è affatto chiaro il *discrimen* fra le due ipotesi (processo e procedimento) dato che in ambedue il danno deriva dalla eccessiva lentezza della p.a.

Il comma 5 dell'art. 11 legge n. 241/90 è stato abrogato e trasfuso nel c.p.a. (art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, che attribuisce alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie in materia di "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni": v. *infra*). Di conseguenza, tutte le controversie in materia di accordi amministrativi rientrano nella giurisdizione ordinaria, pur trovando applicazione i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Nella fattispecie oggetto di Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, atteso che la controversia tra il Comune e la società attrice riguarda la realizzazione di un grande complesso alberghiero mediante lo strumento del Piano Attuativo Comunale (PAC), ossia un rapporto qualificabile come accordo amministrativo, consegue la giurisdizione amministrativa e non civile. E non importa che nel caso di specie l'accordo non sia stato concluso, dovendosi prendere in considerazione la tipologia di attività posta in essere dalla p.a., che senza dubbio configura un esercizio di funzione amministrativa a prescindere dalla mancata formazione dell'accordo. Peraltro, anche l'eventuale lesione dell'affidamento della controparte della p.a. – in termini di buona fede e correttezza – pertiene espressamente alla giurisdizione amministrativa esclusiva giacché comprende "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili", come detto.

2.2 - Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104

Dall'enfasi autoreferenziale della Corte di Cassazione, che si è avvitata su se stessa risulta intaccato finanche il Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 – Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo.⁴⁴

All'interno del Capo III – "Giurisdizione amministrativa" – l'art. 7 (anch'esso rubricato *Giurisdizione amministrativa*) sancisce che "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, *concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere*, posti in essere da pubbliche amministrazioni.⁴⁵ Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico" (enfasi aggiunta).

La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito:

- sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo "le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, *comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*" (comma 4, corsivo aggiunto);
- nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133 del c.p.a., "il giudice amministrativo conosce, *pure ai fini risarcitori*, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi" (comma 5, corsivo aggiunto);
- il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134 del c.p.a.: nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (comma 6).

⁴⁴ Tra i contributi sul codice del processo amministrativo, vedasi C. Mignone, M. P. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012; F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2013; G. Palliggiano, U. Zingales, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012; A. Pajno, G. Pellegrino, *Codice del processo amministrativo*, Rimini, 2010; N. S. Di Paola, *Guida al nuovo codice del processo amministrativo*, Rimini, 2010.

⁴⁵ Per pubbliche amministrazioni, ai fini del c.p.a., si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Inoltre, al comma 7 è espressamente stabilito che il principio di effettività è realizzato attraverso la “concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”. Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

A sua volta l'art. 30, comma 2, del c.p.a. stabilisce che “*può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica*”.⁴⁶

Per giudici formati in un'epoca in cui vigeva la pregiudiziale amministrativa dev'essere difficile cambiare la *forma mentis*, essendo ormai abituati ad una determinata concezione della tutela risarcitoria in relazione al potere pubblico: detto preconcezione emerge *per tabulas* in Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, dove traspare la concezione provvedimentale del potere pubblico (questo è sicuramente il più grave errore commesso dalla Corte, la quale di fatto sostiene che un potere pubblico può manifestarsi solo per atti provvedimenti, come dimostrato dalle statuizioni relative a provvedimenti annullati e considerati *tamquam non essent*: v. i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011) e il *misunderstanding* sul comportamento della p.a. (nonostante sia espressamente citata la giurisprudenza costituzionale rilevante in materia, la Corte non ne comprende la reale portata e giunge a smentire proprio gli arresti della Consulta nella misura in cui sembra rinnegare la possibilità di comportamenti della p.a. nell'esercizio della pubblica funzione: cfr. C. cost. n. 191/2006 e n. 35/2010 § 2.2).

Sembra quasi che per la Cassazione la tutela risarcitoria sia possibile solo nella giurisdizione amministrativa esclusiva, diversamente non potendo il giudice amministrativo avere competenze sul “diritto” al risarcimento del danno. Il risultato è che la giurisprudenza civile ha ancora una volta relegato a una nuova marginalità quella amministrativa, lasciando che a occuparsi delle questioni risarcitorie sia la prima e non la seconda. E non c'è dubbio che dal giudice nomofilattico (che però ha impostazione e connotazione maggiormente civilistica, essendo giudice di legittimità per le cause civili molto più che per quelle amministrative, limitato ai soli motivi di giurisdizione⁴⁷) era da attendersi

⁴⁶ Come ricordato, l'azione risarcitoria innanzi al g.a. è stata ritenuta costituzionalmente legittima da C. cost., 6 luglio 2004, n. 204 (v. nota n. 18 *supra*), che ha stralciato dalla previsione dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (nella versione di cui alla legge n. 205 del 2000) il termine “comportamenti”, devolvendo al giudice ordinario la cognizione delle liti relative a diritti soggettivi provocate da condotte materiali dell'Amministrazione e lasciando al giudice amministrativo le liti per danni da provvedimenti dannosi o da mancata (o tardiva) adozione di provvedimenti. Sulla generale giurisdizione ordinaria in materia risarcitoria e sulla eccezionale giurisdizione amministrativa in caso di danni derivanti da provvedimenti amministrativi (o dall'omissione di atti dovuti) v. Cass., Sez. un., 9 agosto 2001 n. 10979, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1583. Sulla giurisdizione risarcitoria del g.a., sia nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva che in quelle affidate alla sua giurisdizione di legittimità, si segnalano, tra gli studi anteriori alla novella del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: S. De Felice, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.* (Relazione al Convegno “La giurisdizione sui comportamenti delle amministrazioni e la tutela processuale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004”, Palazzo Spada, Roma, 27 maggio 2005), in *Dir. proc. amm.*, 2005, 4, 869-940; A. Pajno, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, *ivi*, 965 - 989; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del g.a.: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico* (Relazione al convegno “Il diritto amministrativo degli anni 2000. Itinerari legislativi e interpretazioni giurisprudenziali”, Avezzano, 2 dicembre 2005), *ibidem*, 2006, 1, 18-32 e in *www.giustamm.it*, 12, 2005; AA.VV., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione* (a cura di F. Caringella e M. Protto), Bologna, 2005.

⁴⁷ Sul punto vedasi, da ultimo, Cassazione civile, Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23395 – con nota di M. Summa, *Il Consiglio di Stato può ‘sconfinare’ nel merito purché non si sostituisca alla p.a.*, in *Diritto & Giustizia*, 85, 2016, 2: “Secondo l'insegnamento di questa Corte, “le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla p.a.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza

certamente una maggior attenzione, specialmente sul difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Trattandosi di richiesta di risarcimento danni che il ricorrente attribuisce all'autorità amministrativa nell'esercizio delle funzioni istituzionali, non è chi non veda che il giudice competente è quello amministrativo (artt. 103-113 Cost.). Due, infatti, sono le condizioni affinché la domanda risarcitoria debba essere proposta davanti al giudice amministrativo. La prima è la presenza nella controversia della p.a. in qualità di Autorità, e la seconda è l'ingiustizia del danno quale conseguenza della funzione amministrativa. Il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, non costituisce una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, ma solo uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare in tutti i casi in cui sia ritenuto necessario rendere giustizia nei confronti della p.a. Tutto ciò porta ad escludere che la giurisdizione competa per ciò solo al giudice ordinario, spettando invece a quello amministrativo.⁴⁸

Le sentenze della Corte costituzionale nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007⁴⁹ hanno individuato il giudice amministrativo come giudice unico per la tutela a fronte dell'attività provvedimento della

dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso". Cfr. Corte cost., sentenza 18 gennaio 2018, n. 6: si rinvia alla lettura di *La Corte costituzionale chiarisce il concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo, vedasi le considerazioni di Cassazione Civile, Sez. Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598. Le SS.UU. della Corte di Cassazione sottopongono alla Corte di giustizia dell'UE tre questioni pregiudiziali concernenti le impugnazioni delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione: cfr. T. Cocchi, *Al vaglio della Corte di giustizia UE il recente orientamento della Corte costituzionale sulle impugnazioni per «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in lamministrativista.it, 18 settembre 2020, ed E. Papponetti, *Sui limiti del ricorso per cassazione per "motivi inerenti la giurisdizione", sul potere/dovere dei giudici nazionali di ultima istanza di operare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE e sul tema relativo alla legittimazione dell'impresa esclusa dalla gara per una valutazione non positiva della propria offerta*, in *Appalti e contratti Imprese*, 2 dicembre 2020.

⁴⁸ Per ultimo, si ritiene utile richiamare la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7527 del 15 ottobre 2010, riguardante pubblico impiego, risarcimento del danno, giurisdizione, discrimine. Detta decisione ha affermato che la controversia relativa ad una domanda di risarcimento di danno da parte di un impiegato pubblico rientra nella sfera di cognizione del Giudice ordinario ovvero in quella esclusiva del Giudice amministrativo in materia di rapporto di impiego pubblico (per questioni relative al periodo di lavoro anteriore al 30 giugno 1998) a seconda che si tratti di responsabilità extracontrattuale ovvero contrattuale. Ai fini dell'individuazione della corretta giurisdizione assume rilievo l'elemento materiale dell'illecito, ossia la condotta dell'Amministrazione, a seconda se il suo comportamento lesivo possa esplicarsi indifferentemente nei confronti della generalità dei cittadini come nei confronti dei propri impiegati, costituendo in tal caso il rapporto di lavoro una mera occasione dell'evento dannoso, con giurisdizione del Giudice Ordinario, o se esso comportamento possa esplicarsi solo nei confronti dei dipendenti, con giurisdizione del Giudice Amministrativo (conferma TAR Campania, Sez. VI, n. 15241/2004). Nella fattispecie oggetto di Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, è chiaro e indiscusso che la controversia non riguarda affatto la generalità dei cittadini, ma riguarda il rapporto tra il Comune e la società attrice, con conseguente giurisdizione amministrativa e non civile.

⁴⁹ La Suprema Corte, con la sentenza 27 aprile 2007, n. 140, ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 552, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, nella parte in cui assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le vertenze proposte nei confronti dei provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica, adottati ai sensi del d.l. 7 febbraio 2002, n. 7, convertito nella l. 9 aprile 2002, n. 55, senza fare eccezione per la tutela di diritti fondamentali quale il diritto alla salute, in riferimento all'art. 103 Cost.: cfr. A. Travi, *(In tema di) competenza giurisdizionale relativa alle controversie su provvedimenti per impianti di generazione di energia elettrica*, in *Il Foro italiano*, 2008, 2, pt. 1, 435-436, e G. Verde, *E' ancora in vita l'art. 103, 1 comma, Cost.?*, *ibidem*, 436-440; A. Battaglia, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 11, 1169-1173. La pronuncia in commento evidenzia come la Corte costituzionale, discostandosi da un consolidato indirizzo della Cassazione, abbia abbandonato il criterio classico di ripartizione delle giurisdizioni, fondato sulla natura della situazione soggettiva sottoposta all'esame del giudice: non è infatti rinvenibile nel nostro ordinamento alcun principio o norma che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti.

p.a., mentre tre ordinanze della Cassazione del giugno 2006 (n. 13659⁵⁰, n. 13660, n. 13911)⁵¹ hanno stabilito che la giurisdizione in materia risarcitoria spetta al giudice amministrativo. A ciò si aggiunga che l'Adunanza plenaria, con la nota sentenza n. 7 del 2005⁵², ha affermato, che l'omesso

⁵⁰ Cfr. A. Ferri, *Le pretese al risarcimento del danno nei confronti della p.a.: le S.U. riconoscono la giurisdizione del giudice amministrativo*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, 12, 988-1005; S. Giacchetti, C. Giacchetti, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione "a Matrioska" del provvedimento amministrativo*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006, 3, 1073-1094; C. M. Pigrini, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla pregiudiziale amministrativa: via libera alla richiesta di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi anche senza la previa impugnativa dell'atto illegittimo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2006, 6, 491-516, e P. Loro, *Giurisdizione sui comportamenti dopo la sentenza 191: l'occupazione appropriativa al capolinea*, *ibidem*, 7-8, 678-68, segnala che la sentenza in commento della Corte di Cassazione si caratterizza per un'analisi approfondita del riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo e della tutela dei diritti patrimoniali consequenziali, che parte da una dettagliata ricostruzione storica a partire dalla l. n. 2248/1865 fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 191/2006. Precisa che all'esito di tale ricostruzione si può scorgere un'evoluzione rispetto alla rigida posizione fin lì tenuta dalle Sezioni Unite in materia di tutela risarcitoria in ipotesi di occupazione appropriativa, spettante al giudice ordinario quando proposta autonomamente da un giudizio impugnatorio. Osserva come la pronuncia in epigrafe affronti due fondamentali questioni: il riparto di giurisdizione e le modalità della tutela risarcitoria. Esamina come la Suprema Corte risolve l'esercitabilità della tutela risarcitoria e, successivamente, come essa inquadra il riparto di giurisdizione, e in quest'ultimo ambito in che termini viene posta la questione dell'occupazione appropriativa ed usurpativa con riguardo al criterio prescelto. In senso critico A. Lamorgese, *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 10, 1175-1181.

⁵¹ S. Gatto, *La giurisdizione sui comportamenti della p.a.: assetto definitivo?* (nota a ord. Cass. Sez. un. civ. 13 giugno 2006, n. 13659; ord. Cass. Sez. un. civ. 13 giugno 2006, n. 13660; ord. Cass. Sez. un. civ. 16 giugno 2006, n. 13911), in *Nuove autonomie*, 2006, 4-6, 903-915, ricostruisce il ragionamento seguito dalla Suprema Corte nelle tre ordinanze in epigrafe, facendo notare che il giudice amministrativo conosce di tutte le questioni nelle quali sia stato esercitato un potere, ovvero ci si trovi dinanzi ad un comportamento riconducibile all'esercizio del potere; sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario tutte le volte in cui si faccia questione di un diritto incomprimibile dal potere, o il privato lamenti la lesione del patrimonio che non trova rispondenza nell'esercizio del potere, ovvero quando si tratti di attività materiale nella quale rientrerebbe anche l'attività posta in essere in carenza di potere. Cfr. S. Malinconico, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Il Diritto processuale amministrativo* (nota a C. Cost. 6 luglio 2006, n. 191, Cass. Sez. un. 23 gennaio 2006, n. 1207, ord. Cass. Sez. un. 13 giugno 2006, n. 13659, ord. Cass. Sez. un. 13 giugno 2006, n. 13660, ord. Cass. Sez. un. 13 giugno 2006, n. 13661, Cons. Stato ad. plen. 9 febbraio 2006, n. 2), 2006, 4, 1041-1181: le decisioni annotate tornano a pronunciarsi sulle questioni del risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi e del riparto di giurisdizione in materia di occupazioni illegittime; se, da un lato, il Consiglio di Stato consolida il proprio orientamento favorevole alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in materia espropriativa ogni qual volta l'Amministrazione abbia esercitato un potere pubblico, a prescindere dalla circostanza che gli atti o i provvedimenti adottati nell'esercizio di quel potere siano stati successivamente annullati, dal giudice o *ex officio* dall'Amministrazione, dall'altro la Corte di Cassazione sembrerebbe riformare almeno parzialmente il suo orientamento tradizionale, che vede nella dichiarazione di pubblica utilità non un mero elemento procedimentale ma il presupposto necessario per il riconoscimento del potere ablatorio in capo all'Amministrazione. A seguito del perdurante contrasto tra le due giurisdizioni, la Consulta è intervenuta con la citata sentenza n. 191 del 2006, secondo cui è da escludere, per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, che la giurisdizione compete al giudice ordinario; ciò darebbe adito ad una scelta della giurisdizione da parte del cittadino che proponga o meno la domanda di risarcimento insieme a quella di annullamento del provvedimento amministrativo. La Consulta pone l'accento sulla centralità dell'interesse legittimo come situazione sostanziale e come naturale oggetto della cognizione del giudice amministrativo. Le ordinanze della Suprema Corte annotate sono quindi espressione di un deciso *revirement* dell'orientamento dell'organo, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, nel senso di considerare il giudice amministrativo come giudice naturale dell'interesse legittimo, disponendo delle varie forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere, tra cui il risarcimento del danno. V. anche C. Consolo, A. Di Majo, A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corriere giuridico*, 2006, 8, 1041-1050.

⁵² Cfr. M. Clarich, G. Fonderico, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1, 62-68; S. Castro, *Ritardata emanazione di atti amministrativi e responsabilità risarcitoria della p.a.*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, 5, 460-465; D. Covucci, *L'Adunanza plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 8-9, 904-911. Nella presente decisione,

esercizio del potere, sia che venga sindacato al fine di ottenere un provvedimento, sia che se ne lamenti la illegittimità ai fini risarcitori, costituisce un'ipotesi speculare di esercizio del potere, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Quindi, il ritardo nell'esercizio del potere, non integra un mero comportamento della p.a., lesivo di diritti soggettivi, ma costituisce piuttosto un'ipotesi di mancato esercizio del potere, avente ad oggetto svolgimento di funzioni amministrative. Si è, pertanto, al cospetto di interessi legittimi pretensivi che ricadono, per loro natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel caso di specie, dato che la lesione dell'affidamento altro non è che un cattivo esercizio del potere (in sostanza si censura che la p.a. abbia scorrettamente svolto la propria funzione istituzionale, ingenerando false aspettative nei soggetti interessati), non sussiste la giurisdizione del giudice civile, per le seguenti ragioni:

a) in primo luogo, l'art. 30 del codice del processo amministrativo prevede testualmente che:

“1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comproui di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”. In claris non fit interpretatio!

l'Adunanza plenaria, nonostante le istanze di apertura avanzate dall'ordinanza di rinvio della IV sezione, aderisce ad una soluzione negativa circa il controverso tema della risarcibilità del danno “da mero ritardo” dell'azione amministrativa, e ribadisce il tradizionale insegnamento, per cui può accordarsi un risarcimento solo quando si lamenti la mancata o tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, suscettibile di appagare un “bene della vita” finale. Nel tentativo di assicurare una tutela riparatoria a tale voce di pregiudizio, si è proposto, pertanto, di inquadrare la fattispecie entro un modello di responsabilità da “contatto sociale qualificato”; i dubbi e le perplessità, connesse a tale ricostruzione, tuttavia inducono l'A. a rimeditare il valore da attribuire alla certezza dei termini procedurali e a riscoprire le potenzialità insite nel sistema di responsabilità aquiliana, anche alla luce delle più recenti prospettive offerte dal “nuovo” danno non patrimoniale (orientamento recepito dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990, come modificata dalla legge n. 69/2009: cfr. L. Iacoboni, *Il danno da ritardo alla luce dell'art. 2-bis della legge 241/1990 come modificata dalla legge 69/2009*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 2009, 5-6, 258-261; G. Paratico, N. Corà, *Giurisdizione esclusiva del G.A. e tutela aquiliana dell'interesse procedimentale all'osservanza del termine di conclusione del procedimento*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 11, 2677-2685). In senso critico G. Micari, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo “mero” infittisce la “rete di contenimento”*, in *Giustizia civile*, 2006, 6, pt. 1, 1329-1347; Id., *p.a., danno da ritardo “mero” ed atipicità degli atti legittimi dannosi*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 2, 121-134.

b) in secondo luogo, nella fattispecie non emergono disposizioni derogatorie al principio generale sancito dall'art. 7 del codice del processo amministrativo, per il quale il giudice amministrativo è il giudice naturale quando siano impugnati atti con cui è esercitato un potere pubblico, come inteso dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, ed in particolare quando siano impugnati atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, emanati dal potere esecutivo. L'atto emanato da un funzionario nelle pubbliche funzioni – anche in caso di inerzia (per ipotesi) – ha senz'altro natura pubblicistica. La natura pubblicistica del provvedimento di un funzionario pubblico è connaturata alla natura del potere così esercitato e non si è mai dubitato né può dubitarsi che il (mancato) provvedimento di un agente nelle pubbliche funzioni sia impugnabile solo innanzi al giudice amministrativo. In considerazione della possibilità di poter dedurre tutti i vizi di legittimità del (mancato) provvedimento, ed in particolare l'eccesso di potere, una tale soluzione si è posta in coerenza con i principi desumibili dagli articoli 24, 100, 103 e 113 della Costituzione e, in particolare, con quelli riguardanti la indefettibilità della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. D'altra parte, in base ad una lettura *secundum Constitutionem*, non risulta neppure condividibile la tesi secondo cui gli atti di una p.a. in una procedura edilizia ed urbanistica potrebbero avere natura 'privatistica'. Un atto ha natura privatistica quando in qualche modo costituisce espressione di autonomia negoziale e riguarda rapporti di natura patrimoniale. Il "provvedimento" amministrativo deve invece essere emanato – anche quanto al "procedimento" da seguire – nel rispetto del principio di legalità, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, ed anche il suo contenuto non può essere liberamente determinato, rilevando la normativa di settore (TUEL e legge 7 agosto 1990, n. 241). Sotto tale profilo, rileva il principio posto a base dell'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo (e già desumibile dalla Costituzione, per le sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), per il quale *"Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi ... concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"*.

L'art. 28 Cost. limita la responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici alle sole ipotesi di "violazione di diritti" (in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici: cfr. art. 97, comma 2), mentre in questo caso emerge un classico esempio di interesse legittimo pretensivo, dato che nella fattispecie la pretesa avanzata dalla società attrice nei confronti del Comune – il quale avrebbe tenuto un comportamento scorretto, potendo decidere subito di negare l'opera – andrebbe comunque formulata dinnanzi al giudice amministrativo, non all'autorità ordinaria. Anche perché si verte in un caso di attività amministrativa discrezionale, e non vincolata, con tutte le conseguenze del caso. Sin dalla teoria della cd. "degradazione" dei diritti ad interessi legittimi, risulta pacifico che a fronte dell'esercizio dell'autorità amministrativa il diritto soggettivo subisce una sorta di metamorfosi degradando ad interesse legittimo, per la prevalenza di interessi superiori nel perseguimento di esigenze generali e collettive. Ciò non avviene quando la p.a. agisce al di fuori del perimetro del potere pubblico. Pertanto, se la prefata "violazione di diritti" di cui all'art. 28 Cost. irrefragabilmente concerne anche gli interessi legittimi (v. *infra*), è giocoforza distinguere i diritti veri e propri dagli interessi legittimi in quanto tali o degradati, viepiù in materia risarcitoria.

Deve quindi concludersi, riprendendo ancora una volta l'insegnamento della Corte costituzionale (espressamente citato da Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, ma poi non recepito), che per radicare la giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo *"è richiesto che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti (le "particolare materie" devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, n.d.r.), come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio"*. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti

comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario” (così C. cost. n. 35/2010 § 2.2 – enfasi aggiunta).

Nel caso di comportamenti “riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere” (quale appare essere quello sottoposto a Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236), è innegabile la giurisdizione amministrativa anche sul piano risarcitorio.

Non è possibile né ragionevole mantenere separati il profilo dell’illegittimità del comportamento e quello della sua illiceità a fini risarcitori.

Già l’art. 7, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, prevedeva che il giudice amministrativo nell’ambito della sua giurisdizione conosce di tutte le questioni relative al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali: *“Il tribunale amministrativo regionale, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso le reintegrazioni in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all’autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell’incidente di falso”*.

In ogni caso, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4968, depositata il 9 ottobre 2013, intervenendo in tema di risarcimento danni a carico della pubblica amministrazione ha affermato che nella giurisdizione amministrativa *“Ai fini dell’ammissibilità dell’azione risarcitoria, non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo ovvero la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell’amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa, dovendo anche accertarsi se l’adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l’esercizio della funzione, e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l’imperizia degli uffici o degli organi dell’amministrazione ovvero se per converso la predetta violazione sia ascrivibile all’ipotesi dell’errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l’incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto”*.⁵³

Emerge chiaramente la sovrapposizione fra quanto testé affermato dal Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, da cui si desume agevolmente la *vexata quaestio* che vede contrapposte da tempo immemore tesi amministrativista e tesi civilista.

La Cassazione ha attraversato fasi alterne mostrando un atteggiamento ondivago ed ambiguo, pur non mancando una diretta presa di posizione sull’annosa questione che si trascina da anni.

D’altra parte, volendo cercare di dedurre, senza forzature, l’attuale orientamento della Suprema Corte in merito alla violazione dell’affidamento quale può emergere dai contenuti dell’ordinanza in esame, si riscontra nel testo una serie di impegnative e verbose affermazioni, appena appena velate dall’inevitabile garbato rispetto per la giurisprudenza precedente.

⁵³ Cfr. G. Modesti, *Quando il cattivo esercizio della Pubblica Amministrazione dà vita ad un danno risarcibile. (Per una rivisitazione dei profili di responsabilità colposa in capo alla amministrazione alla luce della pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 9.10.2013, n. 4968)*, in *Quaderni amministrativi*, 2013, 4, 14-21; ed A. Savatteri, *Il risarcimento del danno da ritardo nel rilascio del titolo edilizio*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 3, 316-327. Il Consiglio di Stato afferma che il rilascio della concessione edilizia oltre il termine finale del procedimento causa al destinatario del provvedimento un danno risarcibile, subordinatamente al fatto che quest’ultimo sia provato nell’an e nel quantum e che il ritardo sia imputabile per lo meno a titolo di colpa all’Amministrazione. Afferma altresì che la mancata impugnazione del silenzio rifiuto non impedisce l’azione risarcitoria e che tale omissione, unitamente al mancato utilizzo dei previsti strumenti di tutela ed al comportamento negligente del privato, determina un concorso di quest’ultimo nel rapporto causale il quale deve esser preso in considerazione ai fini della effettiva quantificazione del danno.

2.3 - Materie di giurisdizione esclusiva: l'art. 133 c.p.a.

Ai sensi dell'art. 133 c.p.a. sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fatte salve ulteriori previsioni di legge, le controversie in materia di:

- 1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo (v. *supra*);
- 2) formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni (nel caso di potere amministrativo l'unico sbocco consensuale è l'accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento, mentre non è previsto il contratto che – semmai – può aversi solo in un secondo momento, ad es. dopo l'aggiudicazione);⁵⁴
- 3) silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3⁵⁵, c.p.a. e provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-*ter*, della legge 7 agosto 1990, n. 241;
- 4) determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo;
- 5) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato;⁵⁶
- 6) diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;⁵⁷
- 7) le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Non è un caso che la norma in parola prenda abbrivio da tale casistica (lettere a e a-*bis*), fornendo la stessa una panoramica piuttosto ampia delle vicende e vicissitudini relative all'esercizio del potere amministrativo, o meglio della funzione amministrativa, sia essa discrezionale o vincolata, esplicita o implicita. Tutte ricomprese all'interno della giurisdizione amministrativa esclusiva.

⁵⁴ L'utilizzo di strumenti privatistici è infatti compatibile in linea generale con il "*perseguimento del pubblico interesse*", come sancito dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a proposito degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo (in questo senso: cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; § 3.4.2). Inoltre, in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile prevale presso la giurisprudenza la tesi secondo cui la pubblica amministrazione mantiene le prerogative di autorità pubblica: tanto nella fase prodromica alla conclusione di contratti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2010, n. 11, con riguardo alla costituzione o partecipazione in società: § 17.6); quanto nel corso del rapporto con il privato una volta stipulato il contratto (così: Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, che ha riconosciuto perdurante il potere di autotutela amministrativa nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto pubblico: § 3.5.2; in senso conforme può essere richiamata la giurisprudenza di legittimità che nel definire il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in relazione ai contratti per l'acquisto di strumenti finanziari derivati da parte della pubblica amministrazione configura un ambito di giurisdizione del primo nelle ipotesi di esercizio del potere autoritativo di annullamento degli atti che precedono la conclusione del contratto: cfr. tra le altre: Cass., SS.UU., ord. 9 ottobre 2017, n. 23600, e 23 ottobre 2014, n. 22554): cfr. Corte di cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, e Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100.

⁵⁵ Nel giudizio contro il silenzio, come è noto, il giudice amministrativo non può sindacare la fondatezza della pretesa e predeterminare il contenuto del provvedimento finale se non nei casi in cui l'attività sia vincolata o si siano comunque esauriti gli spazi di discrezionalità riconosciuti alla pubblica amministrazione. Si tratta di una regola, ora chiaramente enunciata dall'art. 31, comma 2, c.p.a., operante anche nella vigenza dell'art. 21-*bis* L. n. 1034 del 1971. Tale limite al potere di cognizione del giudice è, infatti, la naturale conseguenza della giurisdizione amministrativa che non ammette, tranne i casi eccezionali e tassativi di giurisdizione di merito, che il giudice amministrativo possa sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali.

⁵⁶ Si rinvia alla lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 11 del 9 giugno 2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569).

⁵⁷ Da ultimo vedasi Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

Tale deduzione, oltre ad essere coerente con il tenore letterale della norma in parola, non è smentita dalla natura dell'ordinanza della Cassazione (in cui, come si è detto, si fa espresso riferimento alla mera verifica della possibilità di realizzare l'opera), stante l'imposizione in capo all'Amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto ed il sistema normativo e amministrativo.

Seguono poi le norme sulle concessioni di beni e servizi pubblici⁵⁸, le quali perpetuano l'anacronistica idea della concessione quale manifestazione di potere pubblico, ormai smentita dal

⁵⁸ La Corte costituzionale, con ordinanza 13 gennaio – 2 febbraio 2016, n. 19 (Gazz. Uff. 3 febbraio 2016, n. 5, 1^a Serie speciale), ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lettera b), sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 111 della Costituzione. Il giudice rimettente era chiamato a decidere in ordine al ricorso volto all'annullamento del decreto ministeriale 4 gennaio 2013, n. 5, con il quale il Ministro dello sviluppo economico ha disposto la revoca dei precedenti decreti 14 agosto 1998, n. 54282, e 12 febbraio 2002, n. 109471; in particolare, con il primo di essi era stato concesso in via provvisoria alla società ricorrente un contributo in conto capitale, ai sensi della legge 18 dicembre 1992, n. 488 (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 22 ottobre 1992, n. 415, recante modifiche alla legge 1° marzo 1986, n. 64, in tema di disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno e norme per l'agevolazione delle attività produttive); con il successivo decreto, tale contributo era stato confermato in via definitiva; a sostegno del provvedimento di revoca del contributo, è stata adottata una pluralità di ragioni ed in relazione a ciascuna di esse si imporrebbe l'applicazione dei criteri di riparto di giurisdizione elaborati dalla giurisprudenza delle Corti superiori al fine di individuare il giudice che possa conoscere di ciascuna di esse. Osservava il rimettente che in applicazione di tali criteri occorrerebbe dunque distinguere gli atti incidenti su vantaggi attribuiti dall'Amministrazione, a seconda che essi attengano al momento genetico del rapporto, ovvero all'evoluzione dello stesso e – in questa seconda ipotesi – a seconda che l'attività amministrativa sia vincolata o discrezionale: in particolare, le controversie relative agli atti che incidono sul momento genetico spettano alla cognizione del giudice amministrativo, in quanto – a fronte di tale intervento – sussiste un interesse legittimo; viceversa, l'atto che influisce sull'evoluzione del rapporto incide sulla pretesa ad ottenere la prestazione e tale pretesa è qualificabile come interesse legittimo, se l'incisione è operata dall'Amministrazione a seguito di una valutazione discrezionale, ovvero come diritto soggettivo, se l'Amministrazione adotti un atto vincolato (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze 25 gennaio 2013, n. 1776, 21 novembre 2011, n. 24409, e 19 maggio 2008, n. 12641). Ad avviso del giudice *a quo*, siffatto intreccio fra diritti soggettivi ed interessi legittimi avrebbe portato il legislatore a prevedere – con l'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali) – la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia delle concessioni di beni e di servizi pubblici, tranne che nelle ipotesi espressamente previste ("controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi"), nelle quali l'intreccio è escluso; il fine perseguito sarebbe stato quello di permettere l'agevole individuazione del giudice fornito di giurisdizione, evitando una "diseconomia giudiziaria", in coerenza con l'obiettivo del giusto processo, consacrato nell'art. 111 Cost.; pertanto, avrebbe portata innovativa l'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), che qualifica come concessioni le "sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati": pur potendosi annoverare il denaro nella categoria dei beni, ciò non consentirebbe di ricondurre i rapporti di finanziamento nell'ambito delle concessioni di beni pubblici, le quali comportano l'uso temporaneo da parte del concessionario di detti beni per finalità di pubblico interesse; nei rapporti di finanziamento, invece, il soggetto finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro che gli viene erogato, eventualmente assumendo l'obbligo di restituirlo ad una determinata scadenza. D'altra parte, il carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva non ne consente l'applicazione al di là dei casi previsti dalla legge: tale estensione, ad avviso del giudice *a quo*, potrebbe trarre fondamento proprio nell'art. 12 della legge n. 241/1990, il quale costituirebbe "norma sulla giurisdizione", ricomprendendo le sovvenzioni di denaro pubblico all'interno delle concessioni di beni pubblici; tuttavia, tale percorso ermeneutico non è stato condiviso dalla giurisprudenza delle Corti superiori che, con orientamento consolidato, hanno escluso che le controversie relative alla revoca di sovvenzioni in denaro pubblico rientrino nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Infatti, prima la Corte di cassazione, e in seguito anche il Consiglio di Stato, hanno affermato che le controversie in tema di agevolazioni finanziarie sono attribuite alla giurisdizione amministrativa se riferite al momento genetico del rapporto, ovvero se – pur riguardando il momento funzionale – l'Amministrazione abbia adottato un provvedimento discrezionale; spettano, invece, al giudice ordinario le controversie relative al momento funzionale, se l'atto che incide sulla posizione del privato consegue all'inadempimento e ha natura vincolata. In applicazione di tali criteri, nel caso all'esame del TAR

rimettente, al giudice amministrativo sarebbe spettata la cognizione della controversia in riferimento a due dei sei motivi di revoca posti a fondamento dell'atto, mentre il ricorso sarebbe stato inammissibile con riferimento agli altri quattro motivi del medesimo provvedimento; d'altra parte, trattandosi di questioni delle quali il giudice conosce in via principale, sarebbe esclusa la possibilità – ai sensi dell'art. 8 del codice del processo amministrativo – di conoscere degli altri motivi del provvedimento in via incidentale. Sarebbe stata da escludere, altresì, un'interpretazione dell'atto impugnato come entità unica, non scomponibile in ragione della molteplicità delle ragioni poste a base dell'unica determinazione; ciò porterebbe, infatti, ad una "evidente aporia costituita dall'assenza di tutela che nella specie l'ordinamento assicurerebbe", in relazione all'interesse al giudizio e all'utilità complessivamente ricavabile dallo stesso. La rilevanza della questione veniva, quindi, "determinata dall'ostacolo che la norma sospettata di incostituzionalità costituisce in ordine alla formulazione, da parte del giudice amministrativo, di un giudizio più ampio, nel quale si concentrino le tutele esperibili e che investa di conseguenza tutte le ragioni poste a base del provvedimento impugnato, sortendo un effetto totalmente demolitorio o totalmente validativo". In particolare, la disposizione sulla quale si appuntavano i dubbi di costituzionalità del rimettente è l'art. 133, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui – secondo il diritto vivente costituito dall'interpretazione delle Corti superiori – non ricomprende nell'ambito delle concessioni di beni, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le agevolazioni finanziarie, cioè le "concessioni" di denaro pubblico (ammesso e non concesso che rientrino nel concetto di "concessione" in senso giuridico e non solo fattuale). Secondo il rimettente la disposizione impugnata, escludendo dall'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di diritti, relative alle agevolazioni finanziarie, si porrebbe in contraddizione con il principio costituzionale del giusto processo, sotto il profilo della concentrazione delle tutele; la stessa disposizione violerebbe, altresì, il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., in quanto costringerebbe ad adire due giudici e a coltivare due giudizi per rimuovere dalla realtà giuridica un solo atto; il giudice *a quo* denunciava, inoltre, la violazione dell'art. 76 Cost., in quanto la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con i criteri direttivi di cui all'art. 44 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), laddove il legislatore ha individuato – come obiettivo da perseguire – la finalità di "assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo" (art. 44, comma 2, lettera a), e di "disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni" (art. 44, comma 2, lettera b, numero 1). Ora, è evidente che qualcosa nel sistema non funziona: le ripetute rimessioni alla Consulta evidenziano un sistema di riparto che fa acqua da tutte le parti e, soprattutto, non garantisce affatto quella "snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo" preconizzata dal legislatore. A fondamento della questione sottoposta alla Corte viene dedotta una oggettiva situazione di non agevole distinguibilità tra posizioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo, in materia di concessione di agevolazioni finanziarie; da ciò discende la necessità di fare applicazione dei criteri di riparto elaborati dalla giurisprudenza sulla base del tenore letterale della disposizione censurata, la quale effettivamente non comprende, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie relative alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari. Nel giudizio di costituzionalità, in via preliminare, la difesa statale ha eccepito l'inammissibilità della questione, evidenziando che nella fattispecie in esame i motivi in base ai quali è stata disposta la revoca attengono alla fase procedimentale di verifica dei requisiti per l'attribuzione provvisoria del contributo; in tale fase, l'Amministrazione sarebbe stata indotta in errore, avendo concesso il finanziamento in contrasto con l'interesse pubblico dalla stessa tutelato; con il provvedimento di revoca, l'Amministrazione non avrebbe inciso su situazioni di diritto soggettivo, sanzionando l'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte per ottenere la sovvenzione, ma avrebbe invece inciso su posizioni di interesse legittimo, esercitando il generale potere di autotutela pubblicistico fondato sul riesame della legittimità o dell'opportunità dell'iniziale provvedimento di attribuzione provvisoria del contributo e sulla valutazione dell'interesse pubblico connesso; pertanto, ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, la controversia in esame apparterrebbe comunque alla cognizione del TAR rimettente e la questione di legittimità costituzionale sarebbe, quindi, inammissibile per difetto del requisito della rilevanza. D'altra parte, osservava la difesa statale, in considerazione dell'assoluta discrezionalità di cui gode il legislatore nell'attribuzione al giudice amministrativo di "particolari materie", ai sensi dell'art. 103 Cost., la scelta di lasciare al giudice ordinario la cognizione dei diritti soggettivi, in materie nelle quali sono altresì configurabili interessi legittimi, non sarebbe censurabile sotto il profilo della irragionevolezza "estrinseca"; né potrebbe essere invocato il principio della concentrazione delle tutele di fronte a un unico plesso giurisdizionale in quanto nella giurisprudenza costituzionale, in particolare nella sentenza n. 204 del 2004, tale principio sarebbe richiamato in relazione alla diversa questione dei diritti patrimoniali consequenziali. Inoltre, non sarebbe ammissibile una pronuncia manipolativo-additiva, che conferisca al giudice amministrativo la giurisdizione sui diritti soggettivi in materie non indicate dalla legge; d'altra parte, non sarebbe ravvisabile la denunciata violazione dell'art. 24 Cost., il quale è volto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e "la completa parità e originarietà

diritto sovranazionale e dal diritto vivente.⁵⁹ Il tentativo di dar vita ad una giurisdizione esclusiva sulla “materia concessoria” (beni e servizi pubblici)⁶⁰ è miseramente fallito perché fondato su un falso

dei due ordini di giurisdizione”, affidando la concreta distribuzione degli affari tra gli stessi alle scelte discrezionali del legislatore. Infine, quanto alla denunciata violazione dell’art. 76 Cost., la delega di cui alla legge n. 69 del 2009, in quanto concernente il riordino ed il riassetto normativo, imporrebbe un’interpretazione restrittiva dei poteri innovativi attribuiti al legislatore delegato, i quali devono essere strettamente orientati e funzionali alle finalità stabilite dalla legge delega, con la conseguente esclusione di interventi non strettamente necessari alla ricomposizione sistematica perseguita con l’azione di riassetto; pertanto, al legislatore delegato non sarebbero stati attribuiti poteri così ampi, da consentirgli di introdurre innovazioni “al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega” (sentenza n. 293 del 2010). In via preliminare, la Consulta ha rilevato l’infondatezza della eccezione di inammissibilità della questione, per difetto di rilevanza, sollevata dall’Avvocatura generale dello Stato; come detto, in particolare, la difesa statale ritiene che la controversia in esame attenga a requisiti che sono oggetto di verifica nella fase procedimentale che precede l’attribuzione provvisoria del contributo; con il provvedimento di revoca l’Amministrazione avrebbe inciso su posizioni di interesse legittimo, esercitando il generale potere di autotutela pubblicistico fondato sul riesame della legittimità o dell’opportunità dell’iniziale attribuzione del contributo e sulla valutazione dell’interesse pubblico connesso. Secondo questa prospettazione, la controversia in esame apparterrebbe – comunque e per intero – alla cognizione del TAR rimettente, il quale evidenziava invece che solo una pronuncia della Corte, che individuasse nella giurisdizione amministrativa la sede di tutela dei diritti e interessi oggetto dei provvedimenti in esame, potrebbe risolvere in via definitiva la questione; attraverso l’agevole individuazione del giudice fornito di giurisdizione, verrebbe eliminato, infatti, il *vulnus* ai parametri costituzionali. Secondo la Corte, il *petitum* del rimettente era dichiaratamente volto ad ottenere una pronuncia additiva, che estenda le ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all’art. 133, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 104 del 2010, sino a ricomprendervi la cognizione delle controversie relative alla concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari; tuttavia, l’addizione invocata dal rimettente non teneva conto della previsione di cui all’art. 103 Cost., laddove stabilisce che sia la legge ad indicare le “particolari materie” nelle quali è attribuita agli organi di giustizia amministrativa la giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi. Al riguardo, la stessa Corte ha già ritenuto inammissibile una pronuncia additiva, come quella invocata nel caso in esame, affermando che “Se ... l’introduzione di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva può essere effettuata solo da una legge – come prescrive l’art. 103, primo comma, Cost., e nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla sentenza n. 204 del 2004 di questa Corte – risulta inammissibile il *petitum* posto dal giudice rimettente, che si risolve nella sostanza ... nella richiesta a questa Corte di introdurre essa stessa, con una sentenza additiva, tale nuovo caso, che può invece essere frutto di una scelta legislativa non costituzionalmente obbligata” (sentenza n. 259 del 2009). Anche nel caso in esame, la riserva legislativa in ordine alla delimitazione della giurisdizione esclusiva determina l’inammissibilità del *petitum*, essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore l’estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell’ambito di un ventaglio di possibili soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente imposta. La Corte ha aggiunto che, sotto un diverso profilo, la motivazione dell’ordinanza di remissione non spiegava le ragioni per le quali il denunciato *vulnus* di costituzionalità possa, e debba, essere eliminato mediante l’attrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative a diritti in materia di concessioni di contributi e sovvenzioni; il *petitum* del rimettente non era, quindi, supportato da elementi che consentano di ritenere che quella invocata sia l’unica scelta costituzionalmente compatibile e necessitata.

⁵⁹ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La schizofrenia ermeneutica relativa alle concessioni nell’ordinamento giuridico nazionale: problemi di definizione, di disciplina e di prassi*, in *Appalti e contratti*, 2016, 6, 51-62; Id., *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell’istituto*, *Ibidem*, 11, 22-32; Id., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2016, 6, 637-648, nonché Id., *L’istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione*, *ibidem*, 2020, 6, 745-756, e 2021, 1, 5 ss.; *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 2 luglio 2018, n. 4005), in *Giur. it.*, 2019, 3, 651-662. Da ultimo, con sentenza n. 23418 del 26 ottobre 2020, le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate sul riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo in relazione alla compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l’inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell’ambito di un rapporto concessorio. Le Sezioni Unite hanno affermato che rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario – e dunque sono compromettibili in arbitri – le controversie aventi ad oggetto l’inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell’ambito del rapporto concessorio (v. *infra*).

⁶⁰ Cfr. Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5: “Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici. ... Resta salva la giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle dei tribunali delle acque pubbliche e del tribunale superiore delle acque pubbliche,

presupposto, ovvero sia la natura provvedimento della concessione quale manifestazione di potere pubblico. Da siffatta premessa si è ritornati al giudice amministrativo in veste di “giudice della p.a.”, salvo che per le questioni patrimoniali (circostanza che di per sé già dimostra l’insussistenza della giurisdizione esclusiva), forse per cercare di mantenere in vita la “materia concessoria”.⁶¹

Rientrano altresì nella giurisdizione esclusiva le controversie concernenti l’esercizio del diritto a chiedere ed ottenere l’uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali; e le controversie:

1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;⁶²

nelle materie indicate negli articoli 140-144 del testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775”. Cfr. Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 16829 del 7 luglio 2017: in materia di concessioni amministrative, sono riservate alla giurisdizione del giudice ordinario unicamente le controversie che, non coinvolgendo la verifica dell’azione autoritativa della p.a. sul rapporto concessorio sottostante, abbiano un contenuto meramente patrimoniale (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento ad una controversia in cui il riconoscimento dell’obbligo di pagamento delle indennità relative a beni demaniali dipendeva dall’accertamento dell’esistenza della concessione amministrativa sulle aree, materia attribuita alla giurisdizione esclusiva ai sensi dell’art. 5 della l. n. 1034 del 1971, applicabile “*ratione temporis*” ed oggi abrogato).

⁶¹ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo* - nota a T.A.R. Campania, Sezione staccata di Salerno, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 621, in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, 2, 406-411. La sentenza ha ricordato che sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie, nell’ambito di quelle relative a concessioni di pubblici servizi, concernenti “indennità, canoni o altri corrispettivi” nelle quali venga in rilievo non l’esistenza od il contenuto della concessione o l’esercizio di poteri autoritativi della p.a. sul rapporto concessorio o sulla determinazione delle suddette controprestazioni (nel qual caso la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo), ma solo l’effettiva debenza dei corrispettivi stessi in favore del concessionario, secondo un rapporto paritario di contenuto meramente patrimoniale, nella contrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive obbligo/pretesa (Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2019, n. 1839); quindi ai sensi dell’art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a., devono intendersi devolute espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio; da ciò consegue che le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5938): “La controversia in esame, relativa alla valutazione dell’inadempimento degli obblighi del concessionario, e comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio, rientra nella giurisdizione del Giudice Amministrativo”. Ne deriva ineluttabilmente una irrefragabile aporia fra appalti e concessioni nel riparto di giurisdizione sull’esecuzione dei contratti pubblici: cfr. M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell’esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, in *Urb. e appalti*, 2018, 3, 302-325, Id., *Prolegomena to the Allocation of Risk in the Public-Private Partnerships (PPPs) between Public Contracts and Concessions*, Rimini, 2018. Col passare del tempo lo spazio del potere pubblico si è progressivamente ridotto (si pensi al caso del silenzio-assenso e alle varie ipotesi di amministrazione negoziata, fra cui gli accordi di cui all’art. 11, L. n. 241/1990), lasciando pertanto il passo ad una ispirazione liberale e consensuale. Appare perciò una netta stonatura la riproposizione di una lettura autoritaria della concessione in un contesto spazio-temporale fortemente cambiato, entro il quale – sulla spinta dell’Unione Europea – il diritto nazionale non può e non deve ergersi a difesa del passato che fu (cfr. M. Ceruti, “*Dei sepolcristi*”: è tempo per la palingenesi delle concessioni cimiteriali, in *Urb. e appalti*, 2019, 2, 158-174; Id., *L’autotutela amministrativa nelle concessioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2, 2020, 661-697). Ecco perché – *de jure condendo* – un passaggio obbligato è l’eliminazione della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, le quali dovrebbero essere sottoposte al normale riparto giurisdizionale.

⁶² Le procedure di affidamento dei contratti pubblici, a seguito del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, sono state devolute al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. È poi seguita la l. 21 luglio 2000, n. 205,

il cui art. 6 devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A., tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Infine, è giunto l'art. 133 c.p.a. a confermare il previgente e attuale assetto. Da ultimo vedasi TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 25 febbraio 2021, n. 511, con nota di R. Fusco, *Giurisdizione per l'affidamento di servizi "non oil" nelle stazioni di servizio autostradali*, in *Iamministrativista.it*, 01 marzo 2021. L'affidamento in sub-concessione di servizi "non oil" appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., poiché i soggetti tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa del codice dei contratti sono tenuti allo svolgimento dei procedimenti di evidenza pubblica indipendentemente dall'oggetto del contratto da affidare. Pur essendo stata dibattuta la questione, il Collegio ritiene che in relazione alla controversia oggetto del giudizio debba essere ormai affermata la giurisdizione del giudice amministrativo. Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 la giurisprudenza di legittimità, superando le pronunce formatesi nel vigore del vecchio codice (cfr. da ultimo Cass. SS.UU. 30 aprile 2019, n. 11508), si è orientata nel senso dell'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a. sulla controversia relativa alla procedura di affidamento di servizi da parte di soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice dei contratti stesso o di nuova aggiudicazione, in quanto tenuti al rispetto della procedura di evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 177 del medesimo codice (cfr. Cass. SS.UU. 1° luglio 2019, n. 18674). Non è idoneo a scalfire l'approdo giurisprudenziale sopra riferito l'argomento secondo cui si dovrebbe avere riguardo all'oggetto del contratto, dovendosi escludere la giurisdizione del giudice amministrativo laddove si tratti, come nel caso di specie, di servizi non pertinenti e strumentali all'oggetto della concessione e che ineriscono a rapporti del tutto privatistici. L'angolo prospettico da cui muovono le Sezioni Unite, in piena aderenza con la lettera dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., è la circostanza che la stazione appaltante sia tenuta al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento. Ed è ciò che impone l'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 ai titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea. Il Collegio non ignora che la Sezione V del Consiglio di Stato con ordinanza 19 agosto 2020, n. 5097, ha rimesso alla Corte costituzionale, con riferimento agli artt. 41, comma 1, 3, comma 2, e 97, comma 2, della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, e dell'art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tuttavia, tenuto conto del disposto di cui all'art. 5 c.p.c., allo stato il quadro normativo e l'orientamento giurisprudenziale del giudice della giurisdizione fanno propendere per la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia di cui è causa. Ugualmente infondata è l'eccezione di tardività del ricorso proposto: per la resistente la società avrebbe dovuto impugnare tempestivamente la clausola del bando oggetto di contestazione, che ha stabilito il vincolo di aggiudicazione. Tale clausola non vincola né impedisce la partecipazione delle concorrenti, ma ha effetti solo sull'aggiudicazione; la disposizione opera quindi soltanto a procedura già espletata. Ne consegue che l'interesse alla relativa impugnazione sorge solo al momento dell'aggiudicazione laddove la previsione abbia trovato concreta applicazione e abbia provocato la lesione della posizione giuridica del concorrente.

Per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Sull'onere di immediata impugnazione del bando e della lex di gara. Riflessioni a margine della più recente giurisprudenza (sovra)nazionale*, Rimini, 2021. Lo scritto riprende l'indirizzo giurisprudenziale più recente – ad es. in materia di responsabilità professionale (da ultimo, Cassazione civile, Sez. 3, ordinanza 3 novembre 2020, n. 24270) – laddove ha rimarcato la necessità di un danno "attuale": *rectius*, quel che occorre è il danno effettivo, giacché, fino a quando non si è formato l'esito stabile del processo, la conseguenza dannosa dell'inadempimento ontologicamente è solo potenziale, indipendentemente dal grado, più o meno elevato, di prevedibilità del suo sopravvenire. L'inserimento dell'esecuzione del rapporto contrattuale entro la complessiva struttura processuale non può certo essere privo di conseguenze: l'effetto dannoso dell'inadempimento, a ben guardare, non discende esclusivamente dall'inadempimento stesso, ma altresì dall'esito definitivo del processo, qualora questo sia tale da attribuirgli una causalità concreta ed effettiva. È peraltro evidente che questo inserimento in una, per così dire, struttura di per sé causante un esito giuridico favorevole o sfavorevole alle parti che vi hanno partecipato costituisce una peculiarità del processo giudiziale, ma risulta applicabile, naturalmente, non solo al processo, bensì anche ad ogni altro procedimento. Parimenti, nelle procedure ad evidenza pubblica, in caso di malfunzionamento della competizione (per clausole escludenti, incomprensibili o sproporzionate) la legittimazione ad agire dovrebbe essere posposta all'arresto procedimentale (esclusione o aggiudicazione). È nell'arresto procedimentale (aggiudicazione, esclusione, bando *ex se* o sua omissione) che va identificato il momento per ricorrere al giudice. Detta conclusione non è peregrina ma supportata dall'analisi empirica della più recente giurisprudenza (sovra)nazionale e mira a fornire un'esegesi adespota a salvaguardia della concorrenza (da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22: cfr. F. Elefante, *La*

2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica “nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto” (recte: art. 106 d.lgs. n. 50 del 2016).⁶³

nullità parziale della lex specialis non incide sul termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti di gara applicativi, in *lamministrativista.it*, 20 ottobre 2020, ed I. Picardi, *Clausola escludente contra legem: funzionamento dell’istituto della nullità nei rapporti amministrativi e rimedi processuali*, in *Appalti e contratti Imprese*, 5 novembre 2020). Se nel caso della nullità (vizio più grave) non è imposta l’impugnazione immediata del bando e della *lex specialis*, a maggior ragione non dovrebbe essere imposta nel caso di mera annullabilità. Del resto, trattandosi di illegittimità parziale, appare eccessivo predicare sia l’onere di impugnazione immediata sia l’onere di riedizione della intera gara, quando la soluzione più ragionevole risulta la possibilità di impugnazione postergata. La giurisprudenza è tuttora alquanto incerta quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alle procedure, imponendo, a titolo esemplificativo, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale. Ad avviso di chi scrive dovrebbe preferirsi una interpretazione restrittiva laddove non vi sia un’effettiva lesione della concorrenza e l’operatore non fornisca una congrua prova di resistenza che dimostri una *chance* concreta di aggiudicazione. Ne deriva la impraticabilità della riedizione di una procedura destinata a ripetersi col medesimo esito o comunque infruttuoso per i ricorrenti senza *chance* di aggiudicazione. La postergazione dell’impugnazione in questa sede realizza, inoltre, evidenti finalità di economia processuale, evitando la moltiplicazione dei procedimenti mediante la realizzazione del *simultaneus processus*, così risultando la soluzione più conforme ai principi di concentrazione e speditezza che caratterizzano il procedimento in materia di affidamenti pubblici ai sensi del c.p.a. La lesione che radica l’interesse al ricorso deve, infatti, essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto. Nel caso in esame, la lesione si attualizzerà soltanto se e quando verrà eventualmente aggiudicata la procedura o comminata la esclusione dalla gara, fonte di effetti immediatamente e direttamente lesivi. A differenza di quanto ritenuto comunemente dalla giurisprudenza, la mera pendenza del procedimento ad evidenza pubblica non vale ad attualizzare la lesione. La pendenza del procedimento può forse valere a differenziare la posizione dei ricorrenti rispetto al cd. *quisque de populo* (determinando quindi una forma di legittimazione al ricorso), ma non consente di superare l’obiezione derivante dalla mancanza dell’altra condizione dell’azione, l’interesse al ricorso, che richiede l’attualità della lesione e, dunque, nel caso in esame, la concreta perdita del bene della vita. Diversamente opinando, del resto, troverebbero ingresso nel processo amministrativo interessi meramente procedurali (al mero rispetto delle regole del giusto procedimento, a prescindere dall’attualità della lesione a scapito di un interesse sostanziale), il che si porrebbe in evidente contrasto con la tradizionale configurazione dell’interesse legittimo come pretesa sostanziale, il cui oggetto è costituito da reali beni della vita e non dalla mera osservanza delle regole procedurali da parte dell’Amministrazione. Nonostante la crescente importanza assunta (sia a livello nazionale che sovranazionale) dal principio del giusto procedimento, deve, tuttavia, escludersi che la pretesa al cd. “giusto procedimento” sia una presta giuridicamente rilevante ed autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell’emanazione del provvedimento lesivo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596). Si deve, in altri termini, escludere che il “giusto procedimento” costituisca, di per sé un bene della vita di cui il privato può chiedere autonomamente la tutela anche autonomamente e separatamente dalla pretesa economico-patrimoniale correlata all’applicazione di atti eventualmente illegittimi.

⁶³ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La clausola di revisione del corrispettivo tra vecchio e nuovo Codice* (nota a Cons. Stato, Sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2018, n. 3812), in *Appalti e contratti*, 2018, 7-8, 58-66. V. anche M. Alò, *Diritto alla revisione del prezzo per il soggetto colpito da interdittiva antimafia: la parola all’Adunanza plenaria* - Commento a Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, ordinanza collegiale n. 48 del 22/1/2021, in *Appalti e contratti Imprese*, 15 febbraio 2021. Con questa recente ordinanza la giustizia amministrativa torna ad interrogare l’Adunanza plenaria sui risvolti applicativi della normativa antimafia, con specifico riguardo alla permanenza del diritto alla revisione del prezzo per le prestazioni già eseguite, nell’ambito di un contratto di appalto poi interrotto in conseguenza dell’adozione di un’informazione antimafia. Secondo il Giudice rimettente farebbe propendere per un riscontro positivo il fatto che, da giurisprudenza civile e amministrativa costante, “il diritto alla revisione non è altro che il diritto ad un diverso e più vantaggioso calcolo del quantum spettante al prestatore del servizio” (Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2013, n. 5128; in termini: Cons. Stato, Sez. III, 9 aprile 2014, n. 1697; Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 5997; Cass. civ., II, 8 aprile 1999, n. 3393, ha puntualizzato che “L’obbligo del committente di pagare all’appaltatore il prezzo dell’appalto, ossia la somma di danaro che costituisce il corrispettivo della prestazione di quest’ultimo, ha la sua matrice nel contratto, ed integra dunque un debito di valuta. Tale prezzo non muta natura giuridica se viene revisionato, vuoli per fatti non imputabili al committente (art. 1664 cod. civ.),

vuoi per le variazioni del progetto che egli ha facoltà di disporre in corso d'opera"). Senza contare che, come per giurisprudenza altrettanto costante, le disposizioni in materia di revisione del prezzo costituiscono norme eterointegrative dei contratti in tutti i rapporti di durata, e che, quindi, la pubblica amministrazione non ha discrezionalità nella scelta (dovuta) di avviare l'istruttoria per determinarne la debenza e, eventualmente, l'importo (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008, n. 26298; Cons. Stato, n. 2860/2020; n. 2386/2020). Così ricostruito il tema, ne consegue che al momento in cui è stata adottata l'interdittiva prefettizia, l'impresa – successivamente divenuta “*giuridicamente incapace*” – versava in una posizione d'interesse legittimo al conseguimento della revisione prezzi, che l'avrebbe legittimata a sollecitare l'avvio della relativa istruttoria. L'Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2021, n. 14) si è quindi pronunciata sulla spettanza della revisione prezzi in caso di recesso dal contratto di appalto a seguito di interdittiva antimafia: “*Negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il “valore delle prestazioni già eseguite”, da pagarsi all'esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso; nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all'art. 115, d.lgs. n. 163 del 2006*”.

Da ultimo, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 18 febbraio 2021, n. 435, ha affermato che rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. qualsiasi controversia in tema di revisione prezzi, sia che la contestazione riguardi la spettanza della stessa, sia che investa l'esatto suo importo come quantificato dal concreto provvedimento applicativo, ma la pretesa di adeguamento non può essere configurata come un diritto soggettivo perfetto suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo, dal momento che la determinazione deve essere effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'apposita istruttoria: cfr. G. A. Giuffrè, *Revisione dei prezzi: giurisdizione, finalità dell'istituto e criteri di applicazione*, in *lamministrativista.it*, 4 marzo 2021. V. anche TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 21 gennaio 2019, n. 116, secondo cui l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. devolve tutte le controversie in tema di revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: sia quelle relative all'*an debeat*ur sia quelle attinenti al *quantum* della revisione: cfr. A. Coiante, *Le controversie in tema di revisione prezzi spettano alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo*, *ibidem*, 24 gennaio 2019. Si evidenzia, in particolare, che nella fattispecie *de qua agitur* con sentenza n. 193 del 21 gennaio 2016, la Corte di appello di Milano declinava la giurisdizione sulla domanda di revisione prezzi. E, invero, il criterio in base al quale erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al *quantum* della revisione prezzi e al giudice amministrativo quelle afferenti all'*an debeat*ur – avallata dalla sentenza della Corte di appello – è divenuto recessivo a fronte della concentrazione dinanzi alla stessa autorità giurisdizionale (amministrativa) di tutte le cause relative alla revisione negli appalti pubblici ad esecuzione continuata o periodica, in conformità al principio del giusto processo, *ex se* ostativo alla moltiplicazione dei processi e declinato al perseguimento della celerità di tutela (art. 111, comma 2, Cost.; 47 Carta UE, 6 CEDU, 2 c.p.a). In punto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a. le controversie in tema di revisione prezzi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia che la contestazione riguardi la spettanza della stessa, sia l'esatto suo importo come quantificato dal concreto provvedimento applicativo. La disposizione richiamata trova il suo antecedente positivo nell'art. 244, comma 3, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, che ha superato, nel solco tracciato dall'art. 6, l. n. 537 del 1993, la tradizionale distinzione in base alla quale erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al *quantum* della revisione prezzi e al giudice amministrativo quelle afferenti all'*an debeat*ur (in passato la Corte di Cassazione ha più volte ritenuto (cfr. Cass. sent. nn. 1363, 1365 del 1983), il principio, secondo il quale, in tema di revisione del prezzo di appalto di opera pubblica la posizione dell'appaltatore ha natura e consistenza di interesse legittimo, opera con esclusivo riguardo alla fase in cui l'Amministrazione è chiamata a riconoscere o meno con valutazione discrezionale la revisione medesima, mentre, dopo che tale scelta sia stata effettuata in senso positivo, il potere autoritativo dell'Amministrazione stessa deve ritenersi consumato, sicché la pretesa dell'appaltatore ad ottenere quanto dovutogli per revisione prezzo diventa un vero e proprio diritto soggettivo), imponendo la concentrazione dinanzi alla stessa autorità giurisdizionale di tutte le cause relative all'istituto negli appalti pubblici ad esecuzione continuata o periodica, con conseguente potere del giudice amministrativo di conoscere della misura della revisione e di emettere condanna al pagamento delle relative somme. In materia di revisione dei prezzi l'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa ha assunto quindi una portata ampia e generale, includendo ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeat*ur (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 marzo 2019, n. 1937). Va in proposito precisato che è da escludere che la pretesa vantata dal privato fornitore abbia la consistenza di un diritto soggettivo perfetto suscettibile di accertamento e condanna da parte del giudice amministrativo; infatti, le disposizioni normative prescrivono

Inoltre, come detto, spettano al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.⁶⁴

che la determinazione sia effettuata dalla stazione appaltante all'esito di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi. L'istituto della revisione prezzi corrisponde ad un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'Amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'Amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa (Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2020, n. 4827). Infine, v. R. Macis, *Criteri di riparto della giurisdizione in tema di revisione del prezzo: al GO le questioni di mero adempimento contrattuale*, in *l'amministrativista.it*, 25 maggio 2021.

⁶⁴ La Corte costituzionale, con sentenza 15 giugno-15 luglio 2016, n. 179 (Gazz. Uff. 20 luglio 2016, n. 29, 1^a Serie speciale), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), e lettera f). Con ordinanza depositata il 6 agosto 2015 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha sollevato, in riferimento agli artt. 103, primo comma, e 113, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), e lettera f), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo). Le disposizioni venivano censurate nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esse ricomprendono, nelle materie di giurisdizione esclusiva da esse stesse indicate, le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione – e non l'amministrato – ad adire il giudice amministrativo. Ciò contrasterebbe con il sistema di giustizia amministrativa delineato dagli artt. 103 e 113 Cost., i quali, ad avviso del rimettente, prevedrebbero un sistema di tutela attivabile esclusivamente ad iniziativa del privato leso da un provvedimento della pubblica amministrazione. Il Tribunale rimettente riferiva di essere investito della decisione in ordine al ricorso proposto da un Comune, al fine di ottenere la condanna della parte resistente al pagamento di somme dovute per l'assegnazione di suoli edificatori del territorio comunale, in base ad una convenzione stipulata tra le parti ai sensi dell'art. 27 della L. 22 ottobre 1971, n. 865 (Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica; norme sull'espropriazione per pubblica utilità; modifiche ed integrazioni alla L. 17 agosto 1942, n. 1150; alla L. 18 aprile 1962, n. 167; alla L. 29 settembre 1964, n. 847; ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata). Il giudice *a quo* osservava che il giudizio aveva per oggetto l'esecuzione di obbligazioni derivanti da un atto convenzionale, suscettibile di essere ricondotto ai "moduli convenzionali in urbanistica", i quali rientrano nella categoria degli accordi previsti dall'art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), del d.lgs. n. 104 del 2010. Inoltre, il medesimo art. 133, comma 1, alla successiva lettera f) attribuisce alla stessa giurisdizione esclusiva "le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio". Osservava il rimettente che, in riferimento alle convenzioni urbanistiche, dottrina e giurisprudenza concordemente riconoscono la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quando la pubblica amministrazione assume la veste di parte ricorrente ed il privato quella di parte resistente, ammettendo la tutela della pubblica amministrazione nei confronti dei soggetti privati in un giudizio "a parti invertite". Al riguardo, veniva richiamata l'ordinanza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 7 febbraio 2002, n. 1763, che ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla controversia, introdotta dalla pubblica amministrazione, avente ad oggetto l'inadempimento del privato delle obbligazioni derivanti da una convenzione di lottizzazione. Il TAR rilevava che anche nel giudizio *a quo* si controverteva dell'inadempimento delle obbligazioni assunte con una convenzione di lottizzazione, la quale poneva a carico della società costruttrice le opere di urbanizzazione primaria e secondaria. Si trattava, quindi, di una controversia relativa all'esecuzione di un accordo facente parte del procedimento finalizzato al rilascio della concessione edilizia e concluso al fine di determinare, in parte, il contenuto discrezionale di tale provvedimento. La controversia in esame rientrerebbe, quindi, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il giudice rimettente riteneva che, anche a prescindere dalla mancanza di coerenza di tale interpretazione con altre norme del medesimo d.lgs. n. 104 del 2010, l'art. 133, *in parte qua* – comma 1, lettera a), numero 2), e lettera f) – determinasse dubbi di compatibilità con gli artt. 103, primo comma, e 113, primo comma, Cost., i quali porterebbero a ritenere che – anche nelle controversie devolute in via esclusiva al giudice amministrativo – la giurisdizione sia limitata alla tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione, quale parte necessariamente resistente, ed escluderebbero invece che la stessa pubblica amministrazione possa assumere la veste di ricorrente. E tuttavia, per effetto di un costante e diffuso orientamento interpretativo, tale da assicurare al rango di "diritto

vivente”, la disposizione censurata consente alla pubblica amministrazione di agire nei confronti del privato davanti al giudice amministrativo. Pertanto, il TAR riteneva di dovere sollevare d’ufficio la questione di legittimità costituzionale, evidenziando che il denunciato contrasto non è superabile in via interpretativa. In punto di rilevanza, la difesa statale eccepeva l’inammissibilità della questione relativa all’art. 133, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 104 del 2010, evidenziando che tale disposizione, nel devolvere al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva relativamente agli atti e provvedimenti adottati in materia urbanistica ed edilizia, si riferirebbe ad atti e provvedimenti adottati unilateralmente dall’Amministrazione in queste materie, e sarebbe quindi estranea alle ipotesi nelle quali l’Amministrazione agisca attraverso “moduli convenzionali” alternativi agli atti e provvedimenti unilaterali. La giurisdizione esclusiva in materia di convenzioni, accordi o contratti, a vario titolo sostitutivi dei provvedimenti unilaterali, quale che sia la materia (anche diversa dall’urbanistica e dall’edilizia) in cui tali negozi vengono stipulati, sarebbe, invece, attribuita in via generale al giudice amministrativo dal comma 1, lettera a), numero 2), dello stesso art. 133 d.lgs. n. 104 del 2010. Quest’ultima sarebbe, dunque, la sola disposizione rilevante. Nel merito, la difesa statale osservava che gli artt. 103 e 113 Cost., nel prevedere che gli organi della giustizia amministrativa apprestano, anche nell’ambito della giurisdizione esclusiva, la tutela dei diritti e interessi legittimi “nei confronti della pubblica amministrazione”, ovvero “contro gli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione”, intendono introdurre una specifica garanzia giurisdizionale per gli amministrati, ai quali viene assicurato che sia un giudice “naturale” della pubblica amministrazione – specificamente formato e organizzato per esaminare le controversie aventi ad oggetto l’esercizio dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione – a decidere tali controversie. Tuttavia, i medesimi parametri costituzionali invocati dal rimettente non intenderebbero affatto delineare una struttura processuale vincolante, che preveda, in particolare, che l’azione possa essere promossa esclusivamente dal privato, e non anche dall’Amministrazione. Ciò che rileverebbe, ad avviso della difesa statale, è che la controversia nella quale si discute dell’esercizio, anche in forma convenzionale, di poteri pubblici, sia attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo. Viceversa, non rileverebbero, a livello costituzionale, le forme procedurali attraverso le quali tale obiettivo viene perseguito. La disciplina del concreto svolgimento processuale della giustizia amministrativa compete alla legge ordinaria e non è prestabilita a livello costituzionale. Ciò sarebbe confermato dall’ultimo comma dell’art. 113 Cost., allorché prevede che sia la legge a determinare quali organi di tale giustizia, in quali casi e con quali effetti, possano pronunciare l’annullamento degli atti amministrativi. Le norme costituzionali invocate non imporrebbero, quindi, che attore debba essere necessariamente il privato. Tale conclusione sarebbe, inoltre, coerente con la portata bilaterale della garanzia introdotta da quelle norme. Esse garantiscono al privato la disponibilità di un giudice “naturale” del potere amministrativo e nello stesso tempo assicurano quel giudice anche all’interesse pubblico, di cui l’Amministrazione è interprete allorché provvede nelle varie forme consentite, comprese quelle convenzionali. La difesa statale evidenziava, in generale, che la giustizia amministrativa moderna nasce dal superamento del privilegio soggettivo di un giudice “domestico” della pubblica amministrazione, come erano i tribunali del contenzioso amministrativo aboliti nel 1865. Ma proprio nel garantire il privato con l’istituzione di un giudice “naturale” dei rapporti amministrativi, emergerebbe la necessaria implicazione dell’interesse particolare di quel privato con l’interesse generale, nel quale sono riassunti gli interessi particolari di tutti gli altri componenti della collettività. Pertanto, la giurisdizione amministrativa va affidata ad un giudice specificamente preparato a giudicare la complessità del rapporto giuridico amministrativo, nel quale non si ha la mera determinazione della misura in cui va soddisfatto l’interesse del singolo, bensì la ponderazione tra il soddisfacimento di tale interesse e la immanente e imprescindibile garanzia dell’interesse generale. Sarebbe proprio questa la ragione per cui, aboliti nel 1865 i tribunali del contenzioso amministrativo, non apparve garanzia sufficiente la generalizzazione della giurisdizione ordinaria, e nel 1889 si istituì la nuova giustizia amministrativa, al fine di avere un giudice specificamente preordinato a garantire il privato e a verificare la legittimità della ponderazione dell’interesse individuale con gli interessi generali. Se dunque la giustizia amministrativa si pone nella sostanza come giurisdizione sul rapporto e non sull’atto amministrativo, non vi sarebbe alcuna anomalia nell’ammettere che, sul piano processuale, l’azione avanti al giudice amministrativo possa proporsi non solo dal privato, ma anche dall’Amministrazione. In questa prospettiva, l’interpretazione dei principi costituzionali proposta dal TAR si tradurrebbe essa stessa in una più grave violazione della Costituzione. Sarebbe preclusa la tutela giudiziale dell’interesse generale rappresentato dall’Amministrazione qualora esso fosse stato gestito mediante la stipula di un accordo sostitutivo o integrativo del provvedimento, mentre il privato potrebbe adire il giudice amministrativo, qualora l’Amministrazione fosse inadempiente. Ad avviso dell’Avvocatura generale dello Stato, la scelta del “modulo convenzionale” da parte dell’Amministrazione non comporterebbe la perdita del potere di autotutela esecutiva, normalmente attivabile nei confronti del privato che si sottragga agli obblighi derivanti a suo carico dal provvedimento amministrativo autoritativo (nella specie, al pagamento degli oneri di concessione). Veniva, inoltre, richiamata quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che afferma che l’applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell’Amministrazione trova un limite nell’esercizio di potestà pubbliche e nelle finalità di pubblico interesse alle quali esse sono teleologicamente orientate. Ed invero, anche nei contratti ad oggetto pubblico l’Amministrazione mantiene, comunque, la sua

tradizionale posizione di supremazia. Tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”. Pertanto, ad avviso dell’Avvocatura generale dello Stato, la scelta del modulo convenzionale amplia le possibilità di scelta dell’Amministrazione, poiché questa, di fronte all’inadempimento del privato, può scegliere la via dei principi generali del diritto civile, e quindi preferire l’azione giudiziaria all’autotutela esecutiva. L’interpretazione proposta dal TAR rimettente, invece, comporterebbe che l’Amministrazione, anche quando abbia stipulato un accordo sostitutivo o integrativo, sia obbligata a reagire all’inadempimento del privato in via di autotutela amministrativa, essendole preclusa la via della tutela giurisdizionale. Ciò determinerebbe, ad avviso dell’Avvocatura generale dello Stato, una violazione dei principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost., in quanto la possibilità per l’Amministrazione di ottenere l’accertamento giudiziale dell’inadempimento della controparte sarebbe subordinata all’adozione di un previo provvedimento amministrativo e all’instaurazione del contenzioso avverso quest’ultimo da parte del privato. Inoltre, l’oggetto del giudizio sarebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso. L’Amministrazione, infatti, non potrebbe modificarlo o ampliarlo, ad esempio, attraverso una domanda riconvenzionale poiché ciò implicherebbe il riconoscimento della possibilità per l’Amministrazione di agire in via autonoma, che è proprio quanto il TAR rimettente negava. Secondo la Consulta la questione di costituzionalità è infondata: “È di tutta evidenza che dagli accordi procedurali possono derivare non solo vincoli a carico dell’autorità procedente, ma anche obblighi gravanti sul contraente privato. Se, di norma, la pubblica amministrazione è parte resistente nel processo amministrativo, dapprima l’art. 11, comma 5, L. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) ed in seguito l’art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), del d.lgs. n. 104 del 2010, hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie che trovano titolo negli accordi che sostituiscono o integrano i provvedimenti amministrativi. In tali controversie, anche quando parte attrice sia l’amministrazione, la giurisprudenza di legittimità, sia ordinaria, sia amministrativa, riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo. Al riguardo, va rilevato che – sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell’interesse pubblico, così come definito dalla legge. Per quanto riguarda, in particolare, l’art. 103 Cost., laddove esso prevede la giurisdizione esclusiva “in particolari materie indicate dalla legge”, la costante giurisprudenza di questa Corte identifica i criteri che legittimano tale giurisdizione in riferimento esclusivo alle materie prescelte dal legislatore ed all’esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004). Da ciò discende la necessità ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione, che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di “blocchi di materie”, ma di materie determinate; e che l’amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell’esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (sentenza n. 35 del 2010). In considerazione di tali principi, il diritto vivente in tema di giurisdizione esclusiva sugli accordi procedurali risulta pienamente coerente con questa ricostruzione sistematica e ne costituisce il ragionevole sviluppo. Infatti, in sede di regolazione della giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato il collegamento funzionale delle convenzioni urbanistiche al procedimento di rilascio dei titoli abilitativi edilizi, dei quali esse condizionano l’adozione e integrano il contenuto (si veda *ex plurimis*, Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 14 gennaio 2014, n. 584 e Consiglio di Stato, sezione quarta, 12 novembre 2009, n. 7057). In quanto inserite nell’ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d’obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tali ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell’esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico. Siffatta interpretazione offerta dalle magistrature superiori in ordine al fondamento del criterio di riparto della giurisdizione in materia di accordi procedurali risulta altresì coerente con l’evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, il quale – da giurisdizione sull’atto – sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo. D’altra parte, va rilevato che l’ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l’amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice

Come visto, secondo Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, la pretesa risarcitoria dedotta in giudizio aveva ad oggetto un danno che, nella prospettazione della società attrice, non è stato causato da “atti” o “provvedimenti” dell’amministrazione municipale, *bensi dal comportamento da questa tenuto nella conduzione dei rapporti tra i propri uffici e la stessa società, tale da ingenerare in quest’ultima un incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, poi deluso dal diniego finale (del quale non viene messa in discussione la legittimità). Un danno, cioè, da comportamento e non da provvedimento* (corsivi aggiunti – in queste righe si trova il “punto di non ritorno” per la Corte). Il tuziorismo della Corte non convince affatto, preferendosi una esegesi sistematica che privilegia il contesto di riferimento, entro cui rientrano “le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all’esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni” (riprendendo il disposto della lettera successiva dell’art. 133 c.p.a. in ossequio alla consolidata giurisprudenza costituzionale). Altrimenti si alimenta ineluttabilmente l’incertezza del diritto in un ambito già di per sé connotato da elementi di complessità, quali il Tribunale delle acque (ircocervo in odore di abrogazione).⁶⁵

amministrativo. Viceversa, la soluzione prospettata dal rimettente introdurrebbe effetti disarmonici e irragionevoli. In primo luogo, la concentrazione delle tutele e l’adeguamento alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori costituivano criteri direttivi imposti al legislatore delegato dall’art. 44, comma 2, lettera a), della legge delega n. 69 del 2009, con la conseguenza che una scelta di segno opposto – nel senso indicato dal rimettente – si sarebbe posta in contrasto con i criteri della delega e quindi con l’art. 76 Cost. Inoltre, una volta esclusa, per le ragioni sopra dette, la possibilità di agire dinanzi al giudice ordinario, l’intervento richiesto dal rimettente porterebbe ad un sistema in cui l’amministrazione, anche quando abbia stipulato un accordo sostitutivo o integrativo del procedimento, potrebbe reagire all’inadempimento del privato soltanto in via di autotutela amministrativa, essendole preclusa la via della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. L’accertamento giudiziale dell’inadempimento della parte privata finirebbe per essere condizionato alla previa instaurazione del contenzioso da parte del privato. L’oggetto stesso del giudizio verrebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso, non potendo l’amministrazione modificarlo o ampliarlo attraverso una domanda riconvenzionale. Tutto ciò appare difficilmente compatibile con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost. Alla luce di tali argomenti, deve essere dichiarata l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale formulata dal TAR Puglia”.

⁶⁵ Il R.D. 11 dicembre 1933, n. 1175, art. 140, comma 1, lett. e), assegna alla competenza del Giudice specializzato delle acque tutte le controversie per risarcimento di danni dipendenti da qualunque opera eseguita dalla pubblica amministrazione e da qualunque provvedimento emesso dalla autorità amministrativa a termini della L. 25 luglio 1904, n. 523, art. 2, codificato con la L. 13 luglio 1911, n. 774, art. 22. Poiché l’art. 2 del testo unico richiamato dalla predetta norma si riferisce agli atti che possono avere relazione con il buon regime delle acque pubbliche, con la difesa e conservazione delle sponde o ripari ed argini, con l’esercizio della navigazione e delle derivazioni delle predette acque, la giurisprudenza è costante nel limitare la competenza, che dalla predetta disposizione dell’art. 140 è assegnata al Giudice specializzato delle acque pubbliche, ai danni derivanti dalla esecuzione o manutenzione di opere riguardanti il regime delle acque pubbliche, escludendo, così, per un verso, le controversie relative ad opere inerenti al regime delle acque che non siano considerate pubbliche dalla legge e, per altro verso, le controversie che si ricolleghino a fatti connessi solo in via meramente occasionale con le vicende relative al governo delle acque (pubbliche) posto che, come si precisa nella sentenza delle S.U. 26 agosto 1997, n. 8054, “*la competenza del Giudice specializzato è giustificata dalla presenza di fattispecie che coinvolgono apprezzamenti circa la deliberazione, progettazione ed attuazione di opere idrauliche o scelte della pubblica amministrazione per la tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche*”. Una volta esclusa la natura pubblica di tali acque, è esclusa allora pure la peculiare natura pubblica, sola idonea a fondare la competenza speciale del tribunale ex R.D. n. 1775 del 1933. La ripartizione della competenza fra il giudice ordinario e il tribunale regionale delle acque pubbliche, nelle controversie aventi per oggetto il risarcimento dei danni derivanti da atti posti in essere dalla p.a., deve essere effettuata nel senso di attribuire alla competenza dei tribunali regionali delle acque le domande in relazione alle quali l’esistenza dei danni sia ricondotta alla esecuzione, alla manutenzione e al funzionamento dell’opera idraulica. Ciò in quanto la competenza del giudice specializzato (delle acque) si giustifica in presenza di comportamenti, commissivi o omissivi, che implicino apprezzamenti circa la deliberazione, la progettazione e l’attuazione di opere idrauliche o comunque scelte della p.a. dirette alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche. Mentre debbono essere riservate alla cognizione del giudice in sede ordinaria le controversie aventi per oggetto pretese che si ricollegano solo indirettamente e occasionalmente alle vicende relative al governo delle acque. Va innanzitutto richiamata la sentenza di Cassazione, Sez. III, 6 febbraio 2007, n. 2566, la quale ha affermato che la domanda di risarcimento per i

Ad avvalorare una simile interpretazione – utile a sceverare la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa (finanche del giudice specializzato in materia di acque pubbliche) – è la successiva disposizione di cui alla lettera g) dell'art. 133 c.p.a. che devolve al giudice amministrativo:

g) le controversie aventi ad oggetto “*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*” in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.⁶⁶

danni che si assumono derivati al proprietario di un immobile in virtù della inadeguata efficienza del sistema di smaltimento delle acque piovane defluenti da strade comunali, riguardando la violazione del principio del *neminem laedere*, appartiene alla competenza del giudice ordinario. Analogamente, l'ordinanza 5 settembre 2012, n. 14883, facendo propri i principi già enunciati dalle Sezioni Unite, ha chiarito che le acque, piovane e nere (convogliate nelle fognature), non sono annoverabili tra le acque pubbliche, per difetto del fondamentale requisito, stabilito dall'art. 1 del R.D. n. 1755 del 1933, dell'attitudine a usi di pubblico generale interesse, rimasto fermo anche dopo l'entrata in vigore della legge 5 gennaio 1994, n. 36; invero l'art. 1 del d.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238, conferma, per espressa esclusione, che non possono essere considerate acque pubbliche le acque meteoriche refluenti nella rete fognaria, come tali destinate, insieme con i liquami pure ivi convogliati, al mero smaltimento, senza possibilità di sfruttamento a fini di pubblico generale interesse, per cui la rete fognaria non può considerarsi opera pubblica ai sensi dell'art. 140 del R.D. n. 1755 del 1933. Nello stesso senso è anche l'ordinanza 9 novembre 2012, n. 19575, secondo cui è competente il giudice ordinario, e non il tribunale delle acque, a conoscere della domanda di risarcimento del danno aquiliano causato da una tracimazione dell'impianto fognario pubblico, in conseguenza di eventi atmosferici (v. Corte di cassazione, Sez. VI-3, ordinanza 1° marzo 2017, n. 5261). Nel caso in cui il risarcimento dei danni sofferti è legata ad una incuria nella sorveglianza delle acque meteoriche ed alla omessa predisposizione di adeguati rimedi di smaltimento delle acque meteoriche (non, dunque, ad errori nelle scelte discrezionali della p.a. sulla costruzione, sul dimensionamento e sulla manutenzione di un'opera idraulica per il governo di acque pubbliche o di acque piovane già raccolte per essere fatte confluire in canali di acque pubbliche e perciò convogliate per una finalità pubblica, che non sia quella del loro smaltimento) non è consentito equiparare queste opere a quelle idrauliche ai fini della competenza del giudice specializzato delle acque, dato il carattere eccezionale della competenza di questo Giudice (sent. 20 febbraio 1961, n. 374), e la impossibilità giuridica, quindi, di una applicazione analogica delle relative norme alle controversie che involgano opere di regolamentazione di acque che non sono pubbliche. Sul punto si veda Cass. civ., Sez. III, Sent., 30 luglio 2015, n. 16196. Quest'ultima decisione concerne un caso in cui la Cassazione ha espressamente affermato la competenza del giudice civile respingendo l'eccezione di competenza del Tribunale delle acque. Rispetto alla Ordinanza Cass., Sez. sesta civile, n. 16636 del 20 giugno 2019, il *discrimen* è dato dall'alluvione che rappresenta accadimento indiretto e occasionale. Invero, trattandosi di apprezzamenti giuridici e non tecnici, risulta inutile la presenza dei tecnici nel collegio decidente. Inoltre, si osserva infine che il Disegno di legge A.S. n. 1075 “Soppressione dei tribunali regionali e del Tribunale superiore delle acque pubbliche” prevede la soppressione dei Tribunali – regionali e superiore – delle acque pubbliche, con devoluzione della loro giurisdizione al giudice amministrativo. Le controversie in materia di indennità conseguenti ad atti espropriativi o ablativi sono previste di competenza del giudice ordinario. Le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia, giovedì 4 luglio 2019, hanno avviato la discussione del ddl n. 1075 sulla soppressione dei tribunali regionali e del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Per cui – nell'ipotesi che il giudice civile o amministrativo dichiarasse la propria incompetenza in favore del tribunale delle acque – si avrebbe una *translatio iudicii* solo temporanea e provvisoria con il rischio di dover poi adire il giudice civile o amministrativo, in violazione del principio di effettività giurisdizionale e di certezza del diritto. Alla luce di tutto quanto esposto, deve ritenersi assolutamente pacifica ma residuale la competenza del giudice ordinario; opinando diversamente, la competenza di tale giudice non si avrebbe mai. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, la discrezionalità, e la conseguente insindacabilità da parte del giudice ordinario, dei criteri e dei mezzi con cui la p.a. realizza e mantenga un'opera pubblica trova un sicuro limite nell'obbligo di osservare, a tutela della incolumità dei cittadini e dell'integrità del loro patrimonio, le specifiche disposizioni di legge e regolamenti disciplinanti detta attività nonché le comuni norme di diligenza e prudenza così che, dall'inosservanza di queste disposizioni e di dette norme consegue la responsabilità dell'Amministrazione per i danni arrecati (tra le altre, Cass., Sez. III 24 marzo 2016, n. 5877; 11 novembre 2011, n. 23562; 9 ottobre 2003, n. 15061; e 24 aprile 1997, n. 3631). In dottrina vedasi V. Parisio, *I Tribunali delle acque: un modello giurisdizionale tutto italiano*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2009, 12, 3679-3693.

⁶⁶ L'art. 29 del d.lgs. n. 150/2011 (entrato in vigore il 6 ottobre 2011) ha modificato le regole dei processi relativi alla determinazione dell'indennità definitiva di esproprio nelle cause aperte in Corte d'appello. Con la norma

In altre parole, il giudice amministrativo conosce dell'esercizio del potere pubblico (interessi legittimi), mentre il sindacato del giudice ordinario è limitato ai diritti patrimoniali conseguenti al predetto esercizio di potere. Si ripete lo schema già adottato per le concessioni di beni e servizi pubblici, che di fatto è alla base della impostazione complessiva del sistema (ad esempio, si pensi alle sanzioni amministrative, per le quali gli atti di accertamento comportano esercizio di potere pubblico e dunque

richiamata arriva un processo speciale per la determinazione dell'indennità di espropriazione che sostituisce la vecchia opposizione alla stima. Trattasi del così detto "rito sommario di cognizione" cioè del procedimento regolato dalle norme del capo III-*bis* del titolo I, del libro quarto del codice di procedure civile.

Con la sentenza n. 3074 dell'8 febbraio 2018, la Corte di cassazione si pronuncia nuovamente sulla distinzione tra opposizione alla stima e determinazione giudiziale dell'indennità riaffermando alcuni principi basilari anche per la decorrenza dei termini delle due diverse azioni. La Corte richiama i suoi precedenti (Cass. n. 10720 del 2016; n. 22844 del 2016; n. 11261 del 2016; n. 5517 del 2017; n. 10446 del 2017; n. 3606 del 2017) per ribadire che, anche secondo la disciplina del d.P.R. n. 327 del 2001, art. 54, al proprietario espropriato sono concesse due azioni: l'una di determinazione dell'indennità di esproprio e l'altra di opposizione alla stima, a seconda se sia o meno stata calcolata l'indennità definitiva, che è demandata alla Commissione provinciale ed, in alternativa, al collegio dei tecnici di cui all'art. 21. La previsione dell'art. 54 costituisce la codificazione del principio, costantemente affermato dalla Suprema Corte (Cass. nn. 17604/2013; 11406/2012; 20997/2008; 11054/2001), secondo cui, emanato il provvedimento ablativo, sorge contestualmente, ed è per questo motivo azionabile, il diritto del proprietario a percepire il giusto indennizzo di cui all'art. 42 Cost. (che si sostituisce al diritto reale e non è subordinato alla liquidazione in sede amministrativa). Tale principio si pone in consonanza con la sequenza procedimentale prevista dall'art. 20, commi 11 e 12; artt. 22 e 23 e art. 26, comma 11, T.U., in base alla quale – come già accadeva nel sistema di cui alla L. n. 865 del 1971 – la pronuncia del decreto di esproprio segue di regola la sola offerta dell'indennità provvisoria, che, a norma dell'art. 23, comma 1, lett. c), deve essere indicata nel provvedimento e precede logicamente la determinazione dell'indennità definitiva. Nell'ipotesi eccezionale, invece, in cui il decreto tardi ad essere emesso e tuttavia nelle more sia egualmente determinata l'indennità definitiva (ad opera della Commissione provinciale ovvero del collegio dei tecnici) insorge la sola necessità che nel decreto di esproprio sia indicata anche la determinazione dell'indennità suddetta (art. 27 e art. 23, lett. d), ove significativamente la nomina dei tecnici è considerata solo "eventuale"). E proprio al lume di dette due fattispecie – quella fisiologica e quella eccezionale in cui il decreto di esproprio segue la stima definitiva – si spiega il disposto del d.lgs. n. 150 del 2011, art. 29, comma 3, che prevede che il termine di 30 giorni per proporre opposizione decorre "dalla notifica del decreto di esproprio"; ovvero "dalla notifica della stima peritale, se quest'ultima sia successiva al decreto di esproprio". La Cassazione nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione censura l'esegesi fatta propria dalla Corte territoriale di merito che non solo non tiene conto della predetta sequenza procedimentale, ma finisce con l'introdurre per l'azione di determinazione dell'indennità un termine di decadenza che è previsto per la diversa azione dell'opposizione alla stima – e che nello specifico caso, non ha neppure iniziato il suo decorso, non essendo intervenuta alcuna stima definitiva – con conseguente *vulnus* per il proprietario, che, secondo la Corte territoriale, sarebbe onerato o di proporre l'azione di determinazione dell'indennità nel termine di appena un mese dal sorgere del suo credito (emissione del decreto ablativo), ovvero di opporsi alla futura stima definitiva, in tal caso ipotizzando una condizione pari a quella che ha dato luogo alla declaratoria d'incostituzionalità (di cui alla nota sentenza n. 67 del 1990) della L. n. 865 del 1971, art. 19, nella parte in cui, pur dopo l'avvenuta espropriazione, non consentiva agli aventi diritto di agire in giudizio per la determinazione dell'indennità, prima della redazione della relazione di stima di cui agli artt. 15 e 16 medesima legge.

Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Ad. plen., 9 aprile 2021, n. 6, in cui l'Adunanza plenaria pronuncia sulle azioni esperibili in caso di giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato, nonché Cass., Sez. Un., Ordinanza n. 759 del 12/01/2022: in tema di espropriazione per pubblica utilità, la controversia avente ad oggetto l'individuazione dell'avente diritto al pagamento della relativa indennità (corrisposta, nella specie, a soggetti diversi dall'intestatario risultante nei registri catastali, per effetto di un titolo instabile di proprietà, consistente in una sentenza di primo grado, poi riformata, dichiarativa dell'usucapione), rientra nella giurisdizione del G.O. giacché, da un lato, non sono contestate la scelta dell'Amministrazione di procedere ad espropriazione su determinati beni né, tantomeno, le modalità di esercizio, in concreto, di siffatto potere e, dall'altro, la determinazione di detta indennità, come l'individuazione dei soggetti aventi diritto al relativo pagamento avvengono, rispettivamente, sulla base di precisi criteri fissati dalla legge e di regole proprietarie estranee a valutazioni espressive di discrezionalità amministrativa (cfr. *Espropriazione per pubblica utilità: la controversia sull'individuazione dell'avente diritto al pagamento della indennità rientra nella giurisdizione del G.O.*, pubblicato in *ILCaso.it* il 14/02/2022).

competono al giudice amministrativo, mentre l'opposizione agli atti di ingiunzione viene devoluta al giudice ordinario in quanto mera applicazione di un potere già esaurito).⁶⁷

Allo stesso modo, arricchiscono la giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie aventi ad oggetto i decreti di espropriazione per causa di pubblica utilità delle invenzioni industriali (lett. h) e le controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico (lett. i).⁶⁸

Particolare interesse rivestono le ipotesi annoverate nella successiva lettera l):

l) "le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati [dalla Banca d'Italia], dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-duodecies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385,

⁶⁷ Vedasi il giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione ex legge n. 689 del 24 novembre 1981: ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 150/2011 dal 6 ottobre 2011 (data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo) i giudizi di opposizione avverso le ordinanze ingiunzioni di cui all'art. 22 della legge n. 689/1981 sono regolati dal rito del lavoro. Secondo l'insegnamento anche recente della Suprema Corte, "il verbale di accertamento di violazioni punite con sanzioni amministrative non è impugnabile ex se, con la sola eccezione delle violazioni al codice della strada; ne consegue che al di fuori della suddetta materia l'opposizione proposta non già avverso l'ordinanza ingiunzione che irroga la sanzione amministrativa, ma avverso il verbale di accertamento è inammissibile, e tale vizio può essere rilevato anche d'ufficio e sinanche nel corso del giudizio di legittimità" (Cass., 30 agosto 2007, n. 18320).

⁶⁸ Trattasi delle categorie escluse dalla riforma del pubblico impiego. L'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 (art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29/1993, nella stesura successiva alla riforma introdotta dall'art. 18, d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387) prevede che al giudice ordinario vengano devolute tutte le controversie inerenti ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. La medesima fonte normativa (art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001) ricomprende nel concetto di pubblica amministrazione: le amministrazioni dello Stato, inclusi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative; le aziende ed amministrazioni dotate di ordinamento autonomo; le regioni, le province, i comuni, le comunità montane (ivi compresi i consorzi e le associazioni tra questi); le istituzioni universitarie; gli istituti autonomi case popolari; le camere di commercio, industria e artigianato e agricoltura nonché tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale. Le controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro alle dipendenze delle predette amministrazioni sono attribuite alla competenza del giudice ordinario. Nel caso in cui emerga la rilevanza degli atti amministrativi presupposti, il legislatore ha affermato il principio per cui il giudice sarà tenuto alla disapplicazione dei medesimi. Sono sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario le categorie di lavoratori che rimangono escluse dal processo di privatizzazione (art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 29/1993: ora art. 3 del d.lgs. n. 165/2001), per le quali il permanere del carattere pubblico del rapporto e della natura amministrativa degli atti di relativa organizzazione comporta il perdurare della giurisdizione esclusiva del G.A.: magistrati ordinari, amministrativi e contabili; gli avvocati e procuratori dello Stato; il personale militare e quello delle forze di polizia; il personale appartenente alle carriere prefettizie e diplomatiche a partire dal vice-consigliere di Prefettura; i soggetti impiegati nelle attività di cui all'art. 1 del d.lgs. C.P.S. 17 luglio 1947 n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e 10 ottobre 1990, n. 287 (vale a dire quelle afferenti la tutela del risparmio ed il mercato dei valori mobiliari, la tutela della concorrenza del mercato), i dipendenti della Consob, i dipendenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i dipendenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Con il d.lgs. n. 80/1998 è venuta meno la deroga inizialmente prevista per i dirigenti generali, essendo stati gli stessi (o meglio, i soggetti incaricati della gestione di uffici di livello dirigenziale generale) interessati dalla privatizzazione sia sostanziale che processuale al pari degli altri dirigenti. In base al comma 4 dell'art. 68 (ora art. 63 T.U. del 2001) restano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti le "procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", mentre spettano al G.O. le controversie circa "l'assunzione al lavoro". Al G.A. sono riservate solo le controversie riguardanti la procedura concorsuale in senso stretto, dalla pubblicazione del bando all'approvazione della graduatoria dei vincitori (cfr. TAR Catania, Sez. III, 3 gennaio 2001, n. 20), stante la caratterizzazione amministrativa degli atti relativi ad una procedura di evidenza pubblica. Si tratta di una giurisdizione di legittimità, concernente posizioni di interesse legittimo (Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2002, n. 4829). Le Sezioni Unite (Cass. civ. Ordinanza, Sez. SS.UU., 20 aprile 2006, n. 9168), componendo l'accesso dibattito insorto anche con alcune sezioni del Consiglio di Stato, hanno stabilito, in linea generale, che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concorsi interni, quando questi ultimi comportino un passaggio da un'area ad un'altra, mentre rimangono attratte alla generale giurisdizione del giudice ordinario le controversie attinenti a concorsi interni che comportino il passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area, ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro.

dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209" (lettera dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte costituzionale, con sentenza n. 94 del 15 aprile 2014, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR il Lazio, sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia).⁶⁹

⁶⁹ La Corte costituzionale, con sentenza 20-27 giugno 2012, n. 162 (Gazz. Uff. 4 luglio 2012, n. 27 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale della presente lettera nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio (Roma), le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB. Successivamente, la stessa Corte, con sentenza 9-15 aprile 2014, n. 94 (Gazz. Uff. 23 aprile 2014, n. 18 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale della presente lettera, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. La Corte costituzionale ha già avuto modo di chiarire, con la sentenza n. 162 del 2012, che l'art. 44 della legge n. 69 del 2009 conteneva una delega per il riordino normativo del processo amministrativo e del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi. In quanto delega per il riordino, essa concedeva al legislatore delegato un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative, le quali devono comunque attenersi strettamente ai principi e ai criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante (*ex multis*, sentenze n. 73 e n. 5 del 2014, n. 80 del 2012, n. 293 e n. 230 del 2010). Pertanto, come già affermato in relazione al caso delle sanzioni applicate dalla CONSOB, anche con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione, doveva tenere in debita considerazione i principi e criteri enunciati dalla delega, i quali richiedevano di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" (art. 44 della legge n. 69 del 2009). Invece, il legislatore delegato non ha tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto, con riguardo tanto alle sanzioni previste dall'art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2980 del 2005), quanto a quelle previste dall'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze n. 13709 del 2004 e n. 16577 del 2010; pur essendo originate da sanzioni di questo secondo tipo, si riferiscono ad entrambe le ordinanze della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 9600 e n. 9602 del 2006). L'intervento del legislatore delegato, incidendo profondamente sul precedente assetto, si è illegittimamente discostato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, in violazione della delega. Pertanto, secondo la Consulta, deve ritenersi che, nel trasferire alla giurisdizione esclusiva, estesa al merito, del giudice amministrativo e alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia, gli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 104 del 2010 abbiano ecceduto i limiti della delega conferita, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. Per le medesime ragioni sopra illustrate, secondo la Consulta, devono ritenersi affette da illegittimità costituzionale anche le norme abrogative, direttamente conseguenti alla disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima, contenute nell'art. 4, comma 1, numeri 17) e 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010. Occorre precisare che l'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 162 del 2012, nella parte in cui si riferiva alle sanzioni CONSOB; esso è stato poi integralmente soppresso, dal legislatore delegato, con il decreto legislativo "correttivo" 14 settembre 2012, n. 160 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69), con effetti però solo *pro futuro*. Si trattava, perciò, di rimuovere il vizio di illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abrogava gli artt. 187-*septies*, commi da 4 a 8, e 195, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 58 del 1998, là dove attribuiscono alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia. Analogamente è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, numero 17), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010 - nel testo anteriore all'aggiunta di cui all'art. 1, comma 3, lettera b), numero 6), del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195 (Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge

La vicenda è emblematica dello stato di crisi dell'ordinamento nazionale: "*Video meliora proboque, deteriora sequor*".

La riforma del codice del processo amministrativo aveva recepito il diritto vivente e ancor prima la *ratio* del riparto giurisdizionale, ma è stata censurata dalla Consulta per un mero vizio formale scaturente dall'eccesso di delega che, in realtà, cela il problema sostanziale dello *stare decisis*. Sarebbe bastato modificare la legge-delega per riproporre la modifica legislativa e invece si è optato per la passiva perpetuazione dei *mores tralatici*.⁷⁰

18 giugno 2009, n. 69), non rilevante nel giudizio *a quo* -, nella parte in cui abrogava l'art. 145, commi da 4 a 8, del d.lgs. n. 385 del 1993, là dove attribuiscono alla Corte d'appello di Roma la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia. Ne consegue che tornano ad avere applicazione le disposizioni illegittimamente abrogate dall'art. 4, comma 1, numeri 17) e 19), dell'Allegato 4 al d.lgs. n. 104 del 2010. La Corte costituzionale, con ordinanza 5-9 maggio 2014, n. 122 (Gazz. Uff. 14 maggio 2014, n. 21, 1^a Serie speciale), ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera l), 134, comma 1, lettera c), e 135, comma 1, lettera c), nonché dell'art. 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato 4, sollevata per violazione dell'art. 76 Cost., in riferimento all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, per sopravvenuta carenza di oggetto, giacché, a seguito della citata sentenza n. 94 del 2014, le norme censurate dal giudice *a quo* erano già state rimosse dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* (*ex plurimis*, ordinanze n. 63 del 2014, n. 321 e n. 177 del 2013, n. 315 e n. 182 del 2012).

⁷⁰ Cfr. M. Fiorendi, *Sulla mancata vigilanza decide il giudice ordinario*, in *Il Sole 24 Ore*, 25/01/2021, pag. 21. Le controversie per i danni causati da mancata, inadeguata o ritardata vigilanza su banche e intermediari da parte delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob) sono di competenza del giudice ordinario. Lo ha chiarito la Corte di cassazione con una pronuncia a sezioni unite (sentenza n. 25953 del 16 novembre 2020), secondo la quale le domande proposte da investitori e azionisti non riguardano la contestazione di poteri amministrativi ma i comportamenti "doverosi" posti alla tutela del risparmio. Le autorità di vigilanza rispondono infatti delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali di diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme sul corretto svolgimento dell'attività di controllo. Il fatto riguardava un socio azionista di una banca che aveva citato in giudizio la Banca d'Italia e la Consob chiedendone la condanna al risarcimento del danno provocato in dall'omesso o inadeguato esercizio dell'attività di vigilanza su tale banca. V. anche M. De Filippis, *La responsabilità della banca negoziatrice è di tipo contrattuale derivante da contatto qualificato con doveri di correttezza e buona fede*, in *Il Sole 24 Ore*, 22/01/2021, pag. 21. Lo stabilisce la sentenza n. 25873 del 16 novembre 2020 della Terza Sezione della Corte di cassazione che ha recepito l'orientamento a Sezioni Unite di cui alla decisione 12477/2018. La responsabilità della banca negoziatrice si inserisce nell'alveo di quella contrattuale derivante da contatto qualificato inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex articolo 1173 c.c. e dal quale derivano i doveri di correttezza e buona fede enucleati dagli articoli 1175 e 1375 c.c.

Purtroppo, tale assunto riguarda più in generale l'intero assetto della giurisdizione amministrativa⁷¹, attualmente incoerente e caratterizzato da estrema incertezza del diritto, come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo del presente studio.⁷²

⁷¹ Le ulteriori ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva contemplate dall'art. 133 c.p.a, sono le seguenti: m) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi quelli relativi all'imposizione di servitù, nonché i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze, la gara e le altre procedure di cui ai commi da 8 a 13 dell'articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, incluse le procedure di cui all'articolo 4 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75;

n) le controversie relative alle sanzioni amministrative ed ai provvedimenti adottati dall'organismo di regolazione competente in materia di infrastrutture ferroviarie ai sensi dell'art. 37 d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188;

o) le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti all'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti;

p) le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4, della medesima legge n. 225 del 1992 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati;

q) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato;

r) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose;

s) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di risarcimento del danno ambientale;

t) le controversie relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari;

u) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di passaporti;

v) le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico;

z) le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti ai rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti;

z-bis) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego, adottati dall'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale di cui alla lettera h) del comma 2 dell'articolo 37 della legge 4 giugno 2010, n. 96;

z-ter) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua istituita dall'articolo 10, comma 11, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106;

z-quater) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 (interdizione dei funzionari regionali e dei revisori dei conti);

z-quinquies) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni;

z-sexies) le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso.

⁷² L'iscrizione di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate da uso pubblico riveste funzione puramente dichiarativa della pretesa del Comune, ponendo una semplice presunzione di pubblicità dell'uso, superabile con la prova contraria della natura della strada e dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività mediante un'azione negatoria di servitù; ne consegue che la controversia circa la proprietà, pubblica o privata, di una strada, o riguardante l'esistenza di diritti di uso pubblico su una strada privata, è

2.4 - Materie di giurisdizione estesa al merito: l'art. 134 c.p.a.

Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto:

- a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al titolo I del libro IV del c.p.a.;
- b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
- c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123 (lettera dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 94 del 2014, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR il Lazio, sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia).⁷³

devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché investe l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione di diritti soggettivi, dei privati o della pubblica amministrazione, e ciò anche ove la domanda abbia formalmente ad oggetto l'annullamento dei provvedimenti di classificazione della strada, atteso che il "*petitum*" sostanziale, non essendo diretto a sindacare un provvedimento autoritativo della p.a., ha, in realtà, natura di accertamento petitorio (cfr., da ultimo, Cass. S.U., 23 dicembre 2016, n. 26897). In senso conforme, Cass. S.U., Ordinanza n. 1624 del 2010: "L'iscrizione di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate da uso pubblico non ha natura costitutiva e portata assoluta, ma riveste funzione puramente dichiarativa della pretesa del Comune, ponendo una semplice presunzione di pubblicità dell'uso, superabile con la prova contraria della natura della strada e dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività mediante un'azione negatoria di servitù. Ne consegue che la controversia circa la proprietà, pubblica o privata, di una strada, o circa l'esistenza di diritti di uso pubblico su una strada privata, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché investe l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione di diritti soggettivi, dei privati o della pubblica amministrazione" (nella specie, le S.U. hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in controversia promossa da privato proprietario di una strada sterrata, immettentesi su strada comunale, al fine di sentir dichiarare che la strada medesima, divenuta oggetto di provvedimento comunale di classificazione come strada vicinale ad uso pubblico, era di sua proprietà esclusiva).

⁷³ Ad esempio, per Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424, sussiste la giurisdizione di merito sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità antitrust (con possibilità quindi di modifica in sede giurisdizionale), in base: i) al principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.); ii) alla compatibilità con i principi della legge n. 287/1990 dell'art. 23 della legge n. 689/1981; iii) alla diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria (Cons. Stato, VI, 24 maggio 2002, n. 2869; 30 agosto 2002, n. 4362; 2 agosto 2004, n. 5368). I provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono impugnabili davanti al giudice amministrativo, il quale deve verificare la correttezza della decisione assunta dall'Autorità; in tale verifica il giudice amministrativo non incontra alcun limite, potendo sindacare tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione. Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità. Possono richiamarsi i precedenti della Sezione in ordine all'ampiezza del sindacato che il giudice amministrativo svolge sulle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità. Tali arresti hanno affermato che le valutazioni tecniche, anche quando riferite ai cd. "concetti giuridici indeterminati", devono essere sottoposte – onde garantire tutela giurisdizionale effettiva – ad un controllo intrinseco, potendosi avvalere il giudice anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002, Rc Auto; n. 5156/2002, Enel/Infostrada). Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip). In particolare, con tale ultima decisione la Sezione ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un modello rispettoso del quadro comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie dove il giudice deve verificare se il potere di decisione attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato. In punto di diritto occorre ricordare che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità incrocia il limite della discrezionalità di cui gode

Il problema non sta tanto nella decisione della Consulta in quanto tale, che essenzialmente riprende la citata sentenza n. 162 del 2012⁷⁴, ma nel percorso argomentativo. La Corte di fatto aderisce – o

l'Amministrazione nell'applicazione di norme elastiche o concetti giuridici indeterminati. Il Collegio condivide l'orientamento più recente, in precedenza delineato, che vuole ampliato il sindacato sulla discrezionalità tecnica in ragione della sua appartenenza – non già alla discrezionalità amministrativa, bensì – al giudizio tecnico discrezionale, caratterizzato dalla natura complessa dei fatti da accertare, ovvero dalla natura incerta delle regole di valutazione. Detto orientamento va, anzi, confermato su basi dogmaticamente più solide, cioè facendo riferimento alla struttura logica dell'azione amministrativa autoritativa (norma - potere - effetto), in ragione della quale l'Amministrazione, nel perseguimento dell'interesse pubblico, ha il potere di applicare la norma di legge al caso concreto, sia sotto il profilo dell'interpretazione della fattispecie astratta, che sotto quello dell'accertamento dei fatti in essa sussumibili. Allorquando la norma prenda in considerazione fatti il cui accertamento richieda l'impiego di regole extragiuridiche spetta all'Amministrazione la loro applicazione e, dunque, ove queste consistano in leggi di carattere relativo, la scelta tra le varie soluzioni prospettabili. Ma, per converso, traducendosi questo potere, come visto, pur sempre nell'applicazione della norma di legge, il suo cattivo esercizio si risolve in un vizio di legittimità del provvedimento, e non può non essere sindacabile sotto il profilo dell'adozione della regola o del modo di formazione del giudizio tecnico. Il limite a siffatto sindacato risiede nel divieto di sostituzione del giudice all'Amministrazione. Nel modello teorico sopra delineato ciò significa che al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall'Amministrazione, che implicherebbe la neutralizzazione del potere di applicazione delle regole extragiuridiche attribuito dalla legge all'Amministrazione e, in definitiva, il sovvertimento dell'essenza (non meno che l'attività di ponderazione degli interessi) della funzione pubblica. La linea di confine è data dalla natura della regola extragiuridica: quando il tasso di relatività della stessa è tale da rendere il giudizio opinabile, il sindacato di attendibilità non può avere natura intrinseca, traducendosi altrimenti in una valutazione sulla condivisibilità della scelta dell'Amministrazione.

⁷⁴ La Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 162 del 2012, ha affermato che in base alla delega conferitagli, il legislatore delegato, nel momento in cui interveniva in modo innovativo sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, doveva tenere conto della "giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" nell'assicurare la concentrazione delle tutele, secondo quanto prescritto dalla legge di delega (art. 44, commi 1 e 2, della legge n. 69 del 2009). Attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con la competenza funzionale del TAR Lazio - sede di Roma, e con cognizione estesa al merito), il legislatore delegato non ha invece tenuto conto della giurisprudenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, formatasi specificamente sul punto. La Corte di cassazione ha, infatti, sempre precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere delle opposizioni (art. 196 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) avverso le sanzioni inflitte dalla CONSOB ai promotori finanziari, anche di tipo interdittivo, spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che anche tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Corte di cassazione, sezioni unite civili, 22 luglio 2004, n. 13703; nello stesso senso 11 febbraio 2003, n. 1992; 11 luglio 2001, n. 9383). Anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla CONSOB, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), comma 1, lettera l), del d.lgs. n. 104 del 2010, che prevede testualmente che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati (...) dalla Commissione nazionale per la società e la borsa" (Consiglio di Stato, sezione VI, 19 luglio 2011, n. 10287), vale a dire sulla base proprio delle disposizioni impugnate. Precedentemente all'intervento legislativo *de quo*, invece, lo stesso Consiglio di Stato aveva aderito all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla CONSOB (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; cfr. in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148). La citata giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni da parte della CONSOB sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa), impedisce di giustificare sul piano della legittimità costituzionale l'intervento del legislatore delegato, il quale, incidendo profondamente sul precedente assetto, ha trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, discostandosi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che invece avrebbe dovuto orientare l'intervento del legislatore delegato, secondo quanto prescritto dalla delega. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a simile attribuzione di giurisdizione, siano stati ecceduti i limiti della delega conferita, con conseguente violazione

comunque non mette in discussione – la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale esclude che l'irrogazione delle sanzioni (da parte della CONSOB in quel caso) sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l'attività intrapresa). Al contrario, come si desume anche dalla sentenza della Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162, la giurisdizione ordinaria sulle sanzioni inflitte dalla CONSOB deriva dal fatto che di fronte ad esse si rinvengono tradizionalmente situazioni di diritto soggettivo, in quanto le stesse sono applicate sulla base di criteri che non possono considerarsi espressione di discrezionalità amministrativa.

Tuttavia, non è alla discrezionalità che bisogna guardarsi per stabilire se vi sia o meno esercizio del potere pubblico da parte della p.a.: affinché un'attività amministrativa sia effettivamente imperativa deve sussistere una disposizione di legge che attribuisce al plesso amministrativo, in veste d'autorità istituzionale, la supremazia sull'interessato. In questi termini la sanzione appare senza dubbio espressione di potere amministrativo, tanto da imporsi unilateralmente al destinatario.

Già detta premessa è più che sufficiente a giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi in presenza di interessi legittimi, ma se si considera la portata degli effetti che possono verificarsi sulla sfera del destinatario è evidente che non si tratta di diritti soggettivi, bensì di interessi legittimi a che il potere sanzionatorio sia esercitato correttamente. A riprova di quanto appena esposto giova riportare l'abrogato (ma tuttora *expressis verbis* menzionato nell'art. 133, lett. l), c.p.a.) art. 326 (Procedura di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie) del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle assicurazioni private: "1. L'IVASS (ex-ISVAP)⁷⁵, ad eccezione dei casi di assoluta mancanza di pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, nel termine di centoventi giorni dall'accertamento dell'infrazione, ovvero nel termine di centottanta per i soggetti residenti all'estero, provvede alla contestazione degli addebiti nei confronti dei possibili responsabili della violazione. Limitatamente alle violazioni di cui agli articoli 148 e 149 e fermo quanto previsto ai commi 2 e 3, la procedura può essere sospesa dall'IVASS fino a novanta giorni qualora l'impresa dimostri che sono in corso accertamenti dovuti ad un fondato sospetto di frode. Alla scadenza del periodo di sospensione senza che l'impresa abbia proposto querela o denuncia, riprende a decorrere il termine di cui ai commi 2 e 3. La proposizione della querela o della denuncia sospende la procedura. La sentenza o il diverso provvedimento del giudice che decide il procedimento penale estingue la violazione. 2. Al di fuori dei casi previsti dall'articolo 328, comma 1, entro i successivi sessanta giorni le parti del procedimento possono provvedere al pagamento nella misura più favorevole fra la terza parte del massimo ed il doppio del minimo della pena edittale. Il pagamento estingue la violazione. 3. Quando le parti non effettuino il pagamento in misura ridotta o nei casi in cui tale facoltà non è prevista, possono proporre, nel termine di cui al comma 2, reclamo avverso la contestazione degli addebiti e chiedere l'audizione dinnanzi alla Commissione consultiva sui procedimenti sanzionatori. 4. La Commissione consultiva, nominata dal Ministro dello sviluppo economico (ex-delle attività produttive)⁷⁶, è composta da un magistrato, anche in pensione, con qualifica non inferiore a consigliere della Corte di Cassazione o qualifiche equivalenti ovvero da un docente universitario di ruolo, anche a riposo, che la presiede, e da un dirigente del Ministero dello sviluppo economico ed

dell'art. 76 Cost. Per le medesime ragioni sopra illustrate deve ritenersi affetto da illegittimità costituzionale anche l'intero articolo 4, comma 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui abroga le disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che attribuiscono alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla CONSOB, con la conseguenza che queste ultime disposizioni, illegittimamente abrogate, tornano ad avere applicazione.

⁷⁵ La parola "ISVAP" è stata sostituita dalla parola "IVASS", ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 213, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74.

⁷⁶ Nel presente provvedimento le parole "Ministro delle attività produttive" e "Ministero delle attività produttive" sono state sostituite dalle parole "Ministro dello sviluppo economico" e "Ministero dello sviluppo economico", ai sensi di quanto disposto dall' art. 1, comma 213, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74.

un dirigente dell'IVASS. Il mandato ha durata quadriennale ed è rinnovabile per una sola volta. È stabilita con regolamento del Ministro dello sviluppo economico, nel rispetto dei principi del giusto procedimento, la procedura dinanzi alla Commissione consultiva e il regime di incompatibilità dei componenti. La Commissione consultiva opera presso l'IVASS, che provvede alle spese per il suo funzionamento ed al compenso dei componenti. 5. A seguito dell'esercizio della facoltà di reclamo di cui al comma 3, la Commissione consultiva acquisisce le risultanze istruttorie, esamina gli scritti difensivi e dispone l'audizione, alla quale le parti possono partecipare anche con l'assistenza di avvocati ed esperti di fiducia. Se non ritiene provata la violazione, la Commissione consultiva può disporre l'archiviazione della contestazione o chiedere l'integrazione delle risultanze istruttorie. Se, invece, ritiene provata la violazione, trasmette al Ministro dello sviluppo economico la proposta motivata di determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria, avuto riguardo anche all'eventuale attenuazione o eliminazione delle conseguenze dannose ed all'adozione di misure idonee a prevenire la ripetizione della violazione. Si applicano, inoltre, gli articoli 8, 8-bis e 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689. 6. Il Ministero dello sviluppo economico, sulle risultanze della proposta della Commissione consultiva o ad istanza dell'IVASS in assenza di reclamo, decide la sanzione con decreto dirigenziale, che viene successivamente comunicato dall'IVASS alle parti del procedimento. 7. *Le controversie relative ai ricorsi avverso i decreti ministeriali che applicano la sanzione sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. I ricorsi medesimi, da proporsi al tribunale amministrativo regionale sono notificati anche all'IVASS, che provvede alla difesa in giudizio con propri legali.*⁷⁷ 8. I decreti ministeriali, che infliggono le sanzioni pecuniarie, e le sentenze dei giudici amministrativi che decidono i ricorsi sono pubblicati nel Bollettino dell'IVASS. Il Ministero dello sviluppo economico, su richiesta dell'IVASS, tenuto conto della violazione e degli interessi coinvolti, può stabilire modalità ulteriori per dare pubblicità al provvedimento, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione” (enfasi aggiunta).⁷⁸

⁷⁷ Comma così sostituito dall'art. 3, comma 18, dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 104/2010.

La cognizione sulle opposizioni ai provvedimenti sanzionatori dell'autorità di vigilanza sulle assicurazioni private – radicate successivamente all'entrata in vigore dell'art. 6, legge 5 marzo 2001, n. 57, come confermato dall'art. 326 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 – appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 29 novembre 2007, n. 24816, in *Danno e Resp.*, 2008, 3, 345). La sottrazione delle controversie all'autorità giudiziaria ordinaria si giustifica in quanto l'attribuzione della funzione sanzionatoria implica l'esercizio non solo di meri poteri d'accertamento ma anche di tipo discrezionale, talché il suo scorretto esercizio può ledere tanto diritti soggettivi quanto interessi legittimi tra loro distinti ma strettamente interdipendenti. L'art. 6 della legge n. 57/2001, che stabilisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di vigilanza sulle assicurazioni private, costituisce nuova e speciale regola istitutiva di una specifica ipotesi di giurisdizione esclusiva, in chiara deroga della legge n. 689/1981, senza che ciò leda i principi della tutela giurisdizionale dei diritti ed in particolare dei diritti soggettivi. L'accertamento delle violazioni e l'irrogazione delle sanzioni amministrative in materia di assicurazioni private è infatti attività amministrativa complessa, che fa parte della funzione di vigilanza propria dell'autorità di controllo di settore. Come tale, va sottoposta alla cognizione del giudice amministrativo la valutazione sulla legittimità di tale azione, mentre la tutela dei relativi diritti soggettivi è garantita dalla specifica competenza del giudice amministrativo in materia di lesione del diritto soggettivo per illegittimità dell'atto amministrativo, a seguito della riforma del relativo processo: cfr. A. Longo, *Le ragioni della giurisdizione esclusiva per le impugnazioni degli atti delle autorità di vigilanza nel settore delle assicurazioni private*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 7-8, pt. 1, 889-893.

⁷⁸ Articolo abrogato dall'art. 1, comma 59, del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68. Il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68, ha disposto (con l'art. 4, comma 3) che “Le modifiche apportate al Titolo XVIII del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dall'IVASS ai sensi dell'art. 331-bis del medesimo decreto legislativo. Alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dall'IVASS continuano ad applicarsi le norme del Titolo XVIII del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, vigenti prima della data di entrata in vigore del presente decreto”. Al suo posto sono di fatto subentrate ben tre disposizioni gemmate dall'abrogazione dell'art. 326 (che mantengono ferma la giurisdizione amministrativa):

- Art. 311-septies (Procedura di applicazione delle sanzioni amministrative alle imprese e agli esponenti aziendali o al personale): “1. L'IVASS, fermo restando quanto previsto dagli articoli 310-quater, 311-bis e 311-

quater, nel termine di centoventi giorni dall'accertamento dell'infrazione, ovvero nel termine di centottanta giorni per i soggetti residenti all'estero, provvede alla contestazione degli addebiti nei confronti dei possibili responsabili della violazione. 2. Entro il termine di sessanta giorni dalla notifica della contestazione di cui al comma 1, il destinatario può presentare all'IVASS deduzioni difensive e istanza di audizione, cui può partecipare anche con l'assistenza di un avvocato. 3. L'IVASS, tenuto conto degli elementi istruttori acquisiti agli atti, applica le sanzioni o dispone l'archiviazione del procedimento con provvedimento motivato. 4. Il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. 5. *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.* I ricorsi sono notificati all'IVASS che provvede alla difesa in giudizio con propri legali. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento.”;

- Art. 324-*octies* (Procedura di applicazione delle sanzioni amministrative nei confronti degli intermediari e degli esponenti aziendali o del personale della società di intermediazione assicurativa o riassicurativa): “1. L'IVASS, fermo restando quanto previsto dagli articoli 324-*ter* e 324-*quinquies*, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni amministrative di cui all'articolo 324, nel termine di centoventi giorni dall'accertamento dell'infrazione, ovvero nel termine di centottanta giorni per i soggetti residenti all'estero, provvede alla contestazione degli addebiti nei confronti dei soggetti iscritti nel registro degli intermediari, i collaboratori e gli altri soggetti ausiliari dell'intermediario di assicurazione o di riassicurazione, possibili responsabili della violazione e trasmette i relativi atti al Collegio di garanzia. 2. I destinatari di cui al comma 1 possono presentare, nel termine di sessanta giorni dalla notifica della contestazione, deduzioni difensive e chiedere l'audizione dinnanzi al Collegio di garanzia, cui possono partecipare con l'assistenza di un avvocato. 3. Il Collegio di garanzia è istituito presso l'IVASS ed è composto da un magistrato con qualifica non inferiore a consigliere della Corte di cassazione o equiparato, anche a riposo, con funzioni di presidente ovvero da un docente universitario di ruolo, e da due componenti esperti in materia assicurativa, di cui uno designato sentite le associazioni maggiormente rappresentative. Il mandato ha durata quadriennale ed è rinnovabile una sola volta. Il Collegio di garanzia può essere costituito in più sezioni, con corrispondente incremento del numero dei suoi componenti, qualora l'IVASS lo ritenga necessario per garantire condizioni di efficienza e tempestività nella definizione dei procedimenti sanzionatori. L'IVASS nomina il Collegio di garanzia, stabilisce le norme sulla procedura dinnanzi al Collegio nel rispetto dei principi del giusto procedimento e determina il regime delle incompatibilità ed il compenso dei componenti, che è posto a carico dell'Istituto. 4. A seguito dell'esercizio delle facoltà difensive di cui al comma 2 ovvero decorso inutilmente il relativo termine, il Collegio di garanzia acquisisce le risultanze istruttorie, esamina gli scritti difensivi e dispone l'audizione, alla quale le parti possono partecipare anche con l'assistenza di avvocati ed esperti di fiducia. Se non ritiene provata la violazione, il Collegio di garanzia può proporre l'archiviazione della contestazione o chiedere all'IVASS di disporre l'integrazione delle risultanze istruttorie. Se, invece, ritiene provata la violazione, trasmette per competenza all'IVASS la proposta motivata di determinazione della sanzione. 5. L'IVASS, ricevuta la proposta formulata dal Collegio di garanzia, decide la sanzione con provvedimento motivato, che viene successivamente comunicato alle parti del procedimento. 6. Il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. 7. *Le controversie relative ai ricorsi avverso i provvedimenti che applicano la sanzione sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.* L'IVASS provvede alla difesa in giudizio con propri legali. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento. 8. La procedura di cui al presente articolo si applica anche nel caso di violazioni commesse da esponenti aziendali o dal personale delle società di intermediazione assicurativa o riassicurativa.”;

- Art. 331 (Procedura di applicazione delle sanzioni disciplinari nei confronti dei periti): “1. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari di cui all'articolo 329, la CONSAP, nel termine di centoventi giorni dall'accertamento dell'infrazione, ovvero nel termine di centottanta per i soggetti residenti all'estero, provvede alla contestazione degli addebiti nei confronti dei periti di assicurazione, eventuali responsabili della violazione. 2. I destinatari di cui al comma 1 possono presentare, nel termine di sessanta giorni, scritti difensivi avverso la contestazione degli addebiti e chiedere l'audizione dinnanzi al Collegio di garanzia di cui all'articolo 324-*octies*, cui può partecipare con l'assistenza di un avvocato. 3. A seguito dell'esercizio delle facoltà difensive di cui al comma 2 ovvero decorso inutilmente il relativo termine, il Collegio di garanzia acquisisce le risultanze istruttorie, esamina gli scritti difensivi e dispone l'audizione, alla quale le parti possono partecipare anche con l'assistenza di avvocati ed esperti di fiducia. Se non ritiene provata la violazione, il Collegio di garanzia può proporre l'archiviazione della contestazione o chiedere alla CONSAP di disporre l'integrazione delle risultanze istruttorie. Se, invece, ritiene provata la violazione, trasmette per competenza alla CONSAP la proposta motivata di determinazione della sanzione. 4. La CONSAP, ricevuta la proposta formulata dal Collegio di garanzia, decide la sanzione con provvedimento motivato, che viene successivamente comunicato alle parti del procedimento. 5. *Le controversie relative ai ricorsi avverso i provvedimenti che applicano la sanzione sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.* La CONSAP provvede alla difesa in giudizio

A dispetto dell'uso del termine "parti" (che potrebbe anche indurre a pensare ad attività paritetica), dal tenore della norma emerge chiaramente il contesto istituzionale entro cui la p.a. agisce *iure imperii*, tant'è che è prevista la giurisdizione amministrativa esclusiva. Ora, non è chi non veda la sostanziale analogia fra tale situazione e quelle dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale, con le citate sentenze n. 94 del 2014 (per le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia) e n. 162 del 2012 (CONSOB). L'unica differenza consiste nei soggetti coinvolti (IVASS (ex-ISVAP) e Ministero da un lato, Banca d'Italia e CONSOB dall'altro), ma non può fondare un diverso trattamento dal momento che si tratta in ogni caso di autorità amministrative.

L'alternativa non è fra attività discrezionale e vincolata, ma fra attività imperativa o negoziale.

Sintomo della presenza di un provvedimento amministrativo è la procedimentalizzazione dell'attività, che non è libera ma regolata dalla legge (viene richiamata la legge 24 novembre 1981, n. 689).

La schizofrenia del legislatore si accompagna a quella della giurisprudenza della Cassazione, che talvolta adopera il criterio della discrezionalità (come nella fattispecie) e talaltra quello dell'atto (Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236). Con riferimento all'art. 6 della legge n. 57 del 2001, come confermato dall'art. 326 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, il quale prevede la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie concernenti i provvedimenti con cui il Ministro irroga le sanzioni pecuniarie e disciplinari previsti dalle norme che disciplinano l'esercizio delle assicurazioni private, alla luce della giurisprudenza del giudice delle leggi, Cass. civ. Sez. Unite, Sent. 29 novembre 2007, n. 24816, ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione per l'intervenuta modifica della giurisdizione in materia di vigilanza sulle assicurazioni, a seguito della sentenza di incostituzionalità parziale dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, stante l'inscindibile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi in una materia delimitata e particolare come quella suddetta, la piena terzietà del giudice amministrativo e la pienezza dei poteri ad esso riconosciuti a tutela delle situazioni giuridiche lese, senza che, inoltre, possa configurarsi un procedimento amministrativo – quale quello che si snoda con modalità bifasica attraverso l'attribuzione dell'istruttoria all'IVASS (ex-ISVAP) e della valutazione definitiva ai fini dell'irrogazione della sanzione all'autorità ministeriale – che, sulla base della pretesa minore garanzia assicurata, renda necessaria l'attribuzione delle controversie al giudice ordinario sul modello di discipline di materie solo in parte simili (tra le altre, quella bancaria).

In definitiva, nonostante tutte le aporie sopra illustrate, la "sanzione amministrativa" (*nomen omen*) è un provvedimento amministrativo. E non si vedono ragioni per attribuirne la cognizione al giudice ordinario, sottraendola a quello amministrativo, come peraltro dimostrato dalla riforma del c.p.a. censurata dalla Consulta solo per vizi formali relativi alla pregressa giurisprudenza, non anche per la bontà ermeneutica di tale giurisprudenza (smentita dall'art. 326 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, e relativa esegesi).⁷⁹

con propri legali. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento. 6. I provvedimenti che infliggono la sanzione disciplinare della radiazione, le sentenze dei giudici amministrativi che decidono i ricorsi e i decreti che decidono i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica sono pubblicati da CONSAP nel suo sito internet."

Come anticipato, tutte e tre le nuove disposizioni confermano la natura provvedimento delle sanzioni amministrative e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁷⁹ Sulla procedura di applicazione delle sanzioni vedi, anche, gli artt. 24 e 26, L. 28 dicembre 2005, n. 262. All'art. 24 (Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali) è previsto che ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'IVASS (ex-ISVAP) e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie

Prima di concludere il discorso, conviene soffermarsi per un attimo su un tema che si interseca con quello della responsabilità degli organi sociali.

Di recente, Cassazione civile, Sez. II, 18 Settembre 2020, n. 19556, ha confermato il principio che in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, l'obbligo imposto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. agli amministratori delle società per azioni di "agire in modo informato", pur quando non siano titolari di deleghe, si declina, da un lato, nel dovere di attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o eliminare ovvero attenuare le situazioni di criticità aziendale di cui siano, o debbano essere, a conoscenza, dall'altro, in quello di informarsi, affinché tanto la scelta di agire quanto quella di non agire risultino fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che gli stessi possano procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Tali obblighi si connotano in termini particolarmente incisivi per gli amministratori di società che esercitano l'attività bancaria, prospettandosi, in tali ipotesi, non solo una responsabilità

rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Gli atti delle Autorità devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Le Autorità disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi. Alle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, dalla CONSOB, dall'IVASS, dalla COVIP e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato non si applicano le disposizioni sul pagamento in misura ridotta contenute nell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni, salvo che per le sanzioni indicate dall'articolo 193, comma 2, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, per la violazione delle disposizioni previste dall'articolo 120, commi 2, 3 e 4, del medesimo testo unico. Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave. Sono stati abrogati dall'art. 4, comma 1, n. 35), dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 104/2010, il comma 5 ("Avverso gli atti adottati dalle Autorità di cui al comma 4 può essere proposto ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo regionale del Lazio. I termini processuali sono ridotti della metà, con esclusione di quelli previsti per la presentazione del ricorso. Non possono essere nominati consulenti tecnici d'ufficio i dipendenti dell'Autorità sul cui atto verte il ricorso, anche se cessati dal servizio. Restano ferme le disposizioni previste per l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori dall'articolo 145, commi 4 e seguenti, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dagli articoli 187-septies, commi 4 e seguenti, e 195, commi 4 e seguenti, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dall'articolo 6 della legge 5 marzo 2001, n. 57, dagli articoli 12, quinto comma, e 19, settimo comma, della legge 7 febbraio 1979, n. 48, dall'articolo 10, sesto comma, della legge 28 novembre 1984, n. 792, dall'articolo 11, comma 5, della legge 17 febbraio 1992, n. 166, e dall'articolo 18-bis, comma 5-bis, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124) e il comma 6 ("L'appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza o le ordinanze emesse in primo grado non sospende l'esecuzione delle stesse né l'efficacia dei provvedimenti impugnati") che prevedevano la giurisdizione amministrativa per effetto dell'entrata in vigore del codice processuale amministrativo (v. art. 133, lett. l), c.p.a. *supra*).

Ai sensi dell'art. 26 (Trasferimento di funzioni ministeriali e poteri sanzionatori) all'articolo 145 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. Per le violazioni previste nel presente titolo cui è applicabile una sanzione amministrativa, la Banca d'Italia o l'UIC, nell'ambito delle rispettive competenze, contestati gli addebiti alle persone e alla banca, alla società o all'ente interessati e valutate le deduzioni presentate entro trenta giorni, tenuto conto del complesso delle informazioni raccolte applicano le sanzioni con provvedimento motivato"; b) il comma 2 è abrogato; c) i commi 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti: "3. Il provvedimento di applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 144, commi 3 e 4, è pubblicato, per estratto, entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione, a cura e spese della banca, della società o dell'ente al quale appartengono i responsabili delle violazioni, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico. Il provvedimento di applicazione delle altre sanzioni previste dal presente titolo è pubblicato per estratto sul bollettino previsto dall'articolo 8. 4. Contro il provvedimento che applica la sanzione è ammessa opposizione alla Corte di appello di Roma. L'opposizione deve essere notificata all'autorità che ha emesso il provvedimento nel termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento impugnato e deve essere depositata presso la cancelleria della Corte di appello entro trenta giorni dalla notifica".

di natura contrattuale nei confronti dei soci della società, ma anche quella, di natura “pubblicistica”, nei confronti dell’Autorità di vigilanza.⁸⁰

Ciò dimostra inequivocabilmente che, in realtà, era assolutamente corretta la previsione dell’art. 133, lett. l), c.p.a., dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 94 del 15 aprile 2014, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d’Italia.

Il fondamento pubblicistico sia della vigilanza e controllo dell’Autorità, sia del generale dovere di agire informati nella gestione della società impone la giurisdizione del giudice amministrativo, anziché quella del giudice ordinario, sulle sanzioni previste dall’art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993 (perfino per i consiglieri di amministrazione cd. non operativi delle banche).⁸¹

Trattasi infatti di “sanzioni amministrative”, come detto.⁸²

⁸⁰ Cfr. *Amministratori di banche: l’obbligo di agire informati è fonte di responsabilità contrattuale ma anche pubblicistica nei confronti dell’Autorità di vigilanza*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24845 - pubb. 10/02/2021.

⁸¹ Tanto che nel caso di specie con il quinto motivo di ricorso, riferito all’art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c., si denunciava la violazione degli artt. 24, co. 1-3, della l. n. 262/2005 e 3 e 10 *bis* della l. n. 241/1990, ai sensi dell’art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., con riguardo alla dedotta inosservanza dell’obbligo di contestazione specifica, dell’obbligo di motivazione e della lesione del diritto al contraddittorio procedimentale, con riferimento all’addebito di responsabilità riferito agli artt. 2381, co. 3, e 2392 c.c. In buona sostanza, il ricorrente lamentava la violazione, da parte della Banca d’Italia, delle garanzie del contraddittorio procedimentale.

⁸² Cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, Sentenza nella causa C-481/19 - *DB/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, 2 febbraio 2021 (ECLI:EU:C:2021:84). Una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per abuso di informazioni privilegiate ha il diritto di mantenere il silenzio se le sue risposte possono far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Tuttavia, il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti, come in caso di rifiuto di presentarsi ad un’audizione o in caso di ricorso a manovre dilatorie. La Consob ha inflitto a DB sanzioni per un ammontare complessivo di EUR 300 000, per un illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e ha altresì inflitto al predetto una sanzione di EUR 50 000 per omessa collaborazione. Infatti, DB, dopo aver chiesto, a più riprese, il rinvio della data dell’audizione alla quale era stato convocato nella sua qualità di persona informata dei fatti, aveva rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte allorché si era presentato a tale audizione. A seguito del rigetto della sua opposizione contro tali sanzioni, DB ha proposto un ricorso dinanzi alla Corte suprema di cassazione. Il 16 febbraio 2018, tale giudice ha sottoposto alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale vertente sulla disposizione del diritto italiano (art. 187 *quinquiesdecies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) in base alla quale è stata inflitta la sanzione per omessa collaborazione. Tale disposizione sanziona la mancata tempestiva ottemperanza alle richieste della Consob o il fatto di ritardare l’esercizio delle funzioni di vigilanza di tale organismo, anche per quanto riguarda la persona alla quale la Consob addebita un abuso di informazioni privilegiate. Con l’ordinanza 117 del 2019 (si veda il comunicato stampa del 10 maggio 2019), la Corte costituzionale aveva preso atto che è lo stesso diritto comunitario a stabilire, a carico degli Stati, l’obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Pertanto, aveva chiesto alla Corte di giustizia dell’Unione europea se, ai sensi del diritto comunitario, quest’obbligo valga anche nei confronti di chi è già sospettato di aver commesso un illecito; e se, in questi casi, un simile obbligo sia compatibile con il “diritto al silenzio” riconosciuto dalla Costituzione italiana, dal diritto internazionale e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. A tali quesiti la Corte di giustizia ha risposto con la succitata sentenza dello scorso 2 febbraio. Il diritto fondamentale al silenzio vale anche rispetto ai poteri d’indagine della Banca d’Italia e della Consob, quando dalle risposte alle domande possa emergere la propria responsabilità. È quanto ha stabilito la Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 30 aprile 2021, con la quale è stato dichiarato incostituzionale l’articolo 187-*quinquiesdecies* del testo unico sulla finanza, “nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d’Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato”: cfr. *Il “diritto al silenzio” vale anche nei confronti della Banca d’Italia e della Consob*, in *IlCaso.it*, 3 maggio 2021, e S. Marani, *Diritto al silenzio riconosciuto anche nei confronti di Bankitalia e Consob* - Non è punibile la

La sanzione “amministrativa” è un classico esempio di provvedimento amministrativo, specialmente per il suo carattere afflittivo (che la avvicina al diritto penale), ma non sempre la giurisdizione corrisponde al predetto assunto.⁸³ E ciò avviene sul presupposto (erroneo) che l’irrogazione delle sanzioni sia espressione di mera discrezionalità amministrativa, unitamente alla considerazione che tali sanzioni possono essere sia di natura pecuniaria, sia di tenore interdittivo (giungendo persino ad incidere sulla possibilità che il soggetto sanzionato continui ad esercitare l’attività intrapresa). Tuttavia, come ricordato, non è alla discrezionalità che bisogna guardarsi per stabilire se vi sia o meno esercizio del potere pubblico da parte della p.a.: affinché un’attività amministrativa sia effettivamente imperativa deve sussistere una disposizione di legge che attribuisce al plesso amministrativo la supremazia sull’interessato in veste d’autorità istituzionale (tant’è che la p.a. ne risponde).⁸⁴ In questi termini la sanzione appare senza dubbio espressione di potere amministrativo, tanto da imporsi unilateralmente al destinatario.

Già detta premessa è più che sufficiente a giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi in presenza di interessi legittimi, ma se si considera la portata degli effetti che possono verificarsi sulla sfera del destinatario è evidente che non si tratta di diritti soggettivi, bensì di interessi legittimi a che il potere sanzionatorio sia esercitato correttamente.

In definitiva, non si tratterebbe di “controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” (ovverosia l’eccezione alla giurisdizione amministrativa esclusiva sulle concessioni, che si è già esaminata in precedenza), ma all’atto pratico spesso si cade in tale fraintendimento.

Non è esente da critiche il diritto positivo, che provoca simili equivoci.

Basti pensare alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

L’art. 18 (Ordinanza-ingiunzione) prevede che entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire all’autorità (competente a ricevere il rapporto a norma dell’art. 17) scritti difensivi e documenti, e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità. L’autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l’accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all’autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente, altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all’organo che ha redatto il rapporto. Con l’ordinanza-ingiunzione deve essere disposta la restituzione, previo pagamento delle spese di custodia, delle cose sequestrate, che non siano confiscate con lo stesso provvedimento. La restituzione delle cose sequestrate è altresì disposta con l’ordinanza di archiviazione, quando non ne sia obbligatoria la confisca. Il pagamento è effettuato all’Ufficio del registro o al diverso ufficio indicato nell’ordinanza-ingiunzione, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione di detto provvedimento, eseguita nelle forme previste dall’art. 14; del pagamento è data comunicazione, entro il trentesimo giorno, a cura dell’ufficio che lo ha ricevuto, all’autorità che ha emesso l’ordinanza. Il termine per il pagamento è di sessanta giorni se l’interessato risiede all’estero. La notificazione dell’ordinanza-ingiunzione può essere eseguita dall’ufficio che adotta l’atto, secondo le modalità di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890 (comma inserito dall’articolo 10, comma 6, della legge n. 265 del 1999). L’ordinanza-

persona fisica che rifiuta di rispondere a domande dalle quali può emergere la propria responsabilità (Corte cost., sentenza n. 84/2021), pubblicato in *Altalex* il 06/05/2021.

⁸³ Ad esempio, per Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 1528 del 27 gennaio 2014, in materia di edilizia, le controversie aventi ad oggetto l’irrogazione di sanzioni sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, posto che la relativa opposizione non genera una controversia nascente da atti e provvedimenti della p.a. relativi alla gestione del territorio, bensì l’esercizio di una posizione giuridica avente consistenza di diritto soggettivo da parte di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge.

⁸⁴ Cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 4683 del 21 febbraio 2020, con riferimento al danno derivante da omessa vigilanza della p.a. sulla attività, rivelatasi gravemente irregolare, dell’intermediario finanziario autorizzato.

ingiunzione costituisce titolo esecutivo. Tuttavia, l'ordinanza che dispone la confisca diventa esecutiva dopo il decorso del termine per proporre opposizione, o, nel caso in cui l'opposizione è proposta, con il passaggio in giudicato della sentenza con la quale si rigetta l'opposizione, o quando l'ordinanza con la quale viene dichiarata inammissibile l'opposizione o convalidato il provvedimento opposto diviene inoppugnabile o è dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso la stessa.

A sua volta l'art. 22 (Opposizione all'ordinanza-ingiunzione) stabilisce in maniera ambigua che *“Salvo quanto previsto dall'articolo 133 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e da altre disposizioni di legge, contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento e contro l'ordinanza che dispone la sola confisca gli interessati possono proporre opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. L'opposizione è regolata dall'articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150”* (corsivi aggiunti).

Per un verso si afferma la giurisdizione ordinaria, per l'altro vi sarebbe quella amministrativa.

Ora, è evidente che qualcosa non quadra: non può essere ammesso il diverso trattamento di situazioni analoghe, pena la violazione dell'art. 3 Cost. (su tutti). E non può essere rimesso a *“disposizioni di legge”* confuse e contraddittorie (si pensi proprio al caso dell'art. 133, lett. l), c.p.a., dichiarato costituzionalmente illegittimo a dispetto della sua piena correttezza giuridica) il riparto della giurisdizione. Occorre approntare urgentemente un'opera di riordino della materia in ossequio alla certezza del diritto.

L'errore di fondo è pensare che il procedimento amministrativo si concluda con l'atto di accertamento (del quale si nega però l'impugnabilità per mancanza di lesività, salvo che per le infrazioni stradali)⁸⁵,

⁸⁵ Per Tribunale di Milano, Sez. I, Sent., 3 luglio 2012, è inammissibile l'opposizione proposta ex L. n. 689 del 1981 per l'annullamento dei verbali di contestazione dell'illecito se non è stata emessa la necessaria ordinanza-ingiunzione relativa alla sanzione pecuniaria conseguente all'abusiva occupazione del suolo pubblico. Una s.r.l. chiedeva di dichiarare nulla e/o di annullare la richiesta di pagamento emessa dal Comune e relativa al COSAP per l'occupazione abusiva di suolo pubblico accertata dalla Polizia Locale, nonché di annullare i verbali di contestazione dell'illecito amministrativo. L'ente territoriale convenuto ha chiesto la condanna della società attrice a pagare a titolo di COSAP la somma suddetta ed ha eccepito l'inammissibilità dell'opposizione proposta avverso i verbali di contestazione dell'illecito, oltre all'incompetenza del giudice adito. Il Tribunale ha dichiarato inammissibile la pretesa dell'attore volta ad ottenere l'annullamento dei verbali di contestazione dell'illecito amministrativo redatti dalla Polizia Locale e non seguiti dall'ordinanza-ingiunzione: *“Come noto, “in tema di opposizione a sanzioni amministrative, il verbale di accertamento della violazione è impugnabile in sede giudiziale unicamente se concerne l'inosservanza di norme sulla circolazione stradale, essendo in questo caso soltanto idoneo ad acquisire il valore e l'efficacia di titolo esecutivo per la riscossione della pena pecuniaria nell'importo direttamente stabilito dalla legge; quando, invece, riguarda il mancato rispetto di norme relative ad altre materie, il verbale non incide “ex se” sulla situazione giuridica soggettiva del presunto contravventore, essendo esclusivamente destinato a contestargli il fatto e a segnalargli la facoltà del pagamento in misura ridotta, in mancanza del quale l'autorità competente valuterà se vada irrogata una sanzione e ne determinerà l'entità, mediante un ulteriore atto, l'ordinanza di ingiunzione, che potrà formare oggetto di opposizione ai sensi dell'art. 22 della L. n. 689 del 1981”* (Cass. Sez. Un. 4/1/2007 n. 16). Secondo l'insegnamento anche recente della Suprema Corte, *“il verbale di accertamento di violazioni punite con sanzioni amministrative non è impugnabile ex se, con la sola eccezione delle violazioni al codice della strada; ne consegue che al di fuori della suddetta materia l'opposizione proposta non già avverso l'ordinanza ingiunzione che irroga la sanzione amministrativa, ma avverso il verbale di accertamento è inammissibile, e tale vizio può essere rilevato anche d'ufficio e sinanche nel corso del giudizio di legittimità”* (Cass. 30/8/2007 n. 18320); *“(…) pertanto, poiché nel sistema delineato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, è soltanto l'ordinanza-ingiunzione ad avere efficacia esecutiva, nei confronti del suddetto verbale di contestazione non è proponibile l'opposizione di cui all'art. 22 della legge medesima, neppure qualora nello stesso sia erroneamente inserito l'avviso che, in caso di mancato pagamento, il verbale costituirà titolo esecutivo per la riscossione coatta”* (Cass. 10/5/2010 n. 11281). Facendo applicazione dei richiamati principi di diritto al caso di specie ed essendo pacifico che non è stata emessa l'ordinanza-ingiunzione relativa alla sanzione pecuniaria conseguente all'abusiva occupazione del suolo pubblico contestata alla società attrice, malamente tale parte ha ritenuto di proporre opposizione invocando la L. n. 689 del 1981 per l'annullamento dei verbali di contestazione dell'illecito senza che sia mai stata emessa la necessaria ordinanza-ingiunzione (questa sì opponibile ex art. 22 L. n. 689 del 1981). Venendo all'esame della domanda dell'attore in cui chiede

esaurendo l'attività discrezionale imperativa della p.a., e che di conseguenza l'ordinanza-ingiunzione costituisca attività vincolata, un mero ordine di pagamento.⁸⁶

(atecnicamente) di dichiarare nulla o di annullare la richiesta di pagamento del COSAP emessa dal Comune di Milano il 19/3/2009, essa va qualificata come domanda di accertamento negativo del credito preteso dall'ente territoriale ed oggetto di domanda riconvenzionale”.

Per il solo fatto che nel sistema delineato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, è soltanto l'ordinanza-ingiunzione ad avere efficacia esecutiva, il Tribunale ha ritenuto che nei confronti del suddetto verbale di contestazione non è proponibile l'opposizione di cui all'art. 22 della legge medesima, ma detta decisione non appare corretta. Il Tribunale, una volta constatata la mancata emissione dell'ordinanza-ingiunzione, avrebbe dovuto dichiarare non l'inammissibilità dell'azione, ma il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo. Non avendolo fatto, alla parte attrice è stato definitivamente precluso l'accesso alla tutela giurisdizionale sui verbali di accertamento, i quali altro non sono che provvedimenti amministrativi a dispetto di quanto statuito da TAR Lazio, Roma, Sez. Seconda *Ter*, 17 marzo 2017, n. 3634, in un caso analogo (impugnazione di determinazione dirigenziale con cui è stato ordinato alla società la rimozione dell'occupazione abusiva del suolo pubblico, nonché la chiusura dell'esercizio fino al completo ripristino dello stato dei luoghi). Per quanto attiene al terzo motivo di ricorso (nullità del verbale di accertamento della violazione: vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria, insussistenza ed erroneità dei presupposti, contraddittorietà), con il quale vengono impugnati i verbali della polizia locale, per il TAR “deve affermarsi l'inammissibilità delle doglianze in quanto aventi ad oggetto meri atti infraprocedimentali rispetto alla adozione della impugnata determina recante l'ordine di rimozione della occupazione abusiva e il ripristino. Inoltre, occorre comunque rilevare che l'impugnazione dei verbali di accertamento di violazione del Codice della strada, qualora intesi come atti di contenzione della sanzione amministrativa pecuniaria, è estranea all'ambito di giurisdizione di questo giudice, trattandosi di violazioni di norme del Codice della strada, disciplinate con la legge n. 689 del 1981, secondo il regime delle opposizioni, e la loro cognizione è affidata, pertanto, alla giurisdizione del giudice ordinario (giudice di pace)... Conseguentemente, la controversia circa la sussistenza di diritti di uso pubblico su una strada privata, quando consista nell'oggetto principale del giudizio, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, posto che essa investe l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione di diritti soggettivi, dei privati ovvero del Comune medesimo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 17 marzo 2010, n. 6406); né diversamente accade per l'accertamento dei presupposti dell'anzidetto istituto della *dicatio ad patriam*, parimenti rientrante nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario (cfr. sul punto Cass. civ., SS.UU., 18 marzo 1999, n. 158). Il giudice amministrativo, invece, ai sensi dell'art. 8 del Cod. proc. amm., può e deve risolvere la questione del carattere pubblico ovvero privato di una strada, nonché – come nella fattispecie – la sussistenza di una servitù di uso pubblico sulla strada privata – eventualmente costituita anche mediante *dicatio ad patriam* – allorché sia richiesto di risolverla non già come questione principale, sulla quale pronunciarsi con efficacia di giudicato, ma come questione preliminare ad altra, ovvero alla questione, dedotta in via principale – e all'evidenza rientrante nella sua giurisdizione – concernente la legittimità di un provvedimento del tipo di quello qui impugnato (così, ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2006 n. 5209)”.

⁸⁶ Analogamente in materia tributaria, questo criterio si specifica nell'attribuire alle Commissioni Tributarie le controversie su atti che siano espressione di potestà impositiva, laddove gli atti della riscossione (che presuppongono il “consolidamento” dei provvedimenti impositivi) fuoriescono dai confini esterni della giurisdizione speciale. La Corte costituzionale, nella pronuncia n. 114 del 2018, ha ritenuto che l'art. 2, d.lgs. n. 546 del 1992 ha fissato la linea di confine tra le giurisdizioni nella cartella e nell'eventuale successivo avviso di mora, nel senso che “fino a questo limite la cognizione degli atti dell'amministrazione, espressione del potere di imposizione fiscale, è devoluta alla giurisdizione del giudice tributario; a valle, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e segnatamente al giudice dell'esecuzione”. Ad avviso di Cass. S.U. 24 dicembre 2019, n. 34447, successivamente a tale arresto, “la giurisdizione del giudice ordinario sussiste (...) in tutte le controversie che si collocano ‘a valle della notifica della cartella di pagamento’, dove non v'è spazio per la giurisdizione del giudice tributario ex art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992 e l'azione esercitata dal contribuente assoggettato alla riscossione, che non riguardi la mera regolarità formale del titolo esecutivo o di atti della procedura, ‘deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva’ (sentenza n. 114 del 2018). È questo il modo per colmare la carenza di tutela giurisdizionale che è all'origine della incostituzionalità dell'art. 57 (...), che si spiega in ragione del fatto che non ‘era’ ammessa siffatta opposizione innanzi al giudice dell'esecuzione, pur non essendo ammissibile il ricorso al giudice tributario, in quanto privo di giurisdizione”. Le S.U. aggiungono che, “se è vero che la cartella è configurabile come atto di riscossione e non di esecuzione forzata (...) e che la giurisdizione tributaria si arresta solo di fronte agli atti di esecuzione forzata tra i quali non rientrano né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora (...), è anche vero che per espressa disposizione normativa (art. 2, d.lgs. n. 546 del 1992) la notifica della cartella è un dato rilevante ai fini della giurisdizione, determinando il sorgere della giurisdizione del giudice ordinario, l'unico competente a giudicare dei fatti, successivamente intervenuti, estintivi e

Addirittura, gli atti di accertamento vengono considerati “endo-procedimentali” e quindi non lesivi. Ma non è così. Basti pensare che, in assenza di impugnazione (o nel caso di sua inammissibilità), essi divengono definitivi e allora sì che la successiva ordinanza-ingiunzione ha oggetto vincolato nella misura in cui i suoi presupposti non sono stati contestati né contestabili. Tanto più che, nel caso della legge n. 689 del 1981, la cognizione sull’opposizione spetta al giudice ordinario, che – notoriamente – non è dotato delle dovute conoscenze del diritto amministrativo, essendo questo al di fuori del suo consueto sindacato giurisdizionale.

Viene perciò da chiedersi se un tale assetto sia corretto. Le sanzioni amministrative non sono “indennità, canoni ed altri corrispettivi” che fanno seguito ad un accordo fra le parti (ciò che potrebbe forse ammettersi nell’evenienza di un patteggiamento, ipotesi non prevista dall’ordinamento attuale che consente solo l’oblazione, *rectius*: “Pagamento in misura ridotta” ex art. 16 l. n. 689 del 1981), ma misure afflittive imposte unilateralmente ai destinatari.

Invero, la portata afflittiva delle sanzioni induce ad alcune riflessioni.

Il principio dell’applicazione della disciplina più favorevole, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2019 (v. Cass. civ., Sez. II, 12 maggio 2020, n. 8782), impone una diversa valutazione in ordine alla eventuale sanzione da applicare. Con la sentenza del 21 marzo 2019, n. 63, la Corte costituzionale – come è noto – ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 6, co. 2, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, in riferimento agli artt. 3 e 117, co. 1, Cost. (quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU), nella parte in cui escludeva l’applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal terzo comma dello stesso articolo 6 alle sanzioni previste per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate. La sentenza ha da subito assunto una portata dirompente, in quanto la Corte costituzionale, per la prima volta, ha ritenuto applicabile il principio di retroattività della disposizione più favorevole anche alle sanzioni amministrative. Segnatamente, la Consulta ha ravvisato l’irragionevolezza dell’opzione compiuta dal legislatore di prevedere una generalizzata irretroattività rispetto a qualsivoglia violazione, quand’anche la nuova normativa fosse risultata più favorevole per l’autore della condotta accertata come illecita.⁸⁷

La Consulta ha, dunque, sancito l’applicabilità del principio del *favor rei*, di matrice penalistica, anche alle sanzioni amministrative di natura “punitiva”, determinando così un significativo cambio di rotta rispetto alla ricostruzione tradizionale del sistema delle garanzie, di cui godono le sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Viepiù che il principio di retroattività favorevole trova il suo fondamento, oltre che sul piano interno, anche su quello internazionale ed europeo. Invero, applicando il criterio del cd. *maximum standard* ed operando con metodo comparatistico, la Corte EDU, con la sentenza del 17 settembre 2009 (Ricorso n.10249/03 - Scoppola c. Italia), ha ritenuto imprescindibile includere, tra i principi enucleati dall’art. 7 CEDU, anche quello della retroattività *in*

modificativi del credito tributario cristallizzato nella cartella”: cfr. A. Auletta, *Il riparto di giurisdizione nelle opposizioni esecutive: una rassegna - Questioni risolte ed irrisolte alla luce dell’analisi della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *ineXecutivis* - Rivista Telematica dell’Esecuzione Forzata, pubblicato in *ILCaso.it* il 26/02/2021. V. anche Cassazione civile, Sez. VI, 20 maggio 2021, n. 13767: cfr. *L’eccezione di prescrizione del credito tributario sollevata dal curatore è di competenza del giudice ordinario*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25746 - pubb. 29/07/2021. L’eccezione di prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, sollevata dal curatore in sede di ammissione al passivo fallimentare, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario e non già di quello tributario, segnando la notifica della cartella il consolidamento della pretesa fiscale e l’esaurimento del potere impositivo.

⁸⁷ Cfr. M. Di Martino, *Il principio del tempus regit actum in relazione alle sanzioni amministrative (Corte costituzionale n. 63/2019)*, in *ILCaso.it*, 18 maggio 2020. V. anche E. Bindi, A. Pisaneschi, *La retroattività “in mitius” delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU [Europea dei Diritti dell’Uomo], Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019, 22, 28; F. Prenestini, *Sull’applicazione del principio di retroattività della “lex mitior” alle sanzioni amministrative in materia di abusi di mercato: l’attesa pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Rivista delle società*, 2019, 4, 919-923.

mitius.⁸⁸ E il tutto al fine di conformare il livello di tutela garantito da tale norma rispetto a quello riconosciuto da omologhe disposizioni di carattere sovranazionale, da cui si evince che tale principio costituisce un “principio fondamentale del diritto penale”, che, come tale, deve essere riconosciuto e garantito anche dalla CEDU. Del resto, dall’elaborazione della Corte EDU, la nozione di “pena” o di “sanzione penale” è significativamente più ampia rispetto a quella conosciuta dall’ordinamento nazionale, atteso che mentre quest’ultimo utilizza essenzialmente un criterio di qualificazione prevalentemente giuridico-formale, in ambito europeo rilevano anche criteri di carattere sostanziale e funzionale. Muovendo da tali premesse, la Consulta ha ritenuto che rispetto a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitiva, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della materia penale non può che trovare applicazione. Tale esito interpretativo risulta giustificato, in primo luogo, dalla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi sulla base dell’art. 3 Cost. in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura punitiva, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti dell’autore dell’illecito tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito, né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell’illecito da parte dell’ordinamento. Sotto questo angolo prospettico, allora, viene in rilievo la rimessione della questione da parte del Consiglio di Stato alla Corte costituzionale con due ordinanze di analogo tenore (nn. 3134-3135 del 14 maggio 2019).⁸⁹ La Sesta Sezione, infatti, proprio sulla scorta dell’applicazione della legge posteriore più favorevole, dubita della legittimità costituzionale dell’art. 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57, per violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU, nella parte in cui – nell’introdurre una nuova disciplina sanzionatoria delle infrazioni gravi in materia di intese lesive della concorrenza e di abusi di posizione dominante sul mercato (per le quali la sanzione pecuniaria da applicare non contempla più il minimo edittale dell’uno per cento del fatturato specifico dell’impresa interessata) – non prevede anche che tale disciplina più favorevole sia da applicare retroattivamente.

Il principio della retroattività trova affermazione anche per le sanzioni formalmente qualificate come amministrative ma che assumano carattere sostanzialmente penale, in base ai criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (a partire dalla sentenza Grande Camera 8 giugno 1976, Engel). Secondo lo stesso Consiglio di Stato alle disposizioni in questione (che, secondo i criteri Engel, proteggono beni rilevanti per tutta la collettività dei cittadini attraverso sanzioni della stessa natura delle sanzioni pecuniarie penali e con analoga forza afflittiva e che, perciò, hanno natura sostanzialmente penale) vanno applicati tali principi estendendo, pertanto, attraverso la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata, la retroattività della norma maggiormente favorevole.

⁸⁸ Cfr. S. Bernardi, *La Corte europea dei diritti dell’uomo sui criteri di individuazione della “lex mitior” ai sensi dell’art. 7 CEDU* (nota a sent. CEDU Sez. IV 18 febbraio 2020 (Jidic vs Romania)), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 2, 1168-1172.

⁸⁹ Cfr. R. Cabazzi, *Sanzioni amministrative (intese restrittive della concorrenza – Autorità garante della concorrenza e del mercato – principio della retroattività “in mitius”)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, 3-4, 560-563. Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, ord., 26 aprile 2021, n. 3299, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 117 comma primo della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale, nei termini di cui in motivazione, dell’art. 93, comma 6, nel combinato disposto con il successivo art. 216, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Cfr. S. Francario, *Al vaglio della Consulta l’applicabilità retroattiva della disciplina più mite sulla escussione della garanzia provvisoria posta a corredo dell’offerta*, in *laministrativista.it*, 28 aprile 2021. L’escussione della garanzia provvisoria integra una sanzione dall’elevata carica afflittiva sicché si pone in dubbio la legittimità costituzionale delle disposizioni del Codice dei contratti che precludono l’applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta (la quale prevede l’escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell’aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell’aggiudicatario) già in vigore al momento dell’adozione, da parte della stazione appaltante, del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria. V. anche F. Casciaro, *Rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale concernente l’ambito temporale di applicazione della lex mitior in materia di escussione della garanzia provvisoria*, in *Appalti e contratti Imprese*, 20 maggio 2021.

L'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative implica notevoli ripercussioni, poiché di fatto riapre il procedimento amministrativo e lo rimette in istruttoria: non si tratta più di giudicare vicende definitivamente accertate, ma di applicare la disciplina di settore. Per fare solo un esempio, basti pensare alla rimozione dei vizi delle procedure amministrative come previsto dall'art. 38 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. In tal caso il giudice dovrebbe andare a verificare l'effettiva rimozione dei vizi delle procedure amministrative e, non a caso, è prevista la giurisdizione amministrativa esclusiva per "le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa", come visto (art. 133, lett. f), c.p.a.).

Dunque, il giudice ordinario si limita alla determinazione e alla corresponsione delle indennità, peraltro per mezzo di ausiliari e demandandola a perizie tecniche. Pertanto, appare improvvido ed inconsulto attribuire al giudice ordinario la giurisdizione in altre fattispecie (ad es. Consob e Banca d'Italia). Settori dove ancor più sentita è l'esigenza di una regolazione e vigilanza pubblica, considerato il rischio di conseguenze gravi per il mercato e il risparmio, tutelati a livello costituzionale e unionale.⁹⁰

⁹⁰ Cfr. Cassazione civile, Sez. II, 21 maggio 2020, n. 9371: "In tema di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, la mancata comunicazione all'incolpato degli esiti istruttori non comporta violazione del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, atteso che il procedimento amministrativo deve ritenersi "ab origine" conforme alle prescrizioni di tale ultima disposizione, essendo il provvedimento sanzionatorio impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti" (fattispecie in cui il provvedimento sanzionatorio è stato impugnato innanzi al TAR Lazio, Roma, ma, a seguito della dichiarazione di difetto di giurisdizione per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2014, gli oppositori hanno proseguito il giudizio innanzi alla Corte d'appello di Roma). Nella resistenza della Banca d'Italia, con decreto depositato il 26 aprile 2017 la Corte d'appello ha respinto l'opposizione. A sostegno della decisione la Corte territoriale ha considerato: che non fosse stato violato il termine di 90 gg per la contestazione, non potendo decorrere detto termine – come invocato dai trasgressori – dal 2 novembre 2011, data in cui la banca aveva informato la Banca d'Italia dell'avvenuta rimodulazione dell'assetto retributivo del direttore generale, posto che l'illecito non era riconducibile a detta rimodulazione, bensì alla delibera di riconoscimento delle somme, successiva e portata a conoscenza della Banca d'Italia solo il 5 settembre 2012; che, poiché le sanzioni irrogate ai sensi della disciplina del TUB in gioco non hanno natura sostanzialmente penale, la non punibilità dei fatti contestati alla luce della successiva disciplina introdotta dal d.lgs. n. 72 del 2015 non avrebbe vigenza retroattiva per *favor rei*; che il principio del contraddittorio e del diritto di difesa, per non aver potuto interloquire il trasgressore con il direttorio della Banca d'Italia che aveva esaminato la proposta sanzionatoria, erano salvaguardati – anche ai sensi dell'art. 6 della CEDU come interpretato nella sentenza della Corte di Strasburgo 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia – dall'essere assicurato nel sistema italiano un ricorso in opposizione di piena giurisdizione. Assunto confermato dalla Cassazione: cfr. *Sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia: la mancata comunicazione all'incolpato degli esiti istruttori non comporta violazione del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 CEDU*, in *II Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24865 - pubb. 13/02/2021. Com'è noto (v. ad es. Cass. n. 29411 del 28/12/2011), in tema di sanzioni amministrative i principi di legalità, irretroattività e di divieto dell'applicazione analogica di cui all'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, comportano l'assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, senza che possano trovare applicazione analogica, attesa la differenza qualitativa delle situazioni considerate, gli opposti principi di cui all'art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen., i quali, recando deroga alla regola generale dell'irretroattività della legge, possono, al di fuori della materia penale, trovare applicazione solo nei limiti in cui siano espressamente richiamati dal legislatore. Nel caso concreto la Suprema Corte ha poi sottolineato che, come riconosceva lo stesso ricorrente, l'irretroattività della nuova disciplina posta dall'art. 144-ter, introdotta dal d.lgs. n. 72 del 2015, è stabilita espressamente dallo stesso decreto (art. 2, comma 3). Il ricorso non contestava tale principio, ma sosteneva che nella specie esso non andava applicato per avere la sanzione irrogata, in ragione del suo carattere afflittivo, natura sostanzialmente penale, richiamando al riguardo la giurisprudenza in materia della CEDU, formatasi con riguardo ad altro tipo di violazioni sanzionate dalla Consob, con l'effetto di ritenerla

sottoposta al principio del *favor rei*. Avverso tale argomento la Corte ha affermato che le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 TUB non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 187 *ter* TUF per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU (cfr. Cass. n. 3656 del 24/02/2016 e n. 21553 del 3 settembre 2018). Per la medesima ragione è stata giudicata manifestamente infondata la sollecitata questione di legittimità costituzionale, non contrastando il *tempus regit actum* in materia con il principio di retroattività della *lex mitior* previsto solo per le norme penali sia dalla Costituzione che dalla CEDU, per come interpretata nell'art. 7 dai giudici di Strasburgo. Dunque, non vi è omogeneità nemmeno fra Banca d'Italia e Consob (da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. II, 19 Febbraio 2021, n. 4524: cfr. *Abuso di informazioni privilegiate: rilevanza delle informazioni acquisite nelle fasi intermedie delle operazioni idonee ad influenzare il prezzo degli strumenti finanziari*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25252 - pubbl. 07/05/2021), anche se poi viene citata la sentenza n. 27038 del 03/12/2013, ove, valorizzando il precedente delle Sezioni Unite (Cass. Sez. un. n. 20935 del 30/09/2009) in tema di sanzioni irrogate dalla Consob, si è appunto affermato che, ai fini del rispetto del principio del contraddittorio, è sufficiente che venga effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; con la precisazione che i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge avanti al giudice e non il procedimento amministrativo, ancorché questo sia finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi; cosicché l'incompleta parificazione del procedimento amministrativo a quello giurisdizionale non viola in alcun modo la Costituzione. Nella medesima sentenza Grande Stevens c. Italia, sulla scorta della pregressa giurisprudenza della stessa Corte europea, viene comunque precisato che le carenze di tutela del contraddittorio che caratterizzano un procedimento amministrativo sanzionatorio non consentono di ritenere violato l'art. 6 della convenzione quando il provvedimento sanzionatorio sia impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, che sia dotato di giurisdizione piena e che conosca dell'opposizione in un procedimento che garantisca il pieno dispiegamento del contraddittorio delle parti (punti 138 e 139). In sostanza, deve ribadirsi che – nella materia dell'irrogazione di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano, alla stregua dei criteri elaborati dalla CEDU, natura sostanzialmente penale – gli stati possono scegliere se realizzare le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU già nella fase amministrativa (nel qual caso, nella logica di tale convenzione, una fase giurisdizionale non sarebbe nemmeno necessaria) o mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio applicato dall'autorità amministrativa (all'esito di un procedimento non connotato da quelle garanzie) a un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 della convenzione (in tal senso Cass. n. 8210 del 22/04/2016 e n. 770 del 13/01/2017). Nel secondo caso, non può ritenersi che il procedimento amministrativo sia illegittimo, in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 CEDU, e che la successiva fase giurisdizionale determini una sorta di sanatoria di tale originaria illegittimità; al contrario, il procedimento amministrativo, pur non offrendo esso stesso le garanzie di cui all'art. 6, risulta *ab origine* conforme alle prescrizioni di detto articolo, proprio perché è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di un sindacato giurisdizionale pieno, nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo. Tanto premesso (e ribadito che i predetti principi sono stati formulati per le sanzioni previste dal TUF riconducibili alla "materia penale" secondo i parametri della CEDU), risulta preliminare e assorbente il rilievo che le delibere sanzionatorie adottate dalla Banca d'Italia (come detto, non ricondotte dalla Corte alla materia penale) sono impugnabili davanti alla Corte d'appello di Roma, giudice indipendente e imparziale, dotato di giurisdizione piena e davanti al quale, nonostante il rito camerale, è garantito ampio contraddittorio (peccato, però, che non sia il giudice deputato ad effettuare il relativo sindacato secondo la Costituzione). Viene ribadito, per un verso, che il diritto al contraddittorio è garantito dal disposto del comma 6 dell'art. 145 TUB (nel testo introdotto dall'art. 34 d.lgs. n. 342 del 1999), il quale, nel disciplinare il procedimento di opposizione alle sanzioni irrogate, prevede la fissazione di termini "per presentazione di memorie e documenti", nonché "per consentire l'audizione anche personale delle parti"; per altro verso, che la stessa CEDU ha chiarito che anche la prescrizione di pubblicità dell'udienza di cui all'art. 6 della convenzione non è assoluta (cfr. sentenza Grande Stevens, cit., § 119). Alla stregua delle esposte considerazioni deve dunque escludersi che la lamentata mancanza di comunicazione agli interessati della proposta conclusiva formulata al direttorio dalla commissione per l'esame delle irregolarità possa anche astrattamente costituire violazione dei principi di cui all'art. 6 della CEDU (Cass. n. 24723 del 8/10/2018).

Le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 144 e ss. del d.lgs. n. 385 del 1993 (nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 72 del 2015) nei confronti di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, non sono equiparabili, quanto a gravosità economica ed incidenza sui diritti e libertà fondamentali, avuto riguardo alle concrete estrinsecazioni professionali, imprenditoriali e manageriali della persona, a quelle previste dall'art. 187-*ter*

TUF, per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno natura sostanzialmente penale e non pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU (Cassazione civile, Sez. II, 31 luglio 2020, n. 16517): cfr. *Le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia non hanno natura sostanzialmente penale e, non pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU*, in *ILcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24867 - pubb. 13/02/2021. Nella fattispecie l'opposizione proposta ex art. 145 d.lgs. n. 385/93 era stata respinta dalla Corte d'appello di Roma. Il Giudice distrettuale ha ritenuto pienamente legittimo il provvedimento impugnato, sostenendo che: non poteva ritenersi violato l'art. 10 L. n. 241/90, in tema di accesso agli atti del procedimento, non essendo la disposizione applicabile agli istituti di credito e non essendovi prova che la Banca d'Italia avesse utilizzato accertamenti ed atti ulteriori rispetto a quelli funzionali al procedimento sanzionatorio; le contestazioni mosse, contenute già nella lettera di contestazione e poi riprodotte nella proposta sanzionatoria, indicavano con chiarezza le norme violate e le singole condotte addebitate, in relazione alle quali l'opponente aveva pienamente esercitato il diritto di difesa, mostrando di esser pienamente edotta dei fatti contestati; che le singole fattispecie sanzionatorie erano chiare e specifiche e le relative disposizioni non integravano norme punitive in bianco, poiché l'art. 53, comma primo, TUB rimette alla Banca d'Italia un potere regolamentare secondo una tecnica di normazione necessitata dall'elevato tecnicismo della materia e i poteri di emanare disposizioni in tema di vigilanza informativa non sono lasciati al mero arbitrio dell'autorità di vigilanza, ma sono esercitati in conformità a principi esattamente definiti; il provvedimento era legittimamente motivato *per relationem*, con richiamo al contenuto degli atti presupposti; nessuna violazione era configurabile per il fatto che la ricorrente aveva avuto modo di difendersi solo mediante controdeduzioni scritte alla lettera di contestazione, asserendo che la disciplina organizzativa della Banca d'Italia, pur non prevedendo la partecipazione dell'incolpato alla fase decisoria del procedimento, gli consente di sottoporre al Direttorio le proprie difese scritte, e, inoltre, ai sensi dell'art. 6, par. primo, CEDU e in base alle indicazioni della Corte EDU, qualora il procedimento amministrativo non offra garanzia equiparabili a quelle del processo, è sufficiente che sia assicurata all'interessato la facoltà di sottoporre le sue difese ad un organo terzo nel successivo giudizio di opposizione; era irrilevante che l'atto conclusivo dell'istruttoria non fosse stato comunicato all'interessata, non potendo derivarne l'illegittimità della sanzione, come contrariamente ritenuto dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 1596/2015 (v. *infra*); le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, a differenza delle quelle disposte dalla Consob ai sensi dell'art. 187 *ter* d.lgs. n. 98/1998, non hanno natura afflittiva e non sono assimilabili ad una vera e propria pena, non profilandosi un problema di compatibilità del procedimento con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU; non era fondata la censura di illegittimità costituzionale delle previsioni dell'art. 145, nel testo introdotto dal d.lgs. n. 72/2015, sotto il profilo dell'eccesso di delega e per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost. e 6 CEDU, nonché per la violazione della garanzia del doppio grado di giurisdizione, poiché l'art. 3 L. n. 154/2014 conferiva al Governo il potere di rivedere in modo organico il sistema delle sanzioni e la relativa procedura sanzionatoria, inclusa la fase giurisdizionale, mentre la garanzia del doppio grado di giurisdizione non gode di copertura costituzionale; nessuna limitazione per l'accesso di mezzi di prova poteva ritenersi imposta dalla disciplina del processo di opposizione; non erano applicabili retroattivamente le sanzioni contemplate dal testo novellato degli artt. 145 *ter* e *quater* d.lgs. n. 385/1993, poiché, per espressa previsione dell'art. 2, comma terzo, d.lgs. n. 72/2015, le nuove previsioni si applicano esclusivamente alle violazioni commesse successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni regolamentari attuative adottate dalla Banca d'Italia, non potendo invocarsi il principio del *favor rei* in materia di potestà sanzionatoria dell'Amministrazione neppure alla luce della sentenza della Corte EDU del 4.3.2014 (caso Grande Stevens ed altri contro Italia), non sussistendo un principio generale di retroattività della legge più favorevole, come confermato dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 193/2016. La ricorrente sollevava addirittura la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145 d.lgs. n. 385/1993, nel testo introdotto dal d.lgs. n. 72/2015, per violazione dell'art. 76 Cost., con conseguente illegittimità radicale del rito dell'opposizione svolta dinanzi alla Corte d'appello, ma la Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte d'appello. L'originaria formulazione dell'art. 145, commi quarto-settimo, d.lgs. n. 385/1993, prevedeva – per il giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate della Banca d'Italia – la trattazione della causa in camera di consiglio e la definizione della lite con decreto motivato, sentito il pubblico ministero, previa acquisizione, su istanza di parte, di memorie e documenti, con eventuale audizione personale dell'interessato, ove richiesta. La norma è stata successivamente abrogata dall'art. 4, comma primo, punto n. 17, dell'allegato quarto al d.lgs. n. 104/2010, con disposizione a sua volta dichiarata illegittima con sentenza della Corte costituzionale n. 94/2014. Al momento dell'entrata in vigore della L. n. 154/2014 (12.11.2014), era stata – quindi – reintrodotta l'intera disposizione dell'art. 145 d.lgs. n. 385/1993, recante le norme in tema di procedura sanzionatoria (incluso il processo di opposizione), come espressamente previsto dalla già richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 94/2014 (in cui, a chiusura della motivazione, si legge che, per effetto dell'adottata dichiarazione di incostituzionalità “tornano ad avere applicazione le disposizioni illegittimamente abrogate”). Come detto, le successive modifiche al procedimento di opposizione sono state introdotte con il d.lgs. n. 72/2015, in attuazione dei principi contenuti nella legge delega n. 154/2014, il cui art. 3, comma primo, lettera

i), aveva attribuito al governo il compito di intervenire sulla disciplina del d.lgs. n. 385/1993 e di procedere, in modo organico e in coerenza con quanto previsto dalla direttiva 2013/36/UE e con le disposizioni emanate in attuazione del predetto articolo, alla revisione della disciplina delle sanzioni amministrative pecuniarie prevista dall'articolo 144 e della relativa procedura sanzionatoria, stabilendo una rimodulazione delle sanzioni a carico degli enti e delle persone fisiche (art. 3, comma primo, lettera i), nn. 1.2.1-1.2.3), con espressa estensione del trattamento sanzionatorio a tutte le violazioni previste nel vigente articolo 144 (art. 3, comma primo, n. 2), tenendo fermo, per quelle in materia di trasparenza, il principio della rilevanza della violazione. La norma aveva inoltre autorizzato tutte le modificazioni e le integrazioni della normativa vigente, occorrenti ad assicurare il coordinamento con le disposizioni emanate in attuazione della delega (art. 3, comma primo, lettera q). L'attuale formulazione dell'art. 145, in luogo della trattazione camerale del procedimento, prevede lo svolgimento dell'udienza pubblica e la discussione orale della causa, ferme le previgenti disposizioni in tema di contraddittorio cartolare, audizione personale dell'incolato e poteri officiosi di indagine (originariamente discendenti dall'applicabilità degli artt. 737 c.p.c.). Come già ritenuto dalla stessa Corte (Cass. n. 32135/2018), il potere di intervenire sul rito dell'opposizione era – dunque – espressamente conferito al Governo dall'art. 3 della legge delega, nel punto in cui consentiva l'adozione di modifiche alla procedura sanzionatoria, ivi incluse le norme processuali reintrodotte dalla già citata pronuncia n. 94/2014. Non rileva l'assenza – nella L. n. 154/2014 – di un più specifico criterio direttivo volto a modificare nei termini anzidetti il giudizio di opposizione. Le modifiche processuali risultano connesse al nuovo regime sostanziale delle sanzioni di cui agli artt. 144 e ss. TUB, di cui integrano e completano la disciplina mediante l'arricchimento delle facoltà difensive concesse all'incolpato (celebrazione dell'udienza pubblica e trattazione orale della causa), quale opportuno bilanciamento – sul versante processuale – delle misure di inasprimento del regime sanzionatorio preannunciato dalla Direttiva (cfr. considerando n. 41 e art. 66, lettere c) e d) e poi recepito prima nella L. n. 154/2014 e – successivamente – nelle disposizioni del d.lgs. n. 72/2015). La scelta fatta propria dal legislatore delegato non eccede – quindi – i limiti imposti dall'art. 76 Cost., risultando coerente con la formulazione letterale della delega e con i principi ispiratori sia della direttiva che della L. n. 154/2014, oltre che con l'evoluzione del quadro comunitario derivante dalle pronunce della Corte EDU (tra cui anche la sentenza Grande Stevens ed altri/Italia). Sulla scorta di tali rilievi, la questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 145 TUB non è apparsa – alla Cassazione – fondata sotto il profilo enunciato. Analoga sorte ha avuto la sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 L. n. 689/1981, in relazione all'art. 117 Cost. e all'art. 6, comma secondo, CEDU, denunciante la violazione degli artt. 2381, comma sesto, e 2392, comma secondo, c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3. Nel caso in esame, mentre il criterio della qualificazione della sanzione nel sistema nazionale depone inequivocabilmente nel senso della qualificazione delle sanzioni *de quibus* come amministrative, il criterio della natura della sanzione non offre un risultato univoco, giacché, se la sanzione è posta a tutela di interessi generali (la tutela del credito e del risparmio) ed ha una funzione non solo ripristinatoria ma anche deterrente, essa, tuttavia, risulta destinata ad una platea ristretta di possibili destinatari (i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione o i dipendenti delle banche e degli altri intermediari di cui al testo unico bancario), il che limita la generalità della portata della norma. Quanto all'afflittività, la stessa Corte (sent. n. 8046/19) ha già avuto modo di chiarire che la relativa valutazione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce; in tale prospettiva, non sembra potersi dubitare che, nell'ordinamento sezionale del credito e della finanza (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa, come quella applicabile *ratione temporis*, tra il minimo edittale di € 2.580 ed il massimo edittale di € 129.110, non corredata da sanzioni accessorie né da confisca, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale. Il Collegio ha quindi ritenuto di non doversi discostare dal costante orientamento per il quale, in ordine alle sanzioni, applicabili *ratione temporis*, ex art. 144 e ss. d.lgs. n. 385/1993, non si pone un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU (Cass. n. 4/2019; Cass. pen. 12777/2018; Cass. n. 3656/2016; Cass. n. 24723/2018; Cass. n. 21553/2018; Cass. n. 16720/2018; Cass. n. 19219/2016; Cass. n. 3656/2016). Riguardo all'art. 3 L. n. 689/1981, occorre inoltre porre in rilievo – in aggiunta a quanto già osservato in merito alla natura delle sanzioni applicate – che la fattispecie soggettiva dell'illecito amministrativo è ricalcata su quella dei reati penali contravvenzionali e che la norma non contempla propriamente un'inversione dell'onere della prova, prescrivendo invece che, ai fini della sussistenza della colpa del trasgressore, è sufficiente che sia dimostrata la consumazione di una condotta (anche omissiva) in violazione di norme specifiche di legge o di precetti generali di comune prudenza, gravando l'incolpato esclusivamente della prova dell'inesigibilità del comportamento volto ad impedire la violazione (Cass. S.U. n. 20930/2009). Anche le ipotesi regolate dagli artt. 144 e ss. d.lgs. n. 385/1993 contemplano illeciti cd. "di mera trasgressione" e appaiono strutturate in modo che l'azione, esaurendosi nella oggettiva difformità rispetto alla fattispecie astratta, si identifica con la condotta inosservante (cd. *suitas*), che è neutra sotto l'ulteriore profilo del dolo o della colpa del responsabile (Cass. n. 9546/2018). L'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa

sanzionatoria resta quindi a carico dell'Amministrazione (Cass. n. 1921/2019), ma, nel caso dell'illecito omissivo di pura condotta, essendo il giudizio di colpevolezza ancorato a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, è sufficiente la dimostrazione dell'elemento oggettivo dell'illecito comprensivo della "suità" della condotta inosservante, in assenza di elementi tali da rendere inesigibile la condotta o imprevedibile l'evento. In definitiva, la Banca d'Italia, anche in base ai principi ricavabili dall'art. 3 L. n. 689/1981, ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori non esecutivi, rimasti inerti, ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, mentre spetta a questi ultimi provare di avere tenuto la condotta attiva idonea mirante a scongiurare il danno (Cass. n. 22848/2015). Sulla scorta di tali argomentazioni – già sostenute dalla Corte anche con riferimento a sanzioni amministrative ritenute di natura penale – non è legittimo ravvisare alcun contrasto tra l'art. 3 L. n. 689/1981 e la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 6, comma secondo, CEDU (Cass. n. 1529/2018). Il ricorso denunciava altresì la violazione degli artt. 6 CEDU, 24, 11 Cost., 115, 187 e 202 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c., sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 53, d.lgs. n. 72/2015 e dell'art. 145 d.lgs. n. 385/1993, come modificato dall'art. 1, comma 53, lettere E-L, d.lgs. n. 72/2015, per contrasto con gli artt. 6 CEDU, 24 e 111 Cost., per aver la Corte distrettuale definito la causa senza valutare la rilevanza ed ammissibilità delle prove articolate dalla ricorrente, mostrando di ritenere che il giudizio di opposizione si esaurisca in una verifica circa il corretto svolgimento del procedimento amministrativo e quindi in un controllo sulla legittimità dell'atto piuttosto che in un giudizio sul rapporto, tale da non richiedere lo svolgimento di una vera e propria istruttoria. Tale interpretazione risulterebbe lesiva del diritto di difesa e dei principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui l'opposizione deve aver la funzione di colmare eventuali carenze del procedimento amministrativo sotto il profilo del rispetto dell'effettività del contraddittorio. Si deduceva inoltre che: a) la disciplina del giudizio di opposizione risulterebbe lesiva dei principi di terzietà del giudice, di parità delle armi e del contraddittorio, differendo il controllo giudiziale ad una fase in cui l'accertamento si è già definitivamente esaurito; b) le suddette norme processuali, così come intese dal giudice di merito, darebbero luogo ad un contrasto tra la disciplina interna (art. 145 d.lgs. n. 385/1993) e la CEDU e alla violazione delle norme costituzionali, nella parte in cui il rito non contempla il dovere del giudice di acquisire e di esaminare tutta la documentazione della fase amministrativa e di ammettere le prove richieste dalle parti, conferendo inammissibilmente alla Corte d'appello il potere discrezionale di rifiutare la rinnovazione dell'accertamento dei fatti svolto nel procedimento amministrativo. Nella parte finale del motivo si sollevava il "dubbio di costituzionalità della disposizione che disciplina il rito applicabile (art. 6, comma 8, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72) per contrasto con gli articoli 6 della Convenzione EDU e 24 e 111 della costituzione, nella parte in cui non impone al giudice di acquisire al giudizio – e di esaminare – tutti gli atti e la documentazione posti dall'autorità amministrativa a fondamento del proprio accertamento, nonché nella parte in cui non impone al giudice di accogliere le istanze istruttorie proposte dal ricorrente, salvi i soli limiti di ammissibilità delle prove e la rilevanza (v. *supra*) dei fatti a dimostrare". Con riferimento a tale questione di legittimità costituzionale è opportuno sottolineare immediatamente che la menzione dell'articolo 6, comma 8, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 (concernente l'entrata in vigore delle modifiche al d.lgs. n. 58/1998) deve intendersi quale palese errore materiale, essendo da ritenere che il ricorrente volesse riferirsi, quale disposizione sospettata di illegittimità costituzionale, all'art. 1, comma 53, d.lgs. n. 72/2015 (richiamato nella rubrica del motivo). Infine, si denunciava la violazione degli artt. 6 CEDU e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in relazione all'art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c., chiedendo di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 145 d.lgs. n. 385/1993 in relazione all'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, asserendo che, dato il carattere afflittivo delle sanzioni applicate dalla Banca d'Italia, occorrerebbe garantire il pieno diritto di difesa anche nel procedimento amministrativo, come già riconosciuto dalla Corte EDU in analoghe fattispecie contemplate dagli ordinamenti degli altri Stati membri; che le norme comunitarie riconoscono, in sede contenziosa, il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni – sia a carico che a discarico dell'incolpato – imponendo che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice posto in posizione di terzietà; che le suddette garanzie sono riconosciute dalla giurisprudenza comunitaria anche per le sanzioni minori, il cui accertamento non può essere rimesso ad organi amministrativi; che, nel giudizio di opposizione, non può pregiudicarsi il principio della *full jurisdiction*, intesa come capacità di un organo di avere piena giurisdizione sul merito della questione, di accertare i fatti e valutare gli elementi di prova, senza vincoli derivanti dai precedenti accertamenti amministrativi e con possibilità di riformare qualsiasi punto, in fatto e in diritto, del provvedimento impugnato, il che imporrebbe lo svolgimento di un'istruttoria piena, sottratta a qualsivoglia limitazione. In subordine, si chiedeva di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia sul seguente quesito: se la sanzione di cui si discute debba essere considerata come avente natura penale ai sensi degli "Engels criteria" elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e fatti propri dalla Corte di Giustizia, e se "l'art. 195 del decreto legislativo 58/1998, come modificato dall'art. 6, comma 8, d.lgs. 72/2015 (rito transitorio), ovvero dall'art. 5, comma 15, d.lgs. 72/2015, interpretato nel senso che il giudice può non consentire accesso ad alcun mezzo istruttorio anche quando sia richiesta dalla parte per accertare compiutamente i fatti oggetto di causa" sia

compatibile con l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in relazione al diritto all'istruttoria e ad un processo equo. Con riferimento a tale richieste di rinvio pregiudiziale è opportuno sottolineare immediatamente che la menzione dell'art. 195 del d.lgs. n. 58/1998 deve intendersi quale palese errore materiale, dovendosi ritenere che il ricorrente intendesse riferirsi, quale disposizione di cui chiedere la verifica di compatibilità con l'art. 48 della Carta di Nizza, all'art. 145 TUB, richiamato nella rubrica del motivo. Nessuno dei predetti argomenti è stato accolto da Cassazione civile, Sez. II, 31 luglio 2020, n. 16517. Si è già detto che per la Corte non si ha ragione di dubitare della natura non penale delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 e ss. d.lgs. n. 385/1993. Quanto al fatto che il procedimento sanzionatorio non garantirebbe adeguatamente il diritto di difesa dell'incolpato, la Corte ha posto in rilievo che, sebbene l'art. 24, comma primo, L. 262/2005 disponga che "i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie", è tuttavia esclusa la diretta applicabilità – in tale ambito – dei precetti costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost., invocabili solo con riferimento al processo che si svolge dinanzi al giudice (Cass. S.U. n. 20935/2009; Cass. n. 15019/2013; Cass. n. 18683/2014; Cass. n. 23782/2004). È – difatti – rimessa al legislatore nazionale la scelta di anticipare le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa o di assicurarle nel successivo sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva, attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni dell'art. 6 CEDU. Quest'ultima soluzione, cui è conforme l'ordinamento interno, non inficia la legittimità del procedimento amministrativo in relazione ai parametri fissati dall'art. 6 della Convenzione, essendo garantito il ricorso ad un giudice imparziale e con la più piena garanzia del diritto di difesa e di contraddittorio. Sotto altro profilo, la conformità del rito dell'opposizione ex art. 145 d.lgs. n. 385/1993 ai parametri costituzionali è stata riconosciuta dalla stessa Corte già con riferimento alla disciplina anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 72/2015 (in cui il processo si svolgeva secondo il rito camerale ed in cui era conferita al giudice da un'ampia discrezionalità nella conduzione del procedimento), e tali conclusioni vanno tenute ferme anche con riferimento all'attuale regime processuale dell'opposizione, in cui appaiono potenziate le opportunità difensive dell'incolpato tramite la discussione orale della causa in pubblica udienza, non essendo state introdotte modifiche ulteriori al regime processuale previgente riguardo all'esercizio dei diritti di difesa (cfr. Cass. n. 5743/2004; Cass. n. 3110/1998).

Secondo la Corte sono infondate le doglianze rivolte ad affermare che alla ricorrente sarebbe stato negato il diritto alla prova o che l'opposizione sarebbe stata intesa dalla Corte (o si configuri nell'attuale disciplina) come giudizio, da definire allo stato degli atti, vertente sul solo riscontro della mancanza di violazioni nella fase amministrativa, così come non vi è materia per proporre il richiesto rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

In realtà, la vera questione di illegittimità costituzionale è un'altra e riguarda la giurisdizione amministrativa. Sia nel caso in esame sia nel caso esaminato in precedenza le sanzioni amministrative ammontavano ad oltre 100mila euro per ogni incolpato, ragion per cui viene difficile negare la sanzione afflittiva (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° febbraio 2005, Ziliberberg v. Moldova, § 32). Quanto poi al criterio della natura e gravità della sanzione, esso è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata (Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, Dubus S.A.v. c. France, § 37). Con specifico riguardo alle sanzioni pecuniarie, la severità è legata alla significatività del sacrificio economico, valutato però avendo riguardo alle condizioni soggettive del destinatario: così, anche una sanzione di pochi euro è stata considerata di natura penale sull'assunto che il suo ammontare fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Ziliberberg v. Moldova, cit., § 3). Ma la questione più pregnante è senza dubbio la natura amministrativa del procedimento e del provvedimento sanzionatorio. La questione non è di poco conto se si pensa che al giudice competono poteri riduttivi delle sanzioni (il riferimento è, ad esempio, alle impugnazioni avverso le ordinanze ingiunzioni; ambito, questo, in cui è attribuito al giudice il potere, ai sensi dell'art. 6, comma 12, del d.lgs. 150 del 2011, di "vagliare, in relazione al disvalore del fatto illecito contestato, la congruità, sotto il profilo del *quantum*, della sanzione comminata e di modificare, graduando l'entità di tale sanzione, l'ordinanza impugnata"). Nel procedimento di opposizione avverso le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per violazione della legge bancaria, il giudice ha il potere discrezionale di quantificarne l'entità, entro i limiti sanciti da quest'ultima, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, globalmente desunta dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, senza che sia tenuto a specificare i criteri seguiti. Tale statuizione è incensurabile in sede di legittimità ove quei limiti siano stati rispettati e dalla motivazione emerga come, nella determinazione, si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981, quali la gravità della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche (Cassazione civile, Sez. II, 28 febbraio 2020, n. 5526): cfr. *Sanzioni amministrative per violazioni del T.U.B.: potere discrezionale del giudice di determinare l'entità della sanzione e sindacabilità in cassazione*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24884 - pubb. 18/02/2021. Inoltre, il giudice ordinario può solo disapplicare, e non annullare, i provvedimenti amministrativi. Per tutte queste ragioni, se pare assurdo e illogico negare il diritto d'accesso, da un lato, e, d'altro lato, consentire la motivazione *per relationem*, deve certamente sollecitarsi l'eliminazione dell'aporia in parola – convivenza nell'ambito della materia procedimentale sanzionatorio di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti

Diversamente opinando, si ingenera un'ingiustificata disparità di trattamento (ragion per cui si eccipe l'incostituzionalità in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, co. 1, Cost. – quest'ultimo in relazione agli artt. 1-6-7-17 CEDU), nella parte in cui non solo si escluderebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, ma si porrebbe il giudice ordinario nelle condizioni di dover implementare la disciplina sia sostanziale (leggi e regolamenti, provvedimenti e comportamenti, atti) sia procedurale (ivi compresa quella sanzionatoria: oltre a quella delle p.a., che si aggiunge alla disciplina di settore: si pensi alle autorità indipendenti – ognuna con un proprio regime).⁹¹

presupposti) e di diritto soggettivo (rispetto agli atti conclusivi del procedimento) – e l'attribuzione delle controversie al giudice naturale, ovvero quello amministrativo. Ed anzi, la disciplina del procedimento sanzionatorio concernente i poteri di vigilanza, di irrogazione della sanzione e l'esercizio dei diritti di ricorso in merito all'attività degli enti creditizi e alle imprese di investimento non dovrebbe essere l'eccezione alla regola della giurisdizione amministrativa (esclusiva) poiché implica una *deminutio*, una breccia che indebolisce e compromette l'integrità dell'istituto già di per sé deficitario. Nello specifico settore delle attività bancarie o di intermediazione finanziaria, ai fini del contenimento del rischio creditizio nelle sue diverse configurazioni, nonché dell'organizzazione societaria e dei controlli interni, non sembrano emergere elementi tali da giustificare una deroga alla giurisdizione amministrativa, a prescindere dalla natura sostanzialmente penale (o meno) delle sanzioni amministrative emesse dalla Banca d'Italia ex artt. 144 ss. del d.lgs. n. 385 del 1993. Tali conclusioni trovano ulteriore conferma nel fatto che il procedimento amministrativo sanzionatorio viene, tuttavia, ormai per lo più ritenuto (anche a prescindere dalla sua inclusione nell'ambito della "materia penale" da parte della Corte EDU) un procedimento *sui generis* rispetto ai comuni procedimenti amministrativi, in quanto l'Amministrazione è chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire, in nome dell'interesse generale all'osservanza delle leggi.

⁹¹ Ad esempio, il procedimento amministrativo teso all'applicazione delle sanzioni per *market abuse* altro non sarebbe che una prima fase, affidata alla Consob, di un procedimento unitario, seguita da due successive fasi di natura giurisdizionale, rappresentate dal giudizio di opposizione dinanzi alla Corte d'appello e dal giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, nell'ambito delle quali la decisione amministrativa della Consob viene sottoposta al controllo di organi giurisdizionali, sicché per valutare se vi sia stata o meno una lesione del diritto al giusto processo si dovrebbe considerare il procedimento nel suo complesso e non le sue singole fasi. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596: deve escludersi che il regolamento Consob 21 giugno 2005, n. 15086, nel disciplinare il procedimento di irrogazione delle sanzioni previste dagli artt. 187-ter e 187-quater del TUF, presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6 CEDU. L'art. 6, par. 1, CEDU non impone, infatti, che il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni per la fattispecie di cd. *market abuse* sia disciplinato in modo da assicurare, già nella fase amministrativa, l'imparzialità oggettiva dell'Autorità che applica la sanzione e il pieno rispetto del principio del cd. giusto processo. La CEDU, in altri termini, non impone che le sanzioni inflitte dalla Consob siano assistite, già nella fase amministrativa del procedimento sanzionatorio che precede la fase giurisdizionale, da garanzie assimilabili a quelle che valgono per le sanzioni penali in senso stretto. L'art. 6, par. 1, CEDU non richiede una trasformazione in senso paragiurisdizionale del procedimento amministrativo (e la necessaria applicazione in esso delle garanzie del giusto processo, prima fra tutte quella del contraddittorio orizzontale tra due parti poste in posizioni di parità rispetto all'autorità decidente), ma, semplicemente, l'eventuale connotazione in senso *quasi-judicial* del procedimento amministrativo sanzionatorio consente di ritenere soddisfatte già in tale sede le garanzie sottese al principio del giusto processo. Nei casi in cui, come accade negli ordinamenti di molti Stati membri, il procedimento amministrativo non offra garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale, allora l'art. 6, par. 1, CEDU postula che l'interessato che subisce la sanzione abbia la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*. Il sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale. La piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un'analisi "*point by point*" su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'Amministrazione. In altre parole, quando le garanzie del giusto processo non siano assicurate in sede procedimentale, esse devono essere necessariamente soddisfatte in sede processuale ove il giudice, per supplire alla carenza di garanzie del contraddittorio, di indipendenza del decisore, di parità delle parti, deve agire come se riesercitasse il potere, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti e degli interessi in gioco. Una reale separazione soggettiva tra funzione istruttoria e funzione decisoria (nel modo necessario per assicurare il rispetto della cd. imparzialità oggettiva come tratteggiato dalla Corte EDU) non è praticabile *de jure condito* nel nostro ordinamento. Essa richiederebbe un radicale ripensamento del sistema delle Autorità

indipendenti, attraverso la creazione, ad esempio, di Autorità indipendenti con funzioni soltanto inquirenti e l'attribuzione al giudice del potere di irrogare le relative sanzioni sul modello del sistema anglo-americano. Tali sistemi alternativi, tuttavia, sebbene praticabili (e, per alcuni versi, forse anche auspicabili) *de jure condendo*, non solo non corrispondono al diritto vigente, ma tantomeno costituiscono soluzioni imposte o obbligate dagli obblighi sovranazionali derivanti dall'appartenenza alla CEDU. Le norme della Costituzione che garantiscono il diritto di difesa e il giusto processo riguardano espressamente il giudizio cioè il procedimento in cui il giudice è chiamato ad esercitare funzioni giurisdizionali al fine di statuire su posizioni soggettive, e sono rivolte a garantire che, nel dibattito prodromico alla decisione, siano presenti tutti gli interessati, in situazione di parità e con effettiva possibilità di formulare le deduzioni difensive ritenute opportune. Il procedimento amministrativo, ancorché sia finalizzato ad un provvedimento incidente su diritti soggettivi non è assimilabile al giudizio, sicché l'assenza di una totale equiparazione del procedimento amministrativo e giusto processo non autorizza ad ipotizzare un contrasto con i principi costituzionali propri esclusivamente del giudizio. Sotto il profilo costituzionale, la disciplina del procedimento amministrativo anche sanzionatorio è vincolata solo al rispetto dei più generici principi di eguale trattamento, imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione, posti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione, nonché al generalissimo principio di legalità che è sempre sotteso all'operare della pubblica amministrazione. Resta da esaminare, a questo, punto la compatibilità del regolamento Consob con le previsioni di rango primario contenute negli artt. 187-*septies* e 195 del TUF, nel testo risultante dopo le modifiche introdotte con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (che ha modificato integralmente l'intero procedimento sanzionatorio allora vigente, attribuendo alla Consob la competenza sia della fase istruttoria che di quella decisoria, prima riservata al Ministero dell'Economia e delle Finanze). Le disposizioni appena menzionate stabiliscono, come si è già evidenziato, che il procedimento sanzionatorio di competenza della Consob debba essere retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie. Sono, nella sostanza, gli stessi principi richiamati dall'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ne ha esteso l'applicazione anche ai procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia, dell'Ivass e della Covip (v. *supra*). In attuazione delle citate disposizioni, la Consob ha esercitato la propria potestà organizzatoria con la delibera 21 giugno 2005, n. 15086, poi abrogata e sostituita dalla delibera 19 dicembre 2013, n. 18750 (non rilevante tuttavia *ratione temporis* nel caso sottoposto al Consiglio di Stato in quanto applicabile solo ai procedimenti sanzionatori avviati successivamente alla sua entrata in vigore, ovverosia successivamente al 10 marzo 2014, mentre nei confronti degli odierni appellanti il procedimento sanzionatorio è stato avviato il 6 dicembre 2013). Per il Consiglio di Stato il regolamento Consob n. 15086 del 21 giugno 2005 non rispetta il principio del contraddittorio e della piena conoscenza degli atti specificamente sanciti dagli artt. 187-*septies* e 195 del TUF, nel testo risultante dopo le modifiche introdotte con la legge 18 aprile 2005, n. 62. Il Collegio ritiene che meriti condivisione la opzione ermeneutica secondo cui il contraddittorio richiamato per i procedimenti sanzionatori della Consob sia un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo. La relazione dell'ufficio che svolge l'istruttoria non viene, infatti, inviata all'interessato, in violazione dei diritti di piena conoscenza degli atti istruttori, e le controdeduzioni giungono alla Commissione, titolare del potere di decisione finale, solo attraverso la relazione dell'ufficio istruttoria. Manca, quindi, qualunque interlocuzione tra l'ufficio titolare del potere di decisione finale e il soggetto che quella decisione subirà. L'interessato si vede, in particolare, preclusa la possibilità di interloquire sulla relazione conclusiva dell'Ufficio Sanzioni, nella quale pure possono essere contenute valutazioni (*in primis*, la definitiva qualificazione giuridica dell'istituto) non necessariamente oggetto di confronto durante la fase istruttoria. Questo *iter* procedimentale, così come disegnato dal regolamento impugnato, determina allora una violazione del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento ispirato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi in ogni fase del procedimento, prima, durante e dopo il compimento dell'attività istruttoria preordinata alla decisione finale. La prevista possibilità di presentare deduzioni davanti all'Ufficio sanzioni, così come la possibilità che l'interessato chieda di essere sentito dall'Ufficio sanzioni non risulta sotto tale profilo sufficiente, risultando comunque dirimente, al fine di riscontrare la violazione del principio del contraddittorio, la circostanza che l'atto certamente più importante della fase istruttoria (ovvero la relazione conclusiva redatta dall'Ufficio sanzioni e inviata alla Commissione) non è oggetto di comunicazione (o di altre forme di conoscenza) e rispetto ad esso non vi è alcuna possibilità di controdeduzione. Ciò precisato, la giurisdizione del giudice ordinario riguarda la sanzione inflitta dalla Consob e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo. La giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni Consob non è, infatti, una giurisdizione di carattere esclusivo, in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla "materia procedimentale sanzionatoria", a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva vantata dall'interessato. La giurisdizione ordinaria, tuttavia, viene meno nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto (amministrativo o regolamentare), adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, che si colloca a monte del procedimento

In conclusione, non sussistendo alcun interesse pubblico a sanzionare un intervento rispettoso della normativa attuale, per poter svolgere compiutamente il predetto sindacato il giudice dovrebbe essere *peritus peritorum*. Se già il giudice amministrativo trova parecchie difficoltà ad orientarsi in un diritto sempre più stratificato (dai regi decreti alle fonti sovranazionali), è inevitabile che il giudice ordinario si ritroverà scaraventato in mondi per lui inesplorati.

A fronte delle questioni interpretative relative al riparto giurisdizionale messe in luce nelle pagine che precedono non resta che auspicare un intervento normativo complessivo che riporti coerenza e uniformità all'interno della giurisdizione.⁹²

In nome della certezza del diritto.⁹³

sanzionatorio, fissando, come nel caso di specie, le regole relative al suo svolgimento. In tale caso, venendo in rilievo un potere autoritativo di natura regolamentare, torna ad operare la giurisdizione del giudice amministrativo, secondo gli ordinari criteri di riparto. Il singolo non è, di regola, legittimato ad impugnare le norme regolamentari in quanto la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni normative impedisce di ravvisare sia l'attualità della lesione sia una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo*. La mera pendenza del procedimento sanzionatorio non vale ad attualizzare la lesione. La pendenza del procedimento sanzionatorio può forse valere a differenziare la posizione degli odierni ricorrenti rispetto al *quisque de populo* (determinando quindi una forma di legittimazione al ricorso), ma non consente di superare l'obiezione derivante dalla mancanza dell'altra condizione dell'azione, l'interesse al ricorso, che richiede l'attualità della lesione e, dunque, nel caso in esame, la concreta inflizione della sanzione. Diversamente opinando, del resto, troverebbero ingresso nel processo amministrativo interessi meramente procedurali (al mero rispetto delle regole del giusto procedimento, a prescindere dall'attualità della lesione a scapito di un interesse sostanziale), il che si porrebbe in evidente contrasto con la tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come pretesa sostanziale, il cui oggetto è costituito da reali beni della vita e non dalla mera osservanza delle regole procedurali da parte dell'Amministrazione. Nonostante la crescente importanza assunta (sia a livello nazionale che sovranazionale) dal principio del giusto procedimento, deve, tuttavia, escludersi che la pretesa al cd. "giusto procedimento" sia una presta giuridicamente rilevante e autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio. Si deve, quindi, escludere che il "giusto procedimento" costituisca, di per sé un bene della vita di cui il privato può chiedere autonomamente la tutela anche autonomamente e separatamente dalla pretesa economico-patrimoniale correlata all'applicazione di sanzioni eventualmente illegittime.

⁹² Ad esempio, la legge 11 agosto 2014, n. 114, in sede di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 19, commi 3 (lettera a), 4, 6, 7, 9, 10 (alinea e lettere a) e d)), e 15, l'introduzione della lettera *a-bis* all'art. 19, comma 5, e l'introduzione dei commi *5-bis*, *5-ter* e *14-bis* all'art. 19. Il nuovo comma *5-bis* prevede che "è competente il tribunale in composizione monocratica" per le controversie aventi ad oggetto le sanzioni irrogate dall'ANAC ai sensi del comma 5, lett. b): salvo che il fatto costituisca reato, ANAC applica, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento.

⁹³ Secondo la sentenza 29 gennaio 2021, n. 2145, della Corte di cassazione, a Sezioni Unite, la sospensione feriale dei termini processuali opera nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, in materia di sanzioni di lavoro, in tutte le controversie diverse dall'omissione totale o parziale dei contributi. La Corte di cassazione, a Sezioni Unite, dopo un lungo e complesso *iter* argomentativo, in cui analizza il mutato contesto normativo e fa riferimento alla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, enuncia il seguente principio di diritto: "Nel regime introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2011, art. 6, alle controversie, regolate dal processo del lavoro, di opposizione ad ordinanza-ingiunzione che abbiano oggetto violazioni concernenti le disposizioni in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria, diverse da quelle consistenti nella omissione totale o parziale di contributi o da cui deriva un'omissione contributiva, si applica la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, a norma della L. n. 742 del 1969, art. 3, trattandosi di controversie che non rientrano tra quelle indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c.. Ne consegue che, ai fini della tempestività dell'impugnazione avverso la sentenza resa in tema di opposizione a ordinanza ingiuntiva del pagamento di una sanzione amministrativa per violazioni inerenti al rapporto di lavoro o al rapporto previdenziale, deve tenersi conto della detta sospensione". In buona sostanza, l'oggetto del giudizio non è l'atto della pubblica amministrazione, ma il rapporto. Per rapporto si intende il rapporto sanzionatorio, ossia "quello vertente sull'accertamento della conformità della sanzione ai casi, alle forme e all'entità previsti dalla legge, atteso che si fa valere il diritto a non essere sottoposto a una prestazione patrimoniale se non nei casi espressamente previsti dalla legge" (Cass. S.U. n. 1786/2010).

In definitiva, sembra sempre più inaccettabile che proprio là dove vengono in rilievo interessi e diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la giustizia amministrativa debba arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: perciò, anche in questo ambito una nuova sensibilità impone di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere le norme lesive della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore.

Infatti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, già immanente nella Carta costituzionale e successivamente declinato dalla Convenzione EDU (artt. 6 e 13) e dalla Carta di Nizza (art. 47), postula, secondo la giurisprudenza delle Corti europee, “che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato” (cfr. Corte Giust., sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84 - Johnson).⁹⁴ Dal canto suo, la Corte EDU, nella nota decisione *Menarini Diagnostics vs. Italia*⁹⁵, ha ritenuto che i giudici amministrativi italiani “soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione”, in ragione, tra l'altro, del fatto che, nel caso esaminato, “la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità”⁹⁶,

La Cassazione era già intervenuta *in subiecta materia* proprio a Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 63/2000) e si era soffermata sull'art. 35 legge n. 689/1981, che prevedeva due procedimenti: il rito speciale e il rito del lavoro (prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2001). In quel contesto normativo, si è rilevato che l'oggetto delle cause di opposizione consiste nell'accertamento negativo della legittimità dell'atto opposto e della pretesa sanzionatoria della pubblica amministrazione. Quindi, non è necessario indagare la tipologia di controversia, atteso che, nel caso di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, il collegamento con il rapporto di lavoro è meramente occasionale. Infatti, l'opposizione mira ad ottenere un accertamento negativo della legittimità della pretesa punitiva dell'amministrazione pubblica (Cass. S.U. n. 63/2000). Tale oggetto permane immutato anche nel caso di opposizioni ad ingiunzioni per il pagamento di sanzioni lavoristiche. La legge n. 689/1981, art. 35, in materia di violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, prevede tre tipologie di ordinanza-ingiunzione, che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011, erano sottoposte a due procedimenti: il rito del lavoro (applicabile alle opposizioni ad ordinanze-ingiunzioni emesse per violazioni legate ad omissioni contributive o di premi) e il rito speciale (applicabile a tutte le altre violazioni in materia previdenziale e lavoristica). Con il d.lgs. n. 150/2011 sulla semplificazione dei procedimenti civili (in particolare, art. 6 in materia di opposizione all'ordinanza-ingiunzione) sono state ricondotte ad una disciplina unitaria, quanto al rito, le controversie aventi ad oggetto l'opposizione alle ordinanze-ingiunzioni, privilegiando il modello del processo del lavoro. L'art. 35 della legge n. 689/1981 non è stato abrogato dal d.lgs. n. 150/2011 (art. 34) anche se il coordinamento tra le disposizioni è difficoltoso. Pertanto, sussiste tuttora la distinzione tra violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, che non riguardano omissioni contributive, da un lato, e, dall'altro, violazioni, sempre in materia di lavoro e previdenza, consistenti nell'omissione totale o parziale del versamento dei contributi e premi o eziologicamente legate agli obblighi contributivi. In tal caso, il legame con il rapporto di lavoro appare macroscopico; inoltre, emerge anche l'esigenza di una tutela differenziata rispetto alle altre opposizioni in materia lavoristica. Infatti, il mancato versamento dei contributi incide sul diritto del lavoratore alla integrità della sua posizione previdenziale. Anche in queste controversie l'oggetto consiste nel corretto esercizio della potestà sanzionatoria, ma sussiste, altresì, una finalità recuperatoria, che produce effetti direttamente nella sfera del lavoratore. Per questa ragione, alle controversie relative al pagamento dei contributi non versati non si applica la sospensione dei termini, stante la necessità di una sollecita definizione della lite a tutela del lavoratore. Al di fuori di tali ipotesi, laddove l'opposizione abbia ad oggetto solo la pretesa punitiva dello Stato, non si comprende per quale ragione si debba considerare inapplicabile la sospensione feriale dei termini. Cfr. M. Ferrari, *Sospensione feriale e opposizione a ordinanza-ingiunzione: la parola alle Sezioni Unite* - Sì alla sospensione per le opposizioni su sanzioni di lavoro; esclusa solo per i casi di omissione totale o parziale dei contributi (Cass. S.U. 2145/2021), pubblicato in *Altalex* il 10/02/2021.

Il campionario della giurisdizione sulle sanzioni amministrative si arricchisce di un nuovo capitolo, anch'esso emblematico della complessità del panorama giuridico e giudiziario, che non sminuisce ma – semmai – rinvigorisce la problematica della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni amministrative, anche per la presenza di una varietà di riti differenti.

⁹⁴ Cfr. D. Granara, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

⁹⁵ In realtà già dalla pronuncia *Predil Anstalt S.A. vs. Italia*, n. 31993/96, 8 giugno 1999.

⁹⁶ Sebbene la Corte EDU abbia ritenuto rispettati i principi di cui all'art. 6 della Convenzione, degna di nota è la *dissenting opinion* manifestata dal giudice Pinto De Albuquerque, a tenore della quale “la giurisdizione «piena» è giustamente caratterizzata dalla sua natura esaustiva, poiché essa può e deve comprendere tutti gli aspetti sia di fatto che di diritto della responsabilità per il presunto illecito. La giurisdizione non è «piena»

se non è esaustiva. La «pienezza» della giurisdizione implica necessariamente la sua esaustività. Nella logica pura, sono contraddittorie le proposizioni che presentano qualità incompatibili, come ad esempio: il giudice controlla pienamente la decisione amministrativa ma non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della decisione amministrativa. Per un'implicazione logica elementare, una sola di queste proposizioni è vera, l'altra è falsa. In questo caso, è la seconda parte della frase nell'esempio ad essere falsa. Seguendo l'interpretazione «debole», i fatti sono realmente accertati dalle autorità amministrative e, in pratica, non possono essere contestati dalle persone condannate davanti ad un «tribunale». Così, le autorità amministrative decidono in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del contesto economico del comportamento sanzionato e la definizione di concetti giuridici indeterminati. L'applicazione di concetti giuridici fondamentali come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese che limitano la concorrenza è effettivamente sottratta al controllo giurisdizionale. Il giudice amministrativo si converte in questo modo in un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative. Pertanto, il contenzioso sulle sanzioni amministrative non concerne l'eccesso di potere perché un ricorso avverso un eccesso di potere non soddisfa i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione. Come sostengono Delmas-Marty e Teitgen-Colly, il ricorso per eccesso di potere è caratterizzato da una «mancanza di controllo in termini di punizione» (si veda Delmas-Marty e Teitgen-Colly, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 124). Bisogna riconoscere un ampio ricorso alla giurisdizione estesa al merito e alla sostanza di tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l'attribuzione di responsabilità per un illecito amministrativo, seguendo l'esempio della giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca stabilita dalla sentenza del 14 ottobre 1958 sulla compatibilità della *Bussgeldverfahren* con la *Grundgesetz*, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che la costituzionalità di questa procedura è stata garantita dal fatto che «i tribunali sono abbastanza liberi nella determinazione e valutazione giuridica dei fatti e possono anche determinare a loro discrezione il quantum della sanzione ad esclusione della *reformatio in pejus*» (vedere la dottrina tedesca uniforme, Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Auflage, München, Beck, pp. 351 e 668, Rebmann, Roth e Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, annotazione 2 al § 65, e Wolfgang Ferner, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar*, Band 1, Köln, Luchterhand, annotazione 1 al § 67, e nella dottrina francese, Romain Tinière, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, luglio-agosto 2009, pp. 735-737, e Catherine Mamontoff, *La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives*, in *Revue française de droit administratif*, 15, sett.-ott. 1999, pp. 1009-1015). L'ampiezza del concetto di giurisdizione estesa al merito per le sanzioni amministrative è confermata anche dall'articolo 31 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato che prevede la giurisdizione estesa al merito (nel testo inglese, *unlimited jurisdiction*) della Corte di giustizia sulle condanne della Commissione per violazione delle norme a tutela della libera concorrenza. Tale giurisdizione estesa al merito include il potere della Corte di giustizia di sostituire la propria valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione, e di farlo anche in assenza di un errore significativo della Commissione (vedere, circa gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, Florian Schmidt, *Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 144-163, Taehi Hwang, *Das Sanktionensystem des europäischen Kartellrechts nach der VO 1/2003*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp. 105-106, e Melchior Wathelet et Jonathan Wildmeersch, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233). La discussione sulla compatibilità dell'interpretazione «debole» dei poteri di controllo giurisdizionale con il regime convenzionale non si limita all'articolo 6 della Convenzione e deve essere condotta a un livello più profondo. Questa interpretazione pone anche seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (articolo 7 della Convenzione) (a questo proposito, si vedano le considerazioni di Catherine Mamontoff, *op. cit.*, pp. 1010 e 1021). In termini di principi, l'applicazione delle sanzioni pubbliche travalica le tradizionali funzioni dell'amministrazione e compete solo a un giudice. Se la verifica delle condizioni di fatto per l'applicazione di una sanzione pubblica fosse riservata a un organo amministrativo, senza un successivo controllo rigoroso da parte dei giudici, tali principi sarebbero completamente disattesi. L'accettazione di un diritto «pseudo-penale» o di un diritto penale «a due velocità», in cui l'amministrazione esercita un potere di punizione, infliggendo a volte delle sanzioni pecuniarie estremamente severe, senza applicare le tradizionali garanzie del diritto e della procedura penale, avrebbe due conseguenze inevitabili: l'usurpazione da parte delle autorità amministrative della prerogativa del potere giudiziario di punire e l'affidamento della tutela delle libertà individuali ad una amministrazione onnipotente. Se ragioni di efficienza e complessità tecnica della moderna funzione amministrativa possono giustificare l'attribuzione di un potere sanzionatorio alle autorità amministrative, tuttavia esse non possono giustificare che la pubblica amministrazione abbia l'ultima parola sull'esercizio del potere punitivo. L'auspicabile processo di depenalizzazione non può diventare un assegno in bianco rilasciato all'amministrazione. Bisogna che, al termine della procedura sanzionatoria amministrativa, ci sia un giudice al quale gli amministrati possano

avendo “potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l’AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri” ed “esaminare l’adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico”.⁹⁷

Gli insegnamenti dei giudici sovrastatali, a ben guardare, non postulano un sindacato del giudice amministrativo che impinga nel merito delle scelte della pubblica amministrazione, ma depongono nel senso per cui il giudice – per soddisfare i requisiti previsti dagli artt. 6 e 13 CEDU, nonché dall’art.

rivolgersi per chiedere giustizia, senza alcun limite. Il principio sotteso all’interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei giudici amministrativi resta il potere discrezionale dell’amministrazione, anche nel campo delle sanzioni amministrative (si veda l’estratto citato della sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002). Questa posizione di principio è insostenibile. Se vi è un settore in cui l’assoluta discrezionalità del potere amministrativo non può essere ammessa in uno stato di diritto, è quello delle sanzioni amministrative. Lo stato di diritto, che si basa sul primato delle libertà individuali, è per sua natura incompatibile con la libera discrezionalità in materia di sanzioni amministrative. L’interpretazione «debole» dei poteri dei giudici amministrativi in questo settore può essere intesa solo come un residuo dello Stato di polizia intrinsecamente in contrasto con le libertà individuali”. L’opinione si conclude con “una nota di ottimismo”, data dal fatto che “l’interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei tribunali amministrativi sulle sanzioni imposte dalle autorità amministrative è stata infine abolita dal nuovo codice di procedura amministrativa, che prevede esplicitamente nell’articolo 134, lettera c) la «giurisdizione estesa al merito» dei tribunali amministrativi per le sanzioni pecuniarie amministrative, ivi comprese quelle imposte dalle autorità amministrative indipendenti. Dal momento dell’entrata in vigore del nuovo codice, i giudici amministrativi italiani potranno controllare in toto le decisioni di applicazione delle sanzioni amministrative. Il legislatore italiano ha riconosciuto l’errore e si è avviato sulla strada giusta”.

⁹⁷ La decisione della Corte di Strasburgo riguardava un provvedimento sanzionatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tali provvedimenti costituiscono terreno di sindacato del giudice amministrativo esteso al merito, ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., nell’esercizio del quale, ai sensi dell’art. 7 c.p.a., “il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione”. È interessante notare che l’opinione dissenziente del Giudice Pinto De Albuquerque postula un controllo giurisdizionale sostitutivo sugli atti sanzionatori dell’AGCM, muovendo dal presupposto per cui l’assetto della separazione dei poteri riserverebbe il potere sanzionatorio all’organo giurisdizionale e non a quello amministrativo, se non in via del tutto eccezionale, temperata dalla possibilità di un ricorso effettivo al giudice. Muovendo da tale premessa, l’opinione *de qua* riesce a coniugare sindacato di merito del Giudice amministrativo, nel senso di sindacato sostitutivo e rispetto del principio di separazione dei poteri. In proposito, cfr. R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013. L’A., riprendendo G. Severini, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, 1005 ss., sostiene che “il fondamento della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni deve [...] essere ricercato nella circostanza che il giudice ordinario è storicamente e tradizionalmente il giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani, il principale titolare della funzione punitiva, funzione che solo provvisoriamente e per ragioni deflattive della giurisdizione viene svolta dalla p.a. [...]. Secondo questa prospettiva, l’ordinanza – ingiunzione è solo *provocatio ad opponendum* e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall’intervento del giudice: [...] ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), non per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della valutazione e retribuzione dei comportamenti antiggiuridici: la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell’attività ad essa alternativa giustifica l’eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo”. Una soluzione intermedia è stata, peraltro, proposta dallo stesso R. Giovagnoli, in *op. cit.*, 2013, nel senso che “la giurisdizione estesa al merito riguarda [...] solo l’importo della sanzione, ma non anche la valutazione di esistenza dei suoi presupposti”. In punto di sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, cfr., *ex plurimis*, anche G. Sabato, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia*, Vol. II, 2018, 297 ss.; A. Tortora, *La discrezionalità tecnica e il sindacato giurisdizionale delle Autorità indipendenti*, in www.contabilità-pubblica.it, 2019; R. Chieppa, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. Cirillo - R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative*, Padova, 2010; M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, Milano, 2019; C. Contessa, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice delle Comunicazioni Elettroniche Commentato e Annotato articolo per articolo*, Piacenza, 2018; F. Caringella, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell’Autorità Antitrust*, in AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano – Spagnolo*, Milano, 2009, 127 ss.

47 della Carta di Nizza e, conseguentemente, garantire un *fair trial* ed una tutela giurisdizionale effettiva – sia posto nella condizione di poter valutare la ragionevolezza delle decisioni dell'Amministrazione, sotto il profilo della proporzionalità.⁹⁸

⁹⁸ Da ultimo, vedasi la Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Decima Sezione) del 24 marzo 2021, resa nelle cause riunite C-870/19 e C-871/19 - *Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze contro MI e TB* (ECLI:EU:C:2021:233), su domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla Corte suprema di cassazione. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento (CEE) n. 3821/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all'apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada (GU 1985, L 370, pag. 8), come modificato dal regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006 (GU 2006, L 102, pag. 1). Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie che vedono opposta la Prefettura Ufficio territoriale del governo di Firenze (Italia) ai signori, rispettivamente, MI (causa C-870/19) e TB (causa C-871/19), due conducenti di veicoli adibiti al trasporto su strada, in merito a varie sanzioni amministrative loro inflitte per infrazioni della normativa relativa al rispetto del periodo di guida e ai periodi di riposo. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se l'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85 e l'articolo 19 del regolamento n. 561/2006 debbano essere interpretati nel senso che, in caso di mancata presentazione, da parte del conducente di un veicolo adibito al trasporto su strada, sottoposto a un controllo, dei fogli di registrazione dell'apparecchio di controllo relativi a vari giorni di attività nel corso del periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti, le autorità competenti dello Stato membro del luogo del controllo devono infliggere a tale conducente una sanzione unica, a fronte di un'infrazione unica, oppure più sanzioni distinte, a fronte di più infrazioni distinte il cui numero corrisponderebbe a quello dei fogli di registrazione mancanti. Secondo la Corte UE, le sanzioni per infrazione dei regolamenti nn. 3821/85 e 561/2006 devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non discriminatorie. Pertanto, al fine di rispettare il requisito di proporzionalità delle sanzioni imposto dall'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 561/2006, la sanzione dev'essere sufficientemente modulabile a seconda della gravità dell'infrazione (v., in tal senso, sentenza del 9 febbraio 2012, *Urbán*, C-210/10, ECLI:EU:C:2012:64, punti 33 e 41). Nell'ipotesi in cui l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a una simile violazione ai sensi del diritto di uno Stato membro sia insufficiente per produrre un effetto dissuasivo, il giudice nazionale sarebbe tenuto, in forza del principio di interpretazione conforme del diritto interno, a dare a tale diritto un'interpretazione per quanto più possibile conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione. L'applicazione di tale principio da parte del giudice nazionale consente a quest'ultimo di garantire, nell'ambito delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in tal senso, sentenza del 15 ottobre 2020, *Association française des usagers de banques*, C-778/18, ECLI:EU:C:2020:831, punto 59 e giurisprudenza ivi citata). Tuttavia, detto giudice dovrà altresì garantire il rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, sancito dall'articolo 49, paragrafo 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo la giurisprudenza della Corte, tale principio esige che la legge definisca chiaramente le infrazioni e le pene che le reprimono. Tale condizione si rivela soddisfatta qualora il soggetto sia in grado di sapere, sulla base del dettato della disposizione pertinente e se del caso con l'aiuto dell'interpretazione che ne è data dai tribunali, quali atti e omissioni implicino la sua responsabilità penale (sentenza del 22 ottobre 2015, *AC-Treuhand/Commission*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, punto 40). Ne consegue che, quand'anche il giudice nazionale reputasse l'importo massimo della sanzione amministrativa pecuniaria che può essere imposta nei procedimenti principali non sufficientemente elevato per produrre effetti dissuasivi, tale giudice non potrebbe imporre più sanzioni, ciascuna vertente su uno o più giorni rientranti nel periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85 e l'articolo 19 del regolamento n. 561/2006 devono essere interpretati nel senso che, in caso di mancata presentazione, da parte del conducente di un veicolo adibito al trasporto su strada, sottoposto a un controllo, dei fogli di registrazione dell'apparecchio di controllo relativi a vari giorni di attività nel corso del periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti, le autorità competenti dello Stato membro del luogo di controllo sono tenute a constatare un'infrazione unica in capo a tale conducente e a infliggergli per la stessa un'unica sanzione. Cfr. S. Marani, *Conducente senza fogli del cronotachigrafo: si applica una sola sanzione* - La mancanza dei fogli di registrazione relativi alla giornata del controllo e ai 28 giorni precedenti integra un'unica infrazione (Corte UE, sentenza 24 marzo 2021), pubblicato in *Altalex* il 02/04/2021, *Conducenti di camion: una sola sanzione anche per la mancanza di fogli del cronotachigrafo*, in *IICaso.it*, 26 marzo 2021, e Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa n. 45/21, Lussemburgo, 24 marzo 2021. V. anche Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 24 marzo 2021, resa nella causa C-950/19 (ECLI:EU:C:2021:230). Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Helsingin hallinto-oikeus sull'interpretazione dell'articolo 22 bis, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti

Ed allora scolorano le tesi che propugnano un contrasto tra il sindacato di legittimità del giudice amministrativo italiano ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto, al primo, è pacificamente riconosciuto il sindacato di ragionevolezza sui provvedimenti dell'Amministrazione, siano essi esercizio di discrezionalità amministrativa generale o di discrezionalità tecnica.⁹⁹

consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio e abroga la direttiva 84/253/CEE del Consiglio (GU 2006, L 157, pag. 87), come modificata dalla direttiva 2014/56/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014 (GU 2014, L 158, pag. 196). Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento promosso da un revisore legale dei conti abilitato dalla Camera di commercio finlandese, in merito alla decisione del Patentti- ja rekisterihallituksen tilintarkastuslautakunta (Comitato per la revisione legale dei conti dell'Ufficio brevetti e registrazioni, Finlandia) di irrogargli una sanzione in seguito della sua assunzione, con una funzione dirigenziale di rilievo, in una società di cui aveva effettuato la revisione legale dei conti. Il ricorrente nel procedimento principale ha proposto un ricorso dinanzi allo Helsingin hallinto-oikeus (Tribunale amministrativo di Helsinki, Finlandia), chiedendo la riduzione di almeno la metà della sanzione che gli era stata irrogata con la decisione controversa. Il giudice del rinvio riteneva che l'esito del procedimento principale – vertente sulla questione se l'autorità nazionale competente potesse legittimamente irrogare al ricorrente nel procedimento principale una sanzione di EUR 50 000 per inosservanza del periodo di astensione professionale di cui all'articolo 11 del capo 4 della legge sulla revisione legale dei conti – dipendesse dalla modalità di calcolo della durata di tale periodo. Infatti, al fine di pronunciarsi, conformemente all'articolo 7 del capo 10 di tale legge, sulla gravità e sulla durata della violazione contestata all'interessato, sarebbe stato necessario determinare il momento a partire dal quale si deve ritenere che tale persona abbia accettato, ai sensi dell'articolo 11 del capo 4 di tale legge, che attua nel diritto nazionale l'articolo 22 *bis*, paragrafo 1, della direttiva 2006/43, una funzione dirigenziale di rilievo nella società sottoposta a revisione. In tali circostanze, lo Helsingin hallinto-oikeus (Tribunale amministrativo di Helsinki) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: "1) Se l'articolo 22 *bis*, paragrafo 1, [della direttiva 2006/43] debba essere interpretato nel senso che un responsabile della revisione accetta una posizione come quella descritta in tale paragrafo mediante la conclusione del contratto di lavoro. 2) In caso di risposta negativa alla prima questione: se l'articolo 22 *bis*, paragrafo 1, [di detta direttiva] debba essere interpretato nel senso che un responsabile della revisione accetta una posizione come quella descritta in tale paragrafo nel momento in cui inizia ad esercitare l'attività lavorativa nella posizione di cui trattasi". Per la Corte l'articolo 22 *bis*, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio e abroga la direttiva 84/253/CEE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2014/56/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, deve essere interpretato nel senso che un revisore legale dei conti, quale il responsabile della revisione designato da un'impresa di revisione contabile in relazione a un incarico di revisione legale dei conti, deve essere considerato "accettare" una funzione dirigenziale di rilievo in un ente sottoposto a revisione, ai sensi di tale disposizione, fin dal momento in cui conclude con quest'ultimo un contratto di lavoro relativo a tale funzione, anche se non ha ancora iniziato ad esercitare effettivamente le sue funzioni. Al riguardo giova rammentare che il Tribunale amministrativo di Helsinki è responsabile della certezza del diritto in materia amministrativa. Il Tribunale amministrativo risolve i ricorsi e le controversie amministrative riguardanti le decisioni della pubblica amministrazione e si occupa anche dei ricorsi in materia di IVA e dogane in tutto il paese. Le cause sono risolte mediante procedura scritta. Se necessario, il tribunale amministrativo può decidere in merito all'organizzazione di un'audizione orale o di un riesame al fine di ottenere ulteriori chiarimenti.

⁹⁹ In tal senso, si richiama nuovamente Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, che ricorda come "la giurisprudenza di questo Consiglio, nel tentativo di superare l'angusta e, per certi versi, riduttiva contrapposizione sindacato forte-debole, si è attestata su una linea ermeneutica secondo la quale ciò che rileva non è tanto la qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ma "l'esercizio di un sindacato comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato" (Cons. St., Sez. VI, 20.2.2008, n. 595). Questa giurisprudenza ha messo in rilievo come il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ben al di là di viete e stereotipe formule definitorie, sia effetto e, insieme, garanzia, a livello nazionale ed europeo, della legalità dell'azione amministrativa, sulla quale il giudice amministrativo, come ha chiarito anche la Corte Costituzionale nella sent. 204/2004 e nella sent. 191/2006, è chiamato ad esercitare il suo controllo quale "giudice naturale". Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809, sul sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione (Tariffe idriche dopo il referendum sull'acqua).

Nella giurisprudenza nazionale degli anni più recenti emergono alcuni principi fondamentali alla luce dei quali è innegabile la giurisdizione amministrativa sul potere sanzionatorio.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Da ultimo, vedasi Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 febbraio 2021, n. 2866. Per le Sezioni Unite, “il verbale di accertamento di sanzione al Codice della Strada, in quanto *atto rientrante nell’esercizio di pubblici poteri* rientra, quindi, nell’ambito di *materia amministrativa* e, come tale, la notifica della sua impugnazione esula in maniera manifesta dal campo di applicazione del Regolamento n. 1393/2007, poiché non rientrante nella materia civile o commerciale (e neppure potendosi configurare il carattere “stragiudiziale” della notifica del verbale stesso)”. Il Regolamento (art. 1) non si applica alla materia fiscale, doganale o *amministrativa*, né alla responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell’esercizio di pubblici poteri («*acta iure imperii*»). Cfr. M. Ferrari, *È valida la multa notificata per posta a cittadino tedesco?* - La notifica effettuata in violazione della Convenzione di Strasburgo non è inesistente, ma nulla e quindi sanabile (Cass. 2866/2021), pubblicato in *Altalex* il 17/02/2021. V. anche Corte costituzionale, Sentenza 12 luglio 2021, n. 151: cfr. M. Prioschi, *Ordinanza ingiunzione: l’iter deve avere un termine*, in *Il Sole 24 Ore*, 13/07/2021, pag. 36. Il legislatore deve intervenire per colmare la lacuna normativa in base alla quale non esiste un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio mediante l’emissione dell’ordinanza-ingiunzione o di quella archiviazione degli atti. Questo è il monito contenuto nella sentenza n. 151/2021 della Corte costituzionale. La mancanza del termine specifico, non previsto nell’art. 18 della legge n. 689/1981, fa sì che l’unica scadenza che l’amministrazione pubblica, tra cui l’Ispettorato del lavoro, debba rispettare è quella della prescrizione quinquennale, peraltro soggetta a interruzione. Ma essa non è idonea a garantire al destinatario del provvedimento la “certezza giuridica della posizione” e “l’effettività del suo diritto di difesa, che richiedono contiguità temporale tra l’accertamento dell’illecito e l’applicazione della sanzione”. Da qui l’affermazione che “la lacuna normativa rende ineludibile ... un tempestivo intervento legislativo. Tale lacuna, infatti, colloca l’autorità titolare della potestà punitiva in una posizione ingiustificatamente privilegiata che, nell’attuale contesto ordinamentale, si configura come un anacronistico retaggio della supremazia speciale della pubblica amministrazione”. Il Tribunale ordinario di Venezia, in composizione monocratica, aveva sollevato, con tre ordinanze di identico contenuto, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), nella parte in cui non prevede un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio mediante l’emissione dell’ordinanza-ingiunzione o dell’ordinanza di archiviazione degli atti, per contrasto con gli artt. 3, 97 e 117, primo comma, della Costituzione. Riteneva, ancora, il giudice *a quo* che al procedimento sanzionatorio si applichi il principio espresso dall’art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) e che, tuttavia, secondo la interpretazione giurisprudenziale, il superamento del termine di conclusione del procedimento non comporta l’invalidità dell’ordinanza-ingiunzione che sia stata emessa entro il termine di prescrizione quinquennale, ciò che confliggerebbe con l’esigenza di assicurare la certezza dei diritti dei privati, con conseguente violazione del legittimo affidamento, la cui protezione è riconosciuta anche nell’ordinamento eurounitario (dove la ritenuta violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.), e del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa, potendo il termine prescrizione “trovare applicazione solo in caso di attività processuale e non amministrativa”. Il Tribunale di Venezia prospettava, altresì, la violazione del principio di uguaglianza, rimarcando che il legittimo affidamento, quale canone dell’azione amministrativa, rappresenta un corollario dell’imparzialità “che affonda le sue radici proprio nella nozione di uguaglianza in senso sostanziale consacrata nell’art. 3 della Costituzione” e può essere generato sia da un atto illegittimo, sindacabile sotto il profilo dell’eccesso di potere, sia da un atto legittimo, ma dannoso, sia dall’inerzia colpevole. Ad avviso dell’ente locale resistente, invece, il termine di cui all’art. 2 della legge n. 241 del 1990 sarebbe incompatibile con il procedimento sanzionatorio, avendo quest’ultimo carattere contenzioso e speciale e necessitando, proprio nell’interesse dell’incolpato, di tempi di definizione più ampi. Né dalla inosservanza di detto termine potrebbe, in ogni caso, discendere l’illegittimità costituzionale delle sanzioni opposte. Soggiungeva l’Avvocatura generale dello Stato che la censura relativa al *vulnus* all’art. 97 Cost., più che all’imparzialità dell’Amministrazione, sembrerebbe riferirsi al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., la cui violazione, tuttavia, non sarebbe, nella specie, configurabile, non potendo il procedimento sanzionatorio disciplinato dalla legge n. 689 del 1981 essere comparato al procedimento amministrativo in generale. Nel dichiarare l’inammissibilità delle questioni in esame – essendo rimessa alla valutazione del legislatore l’individuazione di termini che siano idonei ad assicurare un’adeguata protezione agli evocati principi costituzionali, se del caso prevedendo meccanismi che consentano di modularne l’ampiezza in relazione agli specifici interessi di volta in volta incisi – la Corte ha statuito che “A fronte della specifica esigenza di contenere nel tempo lo stato di incertezza inevitabilmente connesso alla esplicazione di una speciale prerogativa pubblicistica, quale è quella sanzionatoria, capace di incidere unilateralmente e significativamente sulla situazione giuridica soggettiva dell’incolpato, non risulta adeguata la sola previsione del termine di prescrizione del diritto alla riscossione delle somme dovute per le violazioni amministrative, previsto dall’art. 28 della legge n. 689 del 1981. Esso, al di là della varietà delle ipotesi ricostruttive cui la natura “ibrida” della nozione

Perciò è improcrastinabile un ripensamento della vigente disciplina, più orientato a osservare i precetti costituzionali. Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle istituzioni politiche e giurisdizionali la bussola necessaria a servire al meglio le esigenze dei singoli cittadini e dell'intera comunità.¹⁰¹

legislativa ha dato adito – che ne individuano l'oggetto ora nel diritto di credito dell'autorità competente, ora nell'illecito, ora nello stesso potere sanzionatorio – identifica il margine temporale massimo dell'inerzia dell'amministrazione, superato il quale l'ordinamento presume il venir meno dell'interesse pubblico a dare attuazione alla pretesa punitiva. L'ampiezza di detto termine, di durata quinquennale e suscettibile di interruzione, lo rende idoneo a garantire, di per sé solo, la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del suo diritto di difesa, che richiedono contiguità temporale tra l'accertamento dell'illecito e l'applicazione della sanzione". V. anche Cassazione, Sez. lavoro, 2 novembre 2021, n. 31108: cfr. *Opposizione all'ordinanza-ingiunzione amministrativa: il termine per la produzione di documenti da parte della PA è perentorio?*, in *ILCaso.it*, 28 novembre 2021. Nel procedimento di opposizione all'ordinanza-ingiunzione irrogativa di sanzione amministrativa, il modello processuale prefigurato dal legislatore, governato dal principio dispositivo, non prevede particolari sanzioni processuali per omissioni o ritardi di attività delle parti, né inficia di nullità eventuali deviazioni dal modello stesso, sicché l'inosservanza, da parte dell'autorità che ha emesso il provvedimento opposto, del termine per il deposito dei documenti relativi all'infrazione fissato dall'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, indipendentemente dalla tempestività della sua costituzione, non implica, in difetto di espressa previsione di sua perentorietà, alcuna decadenza, né rende la relativa esibizione nulla, ma meramente irregolare: "Infatti, il procedimento di opposizione ad ordinanza-ingiunzione relativa a violazioni attinenti alla costituzione del rapporto di lavoro, sebbene regolato dal rito del lavoro, non rientra tra quelli per i quali l'art. 3 della l. n. 742/1969 dispone l'inapplicabilità della sospensione dei termini nel periodo feriale, assumendo rilievo non il rito, ma la sua natura, *costituita in questo caso dall'accertamento o meno dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio della potestà sanzionatoria* (Cass. n. 8979 del 2018, Cass. n. 8673 del 2018, Cass. n. 12506 del 2011). Pertanto, alla fattispecie in esame, rientrante tra le controversie concernenti l'opposizione ad ordinanza-ingiunzione che irroga una sanzione per violazione di norme poste a tutela del lavoratore, si applica la sospensione feriale dei termini [v. nota n. 93 *supra*] ... In secondo luogo, deve considerarsi che in tema di opposizione a sanzione amministrativa, grava sull'amministrazione opponente l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito, ma la sua inerzia processuale non determina - pur a fronte dell'art. 6 co. 10 lett. b) del D.lgs. n. 150 del 2011 e dell'analogo art. 7 co. 9 lett. b) - l'automatico accertamento dell'infondatezza della trasgressione, poiché *il giudice, chiamato alla ricostruzione dell'intero rapporto sanzionatorio e non soltanto alla valutazione di legittimità del provvedimento irrogativo della sanzione*, può sopperirvi sia valutando i documenti già acquisiti sia disponendo di ufficio i mezzi di prova ritenuti necessari (cfr. Cass. n. 24691 del 2018). *In siffatta materia, pertanto, non si pone un problema di perentorietà o di ordinarietà dei termini, per ciò che concerne il deposito degli atti posti a fondamento della rilevata trasgressione, dovendo invece aversi riguardo alla natura del procedimento nonché al potere e alla funzione giurisdizionale, in sede di opposizione a sanzione amministrativa, che si concreta in un giudizio sul rapporto e non sull'atto* e che, quindi, riconduce tutta la tematica dei documenti della P.A., relativi all'infrazione, nell'ambito della irregolarità processuale e non in quella della decadenza" (corsivi aggiunti). Dal momento che anche il processo amministrativo è ormai divenuto giudizio sul rapporto, e non più sul solo atto, "*l'accertamento o meno dell'esistenza dei presupposti per l'esercizio della potestà sanzionatoria*" non può che spettare alla giustizia amministrativa.

¹⁰¹ Cfr. L. Serra, *Sanzioni amministrative in materia bancaria: quale giudice decide?* - La giurisdizione è del giudice ordinario che ha cognizione sugli atti amministrativi presupposti all'emanazione del provvedimento finale (Cass. SS.UU., sentenza 4365/2020), pubblicato in *Altalex* il 09/03/2021. Le controversie relative all'applicazione di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 385/1993 (TUB) per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria sono devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario. Sono questi i principi sanciti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 4365 del 3 novembre 2020 che risolve la questione riguardante la giurisdizione per le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative nel caso di violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria. La vicenda trae origine dalla pronuncia con la quale il Consiglio di Stato, riformando una sentenza emessa dal TAR del Lazio, ha dichiarato la giurisdizione del Giudice amministrativo sull'atto regolamentare presupposto a monte del provvedimento sanzionatorio emesso dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 385/1993 (TUB) per la consumazione di alcune violazioni al testo unico bancario e delle disposizioni di attuazione riscontrate a seguito degli accertamenti ispettivi svolti tra il 2014 ed il 2015.

Ovviamente, per la particolarità delle materie (che sottendono una specialità tecnica non indifferente: es. materie economico-finanziarie e questioni di diritto civile ad esse strettamente collegate, come nel caso delle banche e degli intermediari finanziari, nonché dei notai¹⁰²), il legislatore ha scelto di

La Banca d'Italia ha proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. e art. 362 c.p.c. contestando che il Consiglio di Stato non aveva considerato che la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia per la violazione della normativa bancaria e finanziaria è espressamente devoluta dalla legge al Giudice ordinario ai sensi di quanto disposto dall'art. 145, comma 4 TUB. La Banca d'Italia ha inoltre eccepito che il Giudice amministrativo d'appello non aveva correttamente valutato che la cognizione degli atti presupposti di un provvedimento asseritamente illegittimo deve seguire le regole della giurisdizione relative all'impugnazione del provvedimento stesso. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite della Cassazione riguarda la possibilità di attribuire o meno la cognizione degli atti amministrativi e regolamentari presupposti al Giudice che ha la giurisdizione sul provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa ritenuto asseritamente illegittimo. Nel richiamare un proprio recente orientamento giurisprudenziale, la Cassazione ha dato una risposta affermativa a questo quesito, avendo già avuto modo di affermare che le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145 TUB per violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria debbono essere devolute alla giurisdizione del Giudice ordinario (Cass. civ., Sez. Un., 02.10.2019, n. 24609). La cognizione del Giudice ordinario si estende infatti agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale con il quale è stata irrogata la sanzione, in quanto essi rappresentano la ragione giustificativa della potestà sanzionatoria incidendo su posizioni di diritto soggettivo. La Cassazione ricorda, a tal proposito, che la giurisdizione va determinata sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo, rileva non la prospettazione compiuta dalle parti bensì il *petitum* sostanziale (Cass. civ., Sez. Un., 23.09.2019, n. 23551; Cass. civ., Sez. Un., 14.07.2017, n. 17547; Cass. civ., Sez. Un. 25.02.2016, n. 3732; Cass. civ., Sez. Un., 07.04.2015, n. 6916; Cass. civ., Sez. Un. 05.07.2013, n. 16883; Cass. civ., Sez. Un. 11.10.2011, n. 20902; Cass. civ., Sez. Un., 26.06.2010, n. 15323). Quest'ultimo va identificato non solo in base al provvedimento che si chiede al Giudice, ma anche alla *causa petendi*, essendo necessario indagare sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto fatto valere in giudizio ed alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive in cui esso si articola e si svolge (Cass. civ., Sez. Un., 05.08.2007, n. 10375; Cass. civ., Sez. Un., 01.08.2006, n. 17461; Cass. civ., Sez. Un., 30.11.2006, n. 25521; Cass. civ., Sez. Un. 11.04.2006, n. 8374). Con riferimento al tema delle sanzioni amministrative, le Sezioni Unite hanno peraltro già avuto modo di affermare che il sindacato del Giudice del provvedimento sanzionatorio si estende, in ossequio al principio *accessorium sequitur* principale, alla validità sostanziale del rapporto presupposto, concernendo tutte le fasi procedurali in cui lo stesso si scandisce, nonché gli atti presupposti e regolamentari posti a fondamento dell'emissione del provvedimento impugnato, i quali delineano il *modus* di esercizio della *potestas iudicandi* (Cass. civ., Sez. 09.05.2010, n. 11082; Cass. civ., Sez. Un., 17.12.2018, n. 32625; Cass. civ., Sez. Un., 07.07.2014, n. 15427; Cass. civ., Sez. Un. 15.09.2010, n. 19552; Cass. civ. Sez. Un. 14.04.2010, n. 8836; Cass. civ. Sez. Un. 08.11.2005, n. 21592). In merito al procedimento sfociato nell'emissione da parte della Banca d'Italia della sanzione amministrativa ex art. 145 TUB, la Cassazione ha dunque osservato che la cognizione degli atti presupposti va riconosciuta in capo al Giudice che, in ordine al medesimo, ha giurisdizione costituendo questi ultimi la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata. La valutazione dell'esercizio dei poteri da parte dell'Autorità spetta, in altri termini, al Giudice a cui spetta la giurisdizione sul provvedimento finale che di tali poteri costituisce espressione. Le Sezioni Unite hanno pertanto accolto il ricorso, cassando la sentenza e dichiarando conseguentemente la giurisdizione del Giudice ordinario sugli atti amministrativi. *Contra* Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit.: la giurisdizione del giudice ordinario riguarda la sanzione inflitta dalla Consob e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo (v. nota n. 91 *supra*).

¹⁰² Ad esempio, sulla responsabilità disciplinare del notaio (*munus* pubblico per antonomasia), vedasi l'art. 26 (Dell'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai) del d.lgs. n. 150/2011: "1. Le controversie in materia di impugnazione dei provvedimenti disciplinari e quelle in materia di impugnazione delle misure cautelari rispettivamente previste dagli articoli 158 e 158-*novies* della legge 16 febbraio 1913, n. 89, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. 2. È competente la corte di appello del distretto nel quale ha sede la Commissione amministrativa regionale di disciplina che ha pronunciato il provvedimento impugnato. Per i provvedimenti cautelari pronunciati dalla corte di appello ai sensi dell'articolo 158-*septies*, comma 2, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, è competente la corte di appello nel cui distretto è ubicata la sede della Commissione più vicina. Al giudizio partecipa il pubblico ministero. 3. Il ricorso avverso il provvedimento disciplinare va proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione della decisione, a cura della parte interessata o, in difetto, nel termine di sei mesi dal suo deposito.

stabilire la giurisdizione ordinaria, ma ciò pare porsi in contrasto con la Carta costituzionale che, notoriamente, ha rango gerarchico superiore e non può essere derogata da leggi ordinarie.

Il ricorso avverso la misura cautelare va proposto, a pena di inammissibilità, entro dieci giorni dalla notificazione del provvedimento impugnato. 4. Contro la decisione della corte di appello sul reclamo avverso il provvedimento disciplinare è ammesso ricorso per cassazione nei soli casi previsti dai numeri 3) e 5) del primo comma dell'articolo 360 del codice di procedura civile. 5. Contro la decisione della corte di appello sul reclamo avverso il provvedimento cautelare è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge. 6. La Corte di cassazione pronuncia con sentenza in camera di consiglio, sentite le parti." Nonostante la norma regoli testualmente "Le controversie in materia di impugnazione dei provvedimenti disciplinari e quelle in materia di impugnazione delle misure cautelari", la Cassazione ha negato tale connotazione impugnatoria. Per Cassazione civile, Sez. II, 26 febbraio 2021, n. 5426, i presupposti per l'applicazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, del versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale (cd. doppio contributo), a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13 sussistono solo allorché si è in presenza di un giudizio di tipo impugnatorio (nella specie, la S.C. ha escluso la debenza del predetto importo supplementare valorizzando la natura non impugnatoria del giudizio di reclamo innanzi alla Corte di appello avverso il provvedimento disciplinare assunto nei confronti di un notaio da una Commissione regionale di disciplina). Cfr. *Doppio contributo unificato solo quando vi sia un giudizio impugnatorio*, in *IICaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25092 - pubb. 06/04/2021. La natura del giudizio innanzi alla Corte di Appello a seguito della decisione di una CO.RE.DI, non ha natura impugnatoria. Tanto emergerebbe anche da una recente pronuncia della stessa Corte (Cass. civ., sez. un., 18 gennaio 2019, n. 1415, in *Foro it.*, 2019, 3, 1, 811, e in *Giur. it.*, 2019, 12, 2661, con nota di C. Oliana, *Le Sezioni unite includono nell'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 150/2011 i vizi processuali*, *ibidem*, 2664-2670). Pertanto, non sussistevano, come erroneamente dichiarato dalla Corte di Appello, i presupposti per il pagamento del detto doppio contributo. In realtà, l'art. 158 Legge notarile (n. 89 del 1913) prevede che "Le decisioni della Commissione possono essere impugnate in sede giurisdizionale, anche dalle parti intervenute ai sensi dell'art. 156-*bis*, comma 5 e, in ogni caso, dal procuratore della Repubblica competente per l'esercizio dell'azione disciplinare. Le decisioni della Commissione diventano esecutive, se non è proposto reclamo nei termini previsti dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, art. 26". La CO.RE.DI., come precisa la stessa enunciazione dell'art. 148 della c.d. Legge notarile, è un organo amministrativo e non giurisdizionale. Dunque, il procedimento davanti alla Corte d'Appello non si può configurare come un secondo grado, ma più propriamente è da intendere come un mezzo di tutela giurisdizionale che assicura il riesame del merito rispetto alla decisione dell'organo amministrativo. Il richiamato decreto sulla semplificazione dei riti (d.lgs. n. 150 del 2011) ha abrogato gli artt. 158-*bis* e 158-*ter* della citata Legge notarile e ha previsto, tra l'altro, all'art. 26 che il giudizio avanti alla Corte d'Appello è regolato dal rito sommario di cognizione, come introdotto dall'art. 702-*bis* c.p.c., in virtù dei caratteri di semplificazione della trattazione e dell'istruzione della causa, evidenziati dal rinvio, ad opera della normativa previgente, alla disciplina del procedimento in camera di consiglio, e del resto corrispondenti al suo circoscritto oggetto che, anche per la sua natura, ne impone altresì la snellezza. Per Cassazione civile, Sez. II, 19 febbraio 2021, n. 4526, l'art. 26 d.lgs. n. 150/2011, che si limita a consentire la ricorribilità in cassazione delle decisioni adottate dalla Corte d'Appello in materia di procedimenti disciplinari concernenti i notai solo per violazione di legge, non esclude la possibilità di censurare eventuali violazioni di norme processuali riconducibili ai vizi di cui all'art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c., ciò in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed al fine di garantire la piena tutela delle garanzie primarie del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio (Cass. S.U. n. 1415/2019, cit.). Da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. II, 22 febbraio 2021, n. 4645: cfr. *Responsabilità disciplinare del notaio per illecita concorrenza mediante riduzione degli onorari*, in *IICaso.it*, 22 marzo 2021. L'impianto e le regole che modellano il procedimento sanzionatorio, ove la prova del fatto sanzionato compete all'organo di disciplina, non ostano – in linea di principio – all'ammissibilità di fattispecie di illecito di mero pericolo o di pura condotta, in cui il disvalore si concentra sul comportamento in sé considerato ed è sufficiente che l'interesse tutelato sia anche solo esposto al rischio di patire un pregiudizio. D'altronde, anche in materia penale e in un sistema processuale ugualmente ispirato al modello accusatorio, la previsione di reati di pericolo, già ritenuta coerente con il principio di tipicità di cui all'art. 25 Cost., è reputata ammissibile ed è affidata alla discrezionalità del legislatore sia quanto alla scelta di introdurre, nei vari settori, siffatte tipologie di illeciti, sia in merito all'individuazione delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo e riguardo alla soglia di pericolosità alla quale far riferimento, con il solo limite della non arbitrarietà o irragionevolezza delle soluzioni normative adottate (Corte Cost. n. 333/1991). In tale contesto nessun esimente potrebbe trarsi dal fatto che al ricorrente, sottoposto ad altre ispezioni dal Sovrintendente dell'Archivio notarile, non fossero stati mossi analoghi rilievi: il principio dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare esclude che l'inerzia dell'autorità investita del potere disciplinare possa far sorgere un legittimo affidamento nella liceità della condotta, ove la stessa contrasti con precetti imposti dalla legge, dal codice di comportamento o dalla contrattazione collettiva (così, in materia di lavoro subordinato, Cass. n. 8722/2017; Cass. n. 14245/2019).

Dovrebbe, quindi, mettersi mano all'assetto di riparto giurisdizionale cristallizzato nella Costituzione per potersi prevedere la giurisdizione civile su "gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni".¹⁰³

All'esercizio di un pubblico potere corrisponde un interesse legittimo. Tale ultimo rilievo caratterizza il ruolo essenziale che la p.a. sta assumendo nel nuovo schema legislativo, che assegna alla stessa p.a. una prevalente funzione di controllore (controllo *ex post*) di vicende giuridiche che, di fatto, si sono già realizzate.

Lo stesso discorso vale per le sanzioni disciplinari emesse dagli ordini professionali di appartenenza, quali enti pubblici non economici, in caso di violazioni del codice deontologico (oltre alle libere professioni, si pensi ai magistrati¹⁰⁴). Anche in questo caso viene infatti in rilievo l'esercizio di un potere amministrativo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.¹⁰⁵

¹⁰³ Da ultimo, la Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 6895 dell'11 marzo 2021, ha accolto il ricorso di un barista che era stato multato per non aver rispettato l'orario di chiusura stabilito con Regolamento comunale. Secondo i supremi giudici, infatti, la tutela della concorrenza è una materia di competenza esclusiva dello Stato (art. 117 c. 2 lett. e) Cost.). Pertanto, sono illegittime le disposizioni normative regionali con le quali sono stati introdotti limiti e vincoli all'attività commerciale. Tali disposizioni, infatti, si pongono in contrasto con il Decreto Bersani (art. 3 c. 1 lett. d *bis*) d.l. n. 223/2006, come modificato dall'art. 31 c. 1 d.l. n. 201/2011) ai sensi del quale le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, anche concernenti l'obbligo della chiusura. Quindi, le Regioni che intervengono nella disciplina relativa alle modalità di apertura degli esercizi commerciali, ascrivibile alla tutela della concorrenza, invadono una competenza esclusiva dello Stato. Infatti, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che la normativa statale volta all'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura degli esercizi commerciali è da considerarsi appartenente alla materia della tutela della concorrenza e attua un principio di liberalizzazione del commercio. Pertanto, sono conseguentemente illegittimi gli atti amministrativi o regolamentari attuativi di tali disposizioni regionali che invadono la competenza esclusiva statale. Secondo la Cassazione, il regolamento comunale, basato sulla legge regionale, in base al quale è stata emessa l'ordinanza-ingiunzione, avrebbe dovuto essere disapplicato perché illegittimo in relazione alla condotta contestata (ossia apertura oltre gli orari consentiti). Inoltre, il regolamento comunale non poteva derogare al principio di libera concorrenza sancito dal d.l. n. 223/2006. Una deroga a tale principio è prevista in relazione alla libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali solo se giustificata da ragioni di tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. I giudici di legittimità ricordano come il Sindaco abbia il potere di: adottare ordinanze contingibili e urgenti (art. 50 c. 5 TUEL), con le quali impone eventualmente orari di chiusura dei predetti esercizi per la tutela di altri valori costituzionalmente rilevanti; tali provvedimenti, tuttavia, per loro intrinseca natura, devono spiegare effetti spaziali e temporali limitati e devono essere sorretti da una specifica ed adeguatamente motivata individuazione delle situazioni di fatto dalle quali potrebbe originarsi la lesione di interessi pubblici, quali quelli connessi alla salvaguardia dei valori della sicurezza e della salute (che, quindi, non possono essere disciplinati, in via generale, da regolamenti locali con efficacia indifferenziata e temporalmente indeterminata). Per tutte le ragioni sopra esposte, viene accolto il ricorso e disposto l'annullamento dell'ordinanza ingiunzione. Cfr. M. Ferrari, *Barista multato: Comune non può imporre orario di chiusura ai locali* - In materia di tutela della concorrenza, sono illegittime le norme degli enti locali che regolano gli orari degli esercizi commerciali (Cassazione n. 6895/2021), pubblicato in *Altalex* il 31/03/2021.

¹⁰⁴ Il decreto del Ministro della Giustizia emesso ex art. 127 d.P.R. n. 3 del 1957, con il quale si decreta la decadenza dall'impiego di un magistrato per essere rimasto assente dall'ufficio per un periodo superiore a quindici giorni senza giustificato motivo, non ha natura disciplinare e, dunque, non può essere impugnato dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, quale giudice dell'impugnazione dei provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati, bensì dinanzi alla giurisdizione amministrativa (Cass., Sez. Un., Sentenza n. 15762 del 07/06/2021): cfr. *Decadenza dall'impiego di un magistrato per assenza ingiustificata di quindici giorni*, in *II Caso.it*, 8 luglio 2021.

¹⁰⁵ Ad esempio, in tema di giudizi disciplinari innanzi al Consiglio nazionale forense, privi di termini perentori per l'inizio, lo svolgimento e la definizione del procedimento, la natura giurisdizionale delle funzioni attribuite all'organo giudicante giustifica l'inapplicabilità dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990, il cui ambito operativo è espressamente limitato all'attività amministrativa, con la conseguenza che rispetto a tale procedimento trova applicazione soltanto il principio di ragionevole durata del processo, previsto dall'art. 6 della CEDU e consacrato nell'ordinamento interno dall'art. 111, comma 2, Cost., la cui inosservanza non comporta l'invalidità del procedimento né della decisione: cfr. *Procedimento disciplinare contro l'avvocato: quali conseguenze può*

comportare l'eccessiva durata del procedimento?, in *IlCaso.it*, 29 maggio 2021. Per Cass., SS.UU., sent. 17 maggio 2021, n. 13167: "Il procedimento dinanzi al COA, pur avendo natura amministrativa e non giurisdizionale, costituisce infatti oggetto di una disciplina speciale, la quale non prevede termini per l'avvio, lo svolgimento e la definizione, al di fuori di quelli posti a tutela del diritto di difesa e di quello di prescrizione dell'azione disciplinare: nell'ambito di tale procedimento, è stata pertanto esclusa l'applicabilità dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, essendo stato osservato che la mancata previsione di un termine finale è coesistente al fatto che il procedimento disciplinare debba avere una durata sufficiente a consentire all'incolpato di sviluppare compiutamente la propria difesa (cfr. Cass., Sez. Un., 27/10/2020, n. 23593; in riferimento al procedimento disciplinare nei confronti degli esercenti altre professioni, Cass., Sez. III, 7/11/2002, n. 15642; 15/01/2002, n. 369). La brevità del termine di novanta giorni previsto dalla predetta disposizione, come modificata dall'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge di conversione 15 maggio 2005, n. 80, ha indotto d'altronde ad escluderne, in linea più generale, l'applicabilità ai procedimenti amministrativi di tipo sanzionatorio, in riferimento ai quali è stato riconosciuto valore preminente all'esigenza di assicurare all'incolpato, mediante l'instaurazione del contraddittorio e la previsione di una durata adeguata, la possibilità di predisporre le proprie difese (cfr. Cass., Sez. II, 22/02/2006, n. 3852; 10/11/2004, n. 21406). In particolare, esso è stato ritenuto inapplicabile ai procedimenti di cui alla legge n. 689 del 1981, essendosi rilevato che, nonostante la portata generale dell'art. 2 cit., espressione di una esigenza di celerità del procedimento non dissimile, nella sostanza, da quella cui risponde il principio d'immediatezza sancito dall'art. 14 di detta legge, la disciplina da quest'ultima prevista delinea un procedimento scandito in fasi i cui tempi sono regolati in modo tale da non consentire, anche nell'interesse dell'incolpato, il rispetto di un termine così breve (cfr. Cass., Sez. Un., 27/04/2006, n. 9591; Cass., Sez. II, 4/03/2015, n. 4363; Cass., Sez. I, 12/06/2006, n. 13589). Quanto invece al procedimento dinanzi al CNF, la natura pacificamente giurisdizionale delle funzioni a quest'ultimo attribuite in materia disciplinare (cfr. Cass., Sez. Un., 24/01/2019, n. 2084; 16/05/2013, n. 11833; 3/05/2005, n. 9097) deve considerarsi di per sé sufficiente a giustificare l'inapplicabilità dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, il cui ambito operativo è espressamente limitato all'attività amministrativa, con la conseguenza che, rispetto a tale procedimento, può ritenersi operante soltanto il principio di ragionevole durata del processo, previsto dall'art. 6 della CEDU e consacrato nell'ordinamento interno dall'art. 111, secondo comma, Cost., la cui inosservanza non comporta tuttavia l'invalidità né del procedimento né della decisione". È opportuno premettere che il Codice deontologico forense non ha carattere normativo, essendo costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la propria professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa: in sede di legittimità, la violazione di tali regole non è pertanto deducibile ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ., non rilevando di per sé, ma solo in quanto si colleghi all'incompetenza, all'eccesso di potere o alla violazione di legge, cioè ad una delle ragioni per le quali l'art. 36 della legge n. 247 del 2012 consente il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (cfr. in riferimento al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, Cass., Sez. Un., 25/06/2013, n. 15873). Nell'ambito di tale disciplina, l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni e la scelta della sanzione più adeguata spettano poi in via esclusiva al giudice disciplinare, le cui valutazioni restano sottratte al controllo di legittimità, a meno che non si traducano, per illogicità o incongruenza della motivazione, in un evidente sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito (cfr. Cass., Sez. Un., 31/07/2018, n. 20344; 2/12/2016, n. 24647). Secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza 8 giugno - 30 luglio 2021, n. 21962, l'impugnazione, promossa in base all'articolo 56 del Regio Decreto Legge 27 novembre 1933, n. 1578, può avere ad oggetto soltanto questioni relative all'incompetenza, all'eccesso di potere ed alla violazione di legge. Si tratta infatti di un controllo di legittimità della decisione del giudice disciplinare, dal quale sono esclusi accertamenti in fatto e apprezzamenti sulla rilevanza delle questioni di fatto rispetto all'imputazione, a meno che non si traducano in un palese sviamento di potere, che secondo il Supremo Collegio, si manifesta solo nell'"uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito". Da ultimo, vedasi Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa n. 106/21 (Lussemburgo, 17 giugno 2021) - Conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa C-55/20, *Ministerstwo Sprawiedliwości*: la direttiva sui servizi si applica ai procedimenti disciplinari promossi nei confronti di avvocati, il cui esito possa incidere sulla capacità di tali avvocati di continuare a prestare servizi legali. Se del caso, i giudici nazionali sono tenuti a prescindere dalle disposizioni di diritto nazionale in materia di competenza giurisdizionale e dalle pronunce di un giudice di grado superiore qualora le ritengano incompatibili con il diritto dell'Unione, in particolare con il principio dell'indipendenza dei giudici. L'avvocato generale esamina poi la questione se la direttiva sui servizi sia applicabile ai procedimenti concernenti la responsabilità disciplinare degli avvocati e conclude in senso affermativo. Così come l'iscrizione all'ordine degli avvocati ai fini dell'autorizzazione all'esercizio della professione costituisce un regime di autorizzazione ai sensi di tale direttiva, anche i procedimenti disciplinari costituiscono una componente di detto regime. Egli sottolinea che la prestazione di servizi di consulenza legale rientra nell'ambito di applicazione della direttiva. Infatti, la rappresentanza in giudizio costituisce indubbiamente un tipo specifico di servizio, la cui prestazione, in ragione

2.5 - La fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni

In buona sostanza, ciò che la normativa vuol far rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono “le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all’esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni”, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale.¹⁰⁶

Ambiti, questi, dove sicuramente può constatarsi la presenza di un potere amministrativo.¹⁰⁷

della sua importanza ai fini di una buona amministrazione della giustizia, è disciplinata minuziosamente e soggetta a specifiche norme deontologiche. Resta il fatto che, benché sia sottoposta a norme specifiche, la rappresentanza legale è un servizio ai sensi della direttiva sui servizi. Pertanto, anche i procedimenti disciplinari nei confronti degli avvocati iscritti rientrano nel regime poiché, in esito a tali procedimenti, gli avvocati possono essere sospesi o radiati e può essere loro impedita la reinscrizione per un periodo di dieci anni. Tali misure costituiscono una revoca dell’autorizzazione ai fini dell’articolo 10, paragrafo 6, della direttiva sui servizi. Inoltre, nella misura in cui la direttiva sui servizi è applicabile, al caso di cui trattasi si applica anche, in linea di principio, la Carta, compreso il suo articolo 47. Ciò significa che il giudice del rinvio è tenuto ad applicare l’articolo 47 della Carta nell’ambito del procedimento dinanzi ad esso pendente: cfr. S. Occhipinti, *La direttiva servizi si applica anche agli avvocati* - L’avvocato generale della CGUE ha depositato le conclusioni nella controversia C-55/20, destinate ad avere riflessi importanti sulla professione forense, pubblicato in *Altalex* il 02/07/2021.

¹⁰⁶ La Corte costituzionale ha definito i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva, esigendo: (a) che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e/o d’interesse legittimo strettamente connesse; (b) che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di blocchi di materie, ma di materie determinate; (c) che l’Amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità, cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell’esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio (Corte cost., sent. n. 35/2010 e ord. n. 167/2011).

¹⁰⁷ Cfr. Cass., SS.UU., ord. 17 maggio 2013, n. 12111: è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, lett. a), n. 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la controversia avente ad oggetto l’applicazione di una penale al gestore del trasporto pubblico da parte dell’Amministrazione concedente, in conseguenza di un’assunta violazione delle disposizioni regolanti il servizio, atteso che la relativa imposizione, ancorché prevista in un atto qualificato “contratto”, non costituisce espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attiene all’esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del medesimo servizio pubblico, equivalendo, in quanto tale, all’irrogazione di una vera e propria sanzione, senza che rilevi che la riscossione di detta penale sia operata dall’Amministrazione mediante detrazione dal corrispettivo, trattandosi soltanto di una modalità attuativa della pretesa, e non di circostanza che collochi l’ente concedente nella posizione di creditore di prestazione insita in un vincolo sinallagmatico. In questa pronuncia il rapporto dedotto in giudizio aveva natura concessoria e la irrogazione della sanzione, secondo quanto stabilito dalle S.U. non costituiva espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario ma all’esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, assumendo la natura di una vera e propria sanzione, nonostante la formale previsione della stessa in un atto qualificato “contratto” (“Rientrando il contratto di servizio nell’ambito dei c.d. “accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo”, con i quali vengono disciplinate le modalità di espletamento del servizio affidato in concessione al gestore”). In tal senso la pronuncia è influenzata dalla giurisprudenza delle stesse S.U. che ha avuto modo di precisare che “anche a seguito dell’abrogazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, per effetto del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 4, comma 1, all. 4, resta devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il rispetto degli obblighi nascenti da una convenzione stipulata tra un Comune o altro ente pubblico concedente ed un privato, volta a disciplinare il contenuto di una concessione ... trattandosi di un causa inerente all’esecuzione di accordo da qualificare come integrativo o sostitutivo di provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell’art. 133, lett. a), n. 2, del citato d.lgs., che individua tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo (v. ord. n. 1713 del 24.1.2013); tale principio costituisce conferma di quello analogo, precedentemente affermato (v. ord. n. 3689 del 9.3.2012), sotto la vigenza della L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 5”. Tale concezione deve considerarsi superata in quanto non conforme al diritto positivo ed a quello vivente (tanto che il P.G., con articolata requisitoria, aveva concluso per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario).

Di recente, TAR Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 462, richiamando Cass., SS.UU., ord. 17 maggio 2013, n. 12111, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla penale per inadempimento agli obblighi derivanti da una concessione: rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art.

La tentazione di ravvisare la giurisdizione amministrativa ogniqualvolta si verta su interessi pubblici è prassi consolidata nel panorama nazionale e spesso si finisce col creare delle distorsioni perniciose ed esiziali.¹⁰⁸

Delle due l'una: o si rientra effettivamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, quindi, necessariamente si tratta di "interessi legittimi" connessi all'esercizio del potere pubblico (*condicio sine qua non*), a cui talvolta possono connettersi "diritti soggettivi" in casi particolari¹⁰⁹; oppure, se mancano del tutto gli "interessi legittimi" e, di conseguenza, l'esercizio del potere, viene a cadere la giurisdizione amministrativa *tout court*. Del resto, in base agli insegnamenti della Consulta (sentenze della Corte cost. nn. 204/2004 e 191/2006), recepiti nel d.lgs. n. 104/2010, il giudice amministrativo non è "giudice della p.a.", bensì il giudice deputato a vigilare sul legittimo esercizio del potere pubblico. Emblematico è il caso delle concessioni, in ordine alle quali persiste

133, comma 1, lett. c), c.p.a. la controversia avente ad oggetto l'irrogazione di penali contrattuali al concessionario del servizio pubblico di trasporto navale verso le isole minori poiché la penale contrattuale non è qualificabile come canone, né come corrispettivo, ma costituisce una forma di liquidazione anticipata del danno; in aggiunta, essa è frutto anche dell'esercizio di attività di vigilanza e controllo sullo svolgimento del servizio di trasporto marittimo da parte dell'ente concedente.

¹⁰⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421 (con note di P. Cerbo, *La decadenza dalla concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?*, in *Urb. e appalti*, 2014, 5, 578-583, A. Moliterni, *Il giudice dei servizi pubblici e l'"araba fenice" del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 2, 148, e A. De Siano, *Brevi osservazioni sulla perdurante utilità delle situazioni giuridiche soggettive nella definizione di limiti e contenuti della giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amm.*, 2014, 9, 2447), laddove si statuisce che relativamente al riparto di giurisdizione sulle concessioni "non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., Sez. un., 8 agosto 1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9 maggio 2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, 12° comma, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. È proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività" (pt. 2.7 dir.). Quasi a dire – e qui sta il paradosso – che nell'appalto pubblico non vi sarebbe un interesse pubblico della p.a. e della collettività generale: sia consentito il rinvio a M. Ceruti, *L'anacronismo della simbiosi tra concessioni e servizi pubblici: trilateralità e altre aporie nell'ordinamento giuridico italiano*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2019, 1, 1-57.

¹⁰⁹ Si pensi agli espropri, con la "degradazione" del diritto di proprietà, o agli accordi amministrativi, ed al risarcimento dei danni da illecito provvedimento, il quale presuppone che un soggetto sia stato leso dal provvedimento (o dal comportamento) illegittimo dell'Amministrazione reso nell'esplicazione (ovvero nell'inerzia) di una funzione pubblica.

una certa ambiguità, specialmente in ordine alla giurisdizione amministrativa esclusiva: è “l’insostenibile leggerezza delle concessioni”.¹¹⁰

In Italia, la materia delle concessioni – vuoi per la tradizione giuridica nazionale (pan-amministrativa e assistenzialista), vuoi per la peculiare essenza dell’istituto (rischio operativo e concorrenza) – incontra parecchie criticità operative e riflette l’enorme difficoltà dell’ordinamento interno di fronte al progressivo ed ineluttabile mutamento derivante dall’*acquis communautaire*.

Alla luce degli insegnamenti della Corte di Giustizia UE e delle cristallizzazioni nel diritto europeo (*hard* e *soft law*), che hanno via via cancellato la concezione “ibrida” della concessione avente natura mista, amministrativa e contrattuale¹¹¹, oggi è innegabile la veste negoziale della concessione. Fino a poco tempo fa pressoché esclusa dalla regolamentazione legislativa sovranazionale di cd. *hard law* (ma oggetto della *soft law* e della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE), ora la materia delle concessioni è a tutti gli effetti entrata a far parte della codificazione nazionale sui contratti pubblici. E, se già in precedenza la situazione caratterizzata dal vuoto normativo aveva comportato un ruolo di primo piano da parte dei giudici nel tentativo di colmare le lacune e garantire la certezza del diritto, il caos normativo attuale – frutto del sincretismo fra il retaggio nazionale e il precipitato europeo – continua a sollecitare, seppure in modo diverso, il plesso giudiziario chiamandolo ancora una volta ad ergersi a baluardo della legalità e del diritto vivente. Non si tratta più di sopperire al *vacuum iuris*, bensì di assicurare l’interpretazione uniforme di un istituto, quello della concessione, che ha ormai perso i tratti tipici del diritto amministrativo¹¹² in favore di quelli – invero più consoni e confacenti – del diritto comune. Tuttavia, con l’espressione “concessione” si è ancor oggi soliti riferirsi – per metonimia e sineddoche – al provvedimento e al procedimento attraverso cui si addiende alla stipulazione della concessione di lavori, di servizi, di beni.¹¹³

¹¹⁰ Sul punto sia consentito rinviare a M. Ceruti, *L’insostenibile leggerezza delle concessioni: alcune questioni interpretative circa la natura giuridica delle concessioni* (*The unbearable lightness of concessions: some interpretative questions about the legal nature of concessions*), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 3-4, 807-859. Sul punto v. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 7 ottobre 2019, n. 2106. V. anche Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2021 in materia di gare per la riattribuzione delle concessioni dei giochi e di importi dovuti dai concessionari operanti in regime di proroga tecnica. Da ultimo vedasi l’esegesi ambigua di Cass. civ., Sez. Unite, 29 aprile 2021, n. 1129 (seppure corretta in punto di regolamento di giurisdizione): cfr. *Fallimento della farmacia privata e rilevanza della abilitazione amministrativa*, in *ILCaso.it*, 28 maggio 2021.

¹¹¹ Secondo Cass., SS.UU., 26 giugno 2003, n. 10157, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 11, 1175, l’attribuzione a privati dell’utilizzazione di beni del demanio, oppure, del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della cd. “concessione contratto”. Infatti, il godimento dei beni pubblici, attesa la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere attribuito, legittimamente, ad un soggetto diverso dall’ente titolare del bene solo mediante concessione amministrativa.

¹¹² Cfr. U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, pt. IV, 369 ss., Id., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 360 ss.; F. Cammeo, *Le concessioni per l’illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 473 ss.; L. Galateria, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942; C. Vitta, *Concessioni*, in *Noviss. Dig. it.*, III, 1959, 919 ss.; E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 370 ss.; V. Caianello, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1980, 234 ss.; M. D’Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 80 ss., Id., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1998, 2 ss.; D. Sorace - M. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pub.*, III, 1989, 280 ss.; P. Tesaurò, *L’evoluzione storico - legislativa dell’istituto della concessione e l’attribuzione nella legislazione vigente*, in *Le concessioni di servizi - atti della giornata di studio: Roma 3 dicembre 1987* (a cura di F. A. Roversi Monaco), Rimini, 1988, 41 ss.; F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica (caratteri e principi di regime giuridico)*, Padova, 1990, 79 ss.; M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, 429 ss.; A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 459 ss.; F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007, 250 ss.; F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 267 ss.

¹¹³ Tra i vari, G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, cit., Milano, 1995; N. Bontempo, *L’istituto della concessione nell’ambito dei sistemi di esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1995, 2, 276 ss.; A. Carullo, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1993, 335 ss.; F. G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in

Il problema principale è appunto che la concessione rappresenta qualcosa di sedimentato nel tempo, che ha subito una metamorfosi.¹¹⁴ Ciò impone indubbiamente una certa sensibilità e consapevolezza nella attività di interpretazione, pena lo snaturamento e la mistificazione dell'essenza ontologica dell'istituto.

Fatte queste debite premesse, è giocoforza concludersi per la natura contrattuale delle concessioni, da tenere ben distinte dal procedimento amministrativo a monte sfociante nella "aggiudicazione" (provvedimento¹¹⁵) della concessione (contratto¹¹⁶), non nella "concessione" stessa.

Di conseguenza, quella che – allo stato – viene comunemente denominata "convenzione accessiva" alla concessione in realtà diviene la concessione vera e propria¹¹⁷, mentre il titolo abilitativo tradizionalmente identificato con la "concessione" altro non è che un'autorizzazione. In una fattispecie contrattuale è impossibile riconoscere i presupposti per la giurisdizione esclusiva¹¹⁸, seppure l'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. continui a prevederla in materia concessoria.¹¹⁹

Le concessioni di servizi, cit., Rimini, 1988; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo* (a cura di V. E. Orlando), Vol. II, parte III, Milano, 1935.

¹¹⁴ Sul mutamento della natura giuridica e della disciplina delle concessioni nel diritto europeo vedasi L. Alla, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 15 ss.; B. Giliberti, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2011, 1, 183-240; E. Picozza, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche*, cit., 18 ss; e A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, 4, 567, Id., *The multilevel legal regime of public service concessions*, in *Ius Publicum - Network Review*, 2014, 1, 1-48.

¹¹⁵ Emblematico è il caso deciso da Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380 (riforma TAR Puglia - Bari, Sez. I, sent., 13 maggio 2015, n. 697), dove, a distanza di circa quattro anni dalla stipula del contratto di concessione, con provvedimento dirigenziale veniva revocata la determinazione con la quale era stata disposta l'aggiudicazione della gara. Ciò fornisce la riprova che la concessione ha natura contrattuale, mentre l'aggiudicazione è provvedimento amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5821).

¹¹⁶ Vedasi la sentenza *Guiso-Gallisay c. Italia* (equa soddisfazione) della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, n. 58858/00, 22 dicembre 2009 (par. 52): "Il lodo arbitrale emesso in data 19 gennaio 1977 nel caso *California Asiatic Oil Company e Texaco Overseas Petroleum Company c/Repubblica araba di Libia* ([1978] 17 *International Legal Materials* 1) non concerneva uno spossessamento in senso stretto, bensì la revoca di concessioni di sfruttamento di giacimenti di petrolio greggio rilasciate molti anni prima. In quel caso, l'arbitro unico ha ritenuto che le concessioni avessero natura contrattuale e che, nazionalizzando gli interessi delle società richiedenti, la Libia veniva illecitamente meno ad obblighi da essa deliberatamente assunti nell'esercizio della sua sovranità. Ritenendo che il principio della *restitutio in integrum* trovasse applicazione, essa ha affermato che la Libia dovesse adempiere pienamente ai suoi obblighi contrattuali. La controversia si è conclusa con una transazione in virtù della quale le società hanno potuto disporre di una quantità di petrolio greggio corrispondente ad una determinata somma, ma non hanno ottenuto il ripristino dello *statu quo ante*."

¹¹⁷ Corte di Giustizia UE, 18 settembre 2019, nella causa C-526/17, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2019:756.

¹¹⁸ Appartiene alla giurisdizione del G.O. la controversia relativa alla risoluzione del contratto di appalto nel caso in cui la stessa sia conseguenza dell'esito negativo delle verifiche di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, che hanno attestato la sopravvenuta inidoneità dell'appaltatore ad adempiere gli impegni assunti con la stipula del contratto a seguito di comportamenti successivi alla conclusione dello stesso (TAR Lazio, Roma, 24 luglio 2020, n. 8690): cfr B. Barmann, *Controversia su risoluzione contratto d'appalto per sopravvenuta inidoneità dell'appaltatore ad adempiere agli impegni assunti: giurisdizione del G.o.*, in *Iamministrativista.it*, 28 luglio 2020.

¹¹⁹ Per Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100, (riforma della sentenza breve del TAR Puglia, Bari, Sez. I, n. 1335/2020, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione amministrativa nel giudizio di impugnazione concernente l'applicazione della penale contrattuale nell'ambito di concessione ventennale della piscina comunale) l'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a., che regola la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici, devolve le controversie "*aventi ad oggetto atti e provvedimenti*" relativi a tale categoria di contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed in via di "*eccezione*" al giudice ordinario le controversie "*concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*". La concentrazione davanti al giudice amministrativo delle controversie concernenti le concessioni di beni pubblici è dunque derogata per le ipotesi dichiaratamente eccezionali da essa previste e pertanto da interpretare in conformità al canone enunciato dall'art. 14 delle preleggi, secondo cui le leggi "*che fanno eccezione a regole generali (...) non si applicano*

oltre i casi (...) in esse considerati". Il riparto così delineato esprime la concezione, tuttora valida, secondo cui la concessione di beni pubblici è un istituto in cui è immanente l'interesse dell'Amministrazione ad un corretto utilizzo e gestione del bene affidato in uso speciale al privato concessionario. In ragione di ciò è innanzitutto nel potere unilaterale di affidamento dell'uso del bene pubblico spettante all'Amministrazione che va individuata la genesi della concessione, con regolamentazione dei profili di carattere patrimoniale, in funzione accessiva del presupposto provvedimento di concessione, mediante lo strumento contrattuale. Quest'ultimo è dunque dipendente sul piano logico-giuridico all'atto autoritativo di concessione. In secondo luogo, anche nel corso del rapporto concessorio all'Amministrazione stessa sono riservati i poteri autoritativi necessari ad assicurare che la gestione privata del bene rimanga coerente con il superiore interesse pubblico ed a ricondurla ad esso ogniqualvolta se ne sia verificata una deviazione, sino al punto di porre termine all'uso speciale e così riacquisire il bene alla sfera pubblica. Alla posizione di supremazia così mantenuta dall'Amministrazione fa riscontro la soggezione del privato concessionario, al quale è riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima. I profili di carattere sostanziale della concessione finora delineati sono alla base della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In conformità alle ragioni storiche che presidono alla sua istituzione essa si giustifica per il possibile intreccio tra situazioni giuridiche aventi consistenza di interesse legittimo e altre invece qualificabili come diritto soggettivo, configurabili per i sopra menzionati profili di carattere patrimoniale insiti nel rapporto concessorio e regolati mediante contratto, e per la conseguente esigenza di concentrare le relative tutele. Tale concentrazione non è assoluta, ma è derogata per le controversie "*concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*". In conformità al canone interpretativo previsto dal sopraccitato art. 14 delle preleggi la residuale ipotesi di giurisdizione ordinaria nelle controversie concernenti le concessioni di beni pubblici va pertanto limitata a quelle di carattere meramente patrimoniale, in cui non sono coinvolti profili di interesse pubblico, che per il resto conformano l'istituto della concessione amministrativa. In questa prospettiva si afferma in giurisprudenza che tali profili sono ravvisabili anche nella determinazione del canone di concessione dovuto dal privato, ogniqualvolta si controverta sull'*an* della prestazione o la sua determinazione sia rimessa a valutazioni di carattere discrezionale dell'autorità concedente (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1034). Sono per contro devolute alla giurisdizione ordinaria le controversie in cui si verta sul solo ammontare del corrispettivo dovuto al concessionario e la sua determinazione non dipenda dall'esercizio delle prerogative pubblicistiche dell'Amministrazione (Cass., SS.UU., 18 giugno 2020, n. 11867; ord. 24 febbraio 2020, n. 4803; 4 ottobre 2019, n. 24857; ord. 31 dicembre 2018, n. 33688; Cons. Stato, Sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5981; id., Sez. V, 20 agosto 2019, n. 5744; id., Sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7540). L'adempimento della concessione è quindi irriducibile agli aspetti di carattere meramente patrimoniale che fondano la giurisdizione ordinaria della materia. La corretta esecuzione del rapporto concessorio non è infatti indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto l'Amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, ma ne costituisce al contrario l'essenza sul piano causale. I rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono conseguentemente essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune. Palese quanto ora rilevato quando l'Amministrazione intenda porre termine al rapporto concessorio, nondimeno, anche laddove la stessa consideri opportuno proseguirlo, a fronte di inadempimenti del concessionario non ritenuti gravi, sono in ciò comunque ravvisabili i tipici caratteri della discrezionalità amministrativa orientata al pubblico interesse connesso alla gestione del bene affidato in concessione. Deve quindi ritenersi che nella concessione di beni pubblici, in cui gli interessi di carattere generale connessi all'uso del bene contraddistinguono il rapporto nel corso della sua durata, con il corollario processuale della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'eccezione delle controversie di carattere meramente patrimoniale relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi, ogni atto dell'Amministrazione che non possa essere ricondotto a quest'ultimo ambito vada ascritto alla cognizione del giudice amministrativo. Ad esso sono dunque devolute le controversie in cui vi sia contestazione sull'esatto adempimento della concessione. Non è infine decisiva, in senso contrario, l'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione dell'8 luglio 2019, n. 18267, che riguarda una fattispecie di concessione di lavori pubblici, per cui non è prevista una regola di riparto analoga all'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a. concernente le concessioni di beni pubblici, ed in relazione alla quale è ormai *ius receptum* presso la giurisprudenza l'assimilazione dell'istituto in questione all'appalto di lavori pubblici, sulla scorta dell'armonizzazione normativa di matrice euro-unitaria (Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236). Del pari, la sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato del 13 ottobre 2020, n. 6181, ha definito la questione di giurisdizione in una controversia inerente alla fase di esecuzione di una concessione di lavori pubblici. Diverso è il caso deciso dall'ordinanza della Cassazione, Sezioni unite, del 27 novembre 2019, n. 31029, che in effetti ha affermato essere devoluta al giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la sanzione amministrativa comminata da un'ASL nei confronti di una struttura privata accreditata all'esito di un'attività di controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso da quest'ultima. Sennonché, nel fondare la decisione sul rilievo che l'adempimento degli obblighi relativi al regime di accreditamento e la conseguente reazione dell'autorità concedente costituisce "*vicenda estranea al controllo delle modalità di esercizio del*

E ciò rappresenta un enorme ausilio interpretativo per il giurista nostrano, costantemente alle prese con la necessità di orientarsi in una selva di istituti e categorie che vengono tramandati tralaticciamente più per mera consuetudine che per ragioni di essenza giuridica, con inevitabili ed importanti ripercussioni sul riparto di giurisdizione.¹²⁰

potere amministrativo discrezionale”, in cui viene in rilievo “*il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio*”, la Suprema Corte non ha considerato che l’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nel regolare il riparto tra giudice amministrativo e giudice ordinario in conformità a quanto previsto dalla precedente lettera b) per le concessioni di beni pubblici, precisa ulteriormente che rientrano nella giurisdizione esclusiva del primo le controversie relative, tra l’altro, “*a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione*” nell’ambito del suo potere di “*vigilanza e controllo nei confronti del gestore*”. La previsione – ritenuta *in parte qua* conforme a Costituzione con la sopra citata sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204 (in relazione all’antecedente costituito dall’art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80) – è indice normativo della rilevanza pubblicistica di ogni questione relativa all’adempimento della concessione di servizi pubblici (e in contrario a quanto stabilito dalla Cassazione, proprio con riguardo ai controlli delle ASL sulle strutture sanitarie accreditate, si veda Cons. Stato, Sez. III, 2 dicembre 2020, n. 7646; per una più approfondita ricostruzione delle caratteristiche del servizio pubblico e dei poteri dell’amministrazione concedente nel corso dell’esecuzione del rapporto si rinvia a Cons. Stato, Ad. plen., ord., 30 marzo 2000, n. 1). Identiche considerazioni valgono quindi per le concessioni di beni pubblici, secondo il Consiglio di Stato. Emerge *per tabulas* come la giurisprudenza sia ondivaga e incerta, richiamando precedenti e istituti alla bisogna e in modo contraddittorio, talvolta a supporto di una tesi talaltra a sua smentita (emblematico appare il parallelismo “a geometria variabile” fra beni e servizi pubblici, quando invece la concessione dovrebbe essere fattispecie unitaria o quanto meno univoca). In disparte ogni considerazione sulla presenza di poteri pubblici anche durante l’esecuzione dei contratti pubblici, dovrebbe indurre a riflettere il fatto che i rimedi spettanti all’Amministrazione, di carattere risolutorio o meno, siano previsti dal contratto stipulato con il privato. Peraltro, secondo il Consiglio di Stato, la non riconducibilità dei descritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela del concessionario. Vi è casomai un rafforzamento della sua posizione, secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, *in primis* per la necessità che gli atti adottati dall’autorità concedente di reazione all’inadempimento siano esercitati in coerenza con il pubblico interesse sotteso alla concessione, e che questo sia esternato in una motivazione adeguata, resa all’esito del contraddittorio con il concessionario. Viene del tutto ignorato che nella prassi – quantunque l’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, disponga diversamente – l’attività amministrativa rimane procedimentalizzata anche nel caso dei contratti pubblici, tranne forse per l’ipotesi di clausola risolutiva espressa (basti pensare alla risoluzione per inadempimento del contraente, la quale di regola fa seguito al previo contraddittorio con il privato ex art. 108 d.lgs. n. 50/2016: a chi scrive non è mai capitato di riscontrare un recesso *ad nutum* da un contratto pubblico, tant’è che l’art. 109 prevede che l’esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all’appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni) o per l’applicazione unilaterale di penali (a differenza di quel che accade per le riserve e la contabilità). Che vi sia un interesse pubblico anche nella fase esecutiva discende dalla presenza di un ente pubblico (a cui è intrinsecamente connaturato un immanente interesse pubblico): del resto, come da ultimo statuito da Consiglio di Stato, Sez. V, 14 dicembre 2020, n. 7963 (in applicazione dei principi affermati dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10 del 2 aprile 2020), nei contratti pubblici – una volta terminata la gara ad evidenza pubblica – sussiste il diritto all’accesso documentale anche alla fase esecutiva quale principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l’imparzialità e la trasparenza dell’attività amministrativa, considerata nel suo complesso. Ed infatti, anche e, si direbbe, soprattutto la fase esecutiva rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che trova anzi la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di esecuzione dell’opera o del servizio. Ma la presenza di un interesse pubblico non deve essere confusa con la presenza di un potere pubblico. Come chiarito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l’ordinanza 30 marzo 2000, n. 1, che costituisce la più razionale ed avanzata sistemazione giurisprudenziale della materia in esame, i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità “costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell’amministrazione” e “riguardano allo stesso modo l’attività volta all’emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato”; sicché “*va sempre finalizzata al perseguimento dell’interesse collettivo ogni attività dell’amministrazione senza alcuna eccezione*” (punto 8.2.1).

¹²⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., Ord. 30 marzo 2000, n. 1: “È noto che, in passato, era dibattuto se, in base all’ordinamento di settore, il farmacista fosse da qualificare come concessionario di un pubblico servizio. Le questioni erano in pratica poco rilevanti (sino a quando è entrato in vigore l’art. 5 della legge n. 1034 del 1971) e sorgevano anche perché la normativa speciale si caratterizzava per una sua ambigua terminologia (l’art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475, si riferisce al titolo abilitativo della concessione; l’art. 110 del testo unico

Sempre più spesso la giustizia amministrativa in materia concessoria richiama gli arresti della Cassazione, che vengono così posti a fondamento delle decisioni in totale spregio al riparto doppiamente dualistico (non solo fra appalti e concessioni, ma fra concessioni di servizi e beni pubblici e le altre concessioni) di giurisdizione (con il giudice ordinario che, di fatto, si sostituisce al giudice amministrativo). Tale circostanza attesta inequivocabilmente la naturale spettanza alla giurisdizione ordinaria della fase esecutiva delle concessioni.

A fortiori in considerazione di Cons. Stato, Sez. IV, 2 luglio 2018, n. 4005 (annulla TAR Piemonte, Sez. I, n. 746/2016)¹²¹, che ha ravvisato la presenza di diritti soggettivi e non di interessi legittimi, avallando la compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l'inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell'ambito di un rapporto concessorio.

Ne derivano essenzialmente due principali conseguenze degne di nota:

- in primo luogo, sebbene dalla giurisprudenza (abbastanza datata) della Cassazione sembrerebbe evincersi il contrario, viene smentito qualsiasi residuo amministrativo in seno alla concessione, con salvezza delle eventuali clausole compromissorie (tipicamente contrattuali, impossibili da apporre ad un provvedimento amministrativo e, al massimo, forse inseribili in un accordo amministrativo, ma si è già ribadito che tale ricostruzione – frutto di una mistificazione legata ad una concezione arcaica della concessione quale “manifestazione del potere amministrativo”¹²² – è stata definitivamente superata dal diritto europeo, seppure dopo qualche incertezza iniziale);¹²³

approvato col regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, si riferisce alla ‘autorizzazione’ e al ‘concessionario’). L’art. 5 ha comportato la necessità di chiarire la natura dell’attività svolta dal titolare della farmacia, poiché la qualificazione di termini di concessionario di un pubblico servizio avrebbe comportato la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie intercorrenti con l’amministrazione ‘concedente’ (salva la giurisdizione ordinaria per le controversie in tema di ‘indennità, canoni e altri corrispettivi’). Sul punto, anche a seguito dell’entrata in vigore della legge 23 dicembre 1978, n. 833, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a volte hanno ammesso la sussistenza di un titolo concessorio (Sez. Un., 3 febbraio 1986, n. 652), mentre altre volte hanno escluso tale titolo e la giurisdizione esclusiva (Sez. Un., 9 novembre 1985, n. 5471; Sez. Un., 9 novembre 1985, n. 5470), in coerenza con la tesi che ha qualificato come autorizzazione costitutiva il decreto che consente l’apertura e l’esercizio della farmacia (Sez. I, 26 luglio 1995, n. 8182; Sez. Un., 3 gennaio 1993, n. 1315). Esse, peraltro, hanno ammesso un ampio ambito della giurisdizione di legittimità (Sez. Un., 9 novembre 1985, n. 5470, cit.)”. In dottrina si rinvia alle note di commento alla predetta Ordinanza: M. De Paolis, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici*, in *Studium iuris*, 2000, 5, 621-622; R. Garofoli, *L’art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb. e appalti*, 2000, 6, 603-609; B. Sassani, *Le alte Corti all’impatto delle questioni di giurisdizione dell’art. 33 d.lg. n. 80/1998: prime impressioni di lettura*, in *Giust. civ.*, 2000, 5, pt. 1, 1321-1323; A. Travi, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6, 576-581; A. Zuccolo, *Sull’individuazione dell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2000, 3, 479-488.

¹²¹ Su Cons. Stato, Sez. IV, 2 luglio 2018, n. 4005, sia consentito rinviare a *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*, cit. (v. nota n. 59 *supra*).

¹²² Cfr. A. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 567 ss.

¹²³ Cfr. B. Raganelli, *Il contratto di concessione*, in *I singoli contratti* (a cura di G. Cassano), il Diritto Applicato, Collana diretta da G. Cassano, Padova, 2010, 3 ss., e Id., *Le concessioni di lavori e servizi*, in *I contratti della pubblica amministrazione* (a cura di C. Franchini), Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno - E. Gabrielli, Torino, 2007, 1006 ss., nonché Id., *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 27 febbraio 2017 (amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2017/02/Raganelli.pdf); F. Mastragostino, *Le concessioni di servizi*, in M.A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008, 97 ss.; G. Calderoni, *La “nuova” concessione di servizi*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 213 ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 161 ss.

- in secondo luogo, la scomparsa dell'elemento autoritativo pubblico (a cui fanno da naturale contrappunto gli interessi legittimi) comporta inevitabilmente la obliterazione del pilastro sul quale è costruita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.¹²⁴

La compromettibilità in arbitri della responsabilità contrattuale relativa all'inadempimento di una concessione smentisce *ab imis* la tradizionale configurazione della giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. (per effetto della quale le controversie relative a concessioni di pubblici beni e servizi sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi) poiché nella fattispecie il *thema decidendum* afferisce non solo a mere pretese pecuniarie, ma anche all'accertamento dell'obbligo di adempiere le obbligazioni negoziali.¹²⁵

L'aver affermato che può essere devoluto ad arbitri l'accertamento dell'obbligo di eseguire una concessione conferma, da un lato, che non si tratta affatto di un potere pubblico a cui corrisponde una soggezione privata, e, d'altro lato, che la concessione ha carattere contrattuale e disponibile al pari di ogni negozio giuridico (circostanze che sconfessano la giurisdizione amministrativa).¹²⁶

¹²⁴ Sul punto, tra molti altri, M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.; G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, 715 ss.; G. U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 4, 119 ss.; C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 895 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 375 ss.; A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, IV, 21 ss. E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 911 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 33 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 103 ss. In proposito vedasi anche V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *www.astrid-online.it*; M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *ASTRID – Rassegna*, n. 35 del 2006; D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.; di recente, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 47 ss.; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 74 ss.; M. D'Amico e I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

¹²⁵ Con sentenza n. 23418 del 26 ottobre 2020, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sul riparto di giurisdizione fra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo in relazione alla compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l'inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell'ambito di un rapporto concessorio. In particolare, nel pronunciarsi sul ricorso promosso da numerose Agenzie Ippiche, le Sezioni Unite, dopo aver chiarito che l'attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, hanno affermato che rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario – e dunque sono compromettibili in arbitri – le controversie aventi ad oggetto l'inadempimento delle parti alle obbligazioni assunte nell'ambito del rapporto concessorio, anche ai fini del risarcimento del danno. Rispetto a tali questioni, osserva la Corte, non trova rilievo alcun controllo sull'esercizio del potere pubblico, in relazione ai parametri di legittimità dell'azione amministrativa provvedimento. Nel caso di specie, infatti, la questione verte in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità dal privato nei confronti dell'ente pubblico. La controversia, dunque, non ha ad oggetto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri. D'altra parte, per radicare la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo non è sufficiente la mera attinenza della controversia con una determinata materia. In altri termini, non è la mera occasionalità del collegamento con il potere pubblico (di cui sarebbe espressione l'atto concessorio) a determinare il radicamento della giurisdizione. Non si capirebbe altrimenti la ragione della riserva al Giudice Ordinario delle controversie in tema di "indennità, canoni e altri corrispettivi", che ugualmente rivelano un collegamento indiretto con l'atto concessorio.

¹²⁶ Cfr. B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, 509. TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 18 luglio 2018, n. 8050 – con nota di F. Aperio Bella, *Autoannullamento per erronea applicazione delle clausole di revisione dei prezzi. Quale giurisdizione competente?*, in *lamministrativista.it*, 23 luglio 2018, applicando i principi affermati dalla giurisprudenza, si sofferma sulla circostanza che, nella fattispecie, l'adeguamento dei canoni era disciplinato dal contratto e dagli

Non si tratta quindi di interessi legittimi al corretto esercizio dell'attività amministrativa.

In definitiva, i giudici hanno confermato la natura contrattuale delle concessioni e al contempo hanno sancito la fine della giurisdizione amministrativa esclusiva sulle concessioni.¹²⁷

atti successivi e, dunque, da specifiche clausole negoziali di revisione dei prezzi. Il TAR romano ne ha ricavato che la determinazione impugnata non rappresentava, perciò, un provvedimento discrezionale di carattere autoritativo, espressione di poteri di supremazia speciale della p.a. nei confronti del contraente privato, quanto, piuttosto, la manifestazione della posizione negoziale dell'Amministrazione nel rapporto contrattuale, facendone discendere la declinatoria della propria giurisdizione in favore del g.o. ai sensi dell'art. 11 c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

¹²⁷ Da ultimo, vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1502, per cui in materia di concessioni la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ristretta alla sola fase evidenziale di affidamento del contratto, mentre le controversie che insorgono nella fase successiva alla stipula del contratto appartengono, di regola, alla cognizione del giudice ordinario: sussiste quindi la giurisdizione ordinaria sull'opposizione della stazione appaltante al subentro nel contratto in caso di cessione di ramo di azienda del concessionario. Una volta qualificata come "concessione di lavori" – non di servizi pubblici – la concessione oggetto di affidamento da parte di un Comune, la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria poiché attiene a vicenda successiva alla stipulazione del contratto in cui la situazione soggettiva che si assume lesa dall'atto amministrativo impugnato ha consistenza di diritto soggettivo. La giurisprudenza è ferma nel ritenere che le controversie che hanno ad oggetto una "concessione di lavori" rientrano nella previsione di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a.; la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, pertanto, è ristretta alla sola fase evidenziale di affidamento del contratto (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 8 luglio 2020, n. 14232; Sez. Unite, 28 febbraio 2020, n. 5594; Sez. Unite, 13 settembre 2017, n. 21200; Sez. Unite, 18 dicembre 2018, n. 32728; Sez. Unite, 27 dicembre 2011, n. 28804). Il ragionamento può essere così riassunto: già prima del nuovo codice dei contratti pubblici, era stata evidenziata l'incoerenza rispetto alle indicazioni provenienti dal diritto comunitario (sin dalla Direttiva 14 giugno 1993 n. 93/37/CEE come interpretata sul punto dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario) della distinzione tra "concessione di sola costruzione", nella quale prevalga l'impegno del concessionario alla realizzazione dell'opera, e "concessione di gestione" (ovvero "concessione di costruzione e gestione congiunte"), in cui, invece, risulti prevalente il profilo concessorio ed autoritativo, per la traslazione delle pubbliche funzioni inerenti all'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, per essere, invece, l'istituto giuridico comunitario unitario e qualificabile come "concessione di lavori" in quanto presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236, e i precedenti ivi richiamati), donde la conseguenza per cui, tanto in caso di affidamento di un contratto di appalto, quanto nel caso di affidamento di un contratto di concessione, se l'impegno del contraente è rivolto alla realizzazione dell'opera, quale che sia la remunerazione prevista, si è in presenza di una "procedura di affidamento di pubblici lavori", della quale conosce il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Esclusa, pertanto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per la fase successiva alla stipula del contratto, occorre tener conto della situazione soggettiva del privato destinatario dell'atto, secondo le ordinarie regole di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario fondate sul cd. *petitum* sostanziale (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 2 agosto 2019, n. 20822; Sez. Unite, 5 ottobre 2018, n. 24411; Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543). Le controversie che insorgono in tale fase appartengono, di regola, alla cognizione del giudice ordinario in quanto nella fase aperta dalla stipula del contratto, pur strettamente connessa con la prodromica ad evidenza pubblica, e ad essa consequenziale, i contraenti si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto, di modo che la costituzione di tale rapporto giuridico, di diritto comune, si pone come spartiacque fra le due giurisdizioni e come primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientrano tutte le patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute (cfr. anche: Cass. civ., Sez. Unite, 23 aprile 2020, n. 8099; Sez. Unite, 18 novembre 2016, n. 23468; nonché Cons. Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4394; V, 22 settembre 2017, n. 4437, 31 agosto 2017, n. 4140, 23 novembre 2016, n. 4918); nondimeno vi sono casi in cui, anche nella fase successiva alla stipulazione del contratto, la pubblica amministrazione agisce con poteri autoritativi nella sfera giuridica del contraente, con conseguente lesione di una situazione di interesse legittimo e competenza del giudice amministrativo a conoscere della controversia nella ordinaria sede di legittimità (es. il caso di recesso dal contratto conseguente ad una informativa prefettizia interdittiva: cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 29 agosto 2008, n. 21928; Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2017, n. 1637; nonché per il caso in cui l'Amministrazione decida di ampliare l'oggetto del contratto già aggiudicato e la contestazione sia sollevata dal terzo titolare di posizione differenziata, con conseguente riconduzione della controversia alla giurisdizione esclusiva: cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 31 ottobre 2019, n. 28211). Non è questo, però, il caso dell'atto con il

quale la stazione appaltante si oppone al subentro nel contratto in caso di cessione di ramo di azienda ai sensi dell'art. 163, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163. Come spiegato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza 31 luglio 2018, n. 20347, correttamente citata dal giudice di primo grado, nel caso in esame la stazione appaltante non esercita un potere autoritativo, che si inverte in provvedimenti fronteggianti situazioni di interesse legittimo, poiché si limita alla verifica, con attività vincolata e su un piano di parità, delle condizioni in presenza delle quali la parte privata ha diritto di subentrare nella titolarità del contratto (in tal senso, anche Cass. civ., Sez. Unite, 18 novembre 2016, n. 23468). Ne deriva ineluttabilmente una irrefragabile aporia fra concessioni di lavori e servizi, da un lato, e, d'altro lato, concessioni di beni e servizi pubblici nel riparto di giurisdizione sull'esecuzione dei contratti pubblici: ecco perché – *de jure condendo* – un passaggio obbligato è l'eliminazione della giurisdizione esclusiva sulle concessioni, le quali dovrebbero essere sottoposte al normale riparto giurisdizionale. Sul punto sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo* (nota a TAR Campania, Salerno, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 621), cit. (v. nota n. 61 *supra*). La sentenza ha ricordato che sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie, nell'ambito di quelle relative a concessioni di pubblici servizi, concernenti "indennità, canoni o altri corrispettivi" nelle quali venga in rilievo non l'esistenza od il contenuto della concessione o l'esercizio di poteri autoritativi della p.a. sul rapporto concessorio o sulla determinazione delle suddette controprestazioni (nel qual caso la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo), ma solo l'effettiva debenza dei corrispettivi stessi in favore del concessionario, secondo un rapporto paritario di contenuto meramente patrimoniale, nella contrapposizione delle situazioni giuridiche soggettive obbligo/pretesa (Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2019, n. 1839; Cass. civ., Sez. Unite, 4 agosto 2018, n. 20682, e 26 settembre 2017, n. 22357; da ultimo vedasi Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana - sez. giurisdizionale, 19 aprile 2021, n. 328, sulla sussistenza della giurisdizione del g.o. a decidere la controversia avente ad oggetto i rapporti di dare-avere in caso di risoluzione anticipata della concessione relativa all'espletamento del servizio idrico: ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a. la giurisdizione esclusiva comprende le controversie in materia di pubblici servizi (nella quale è ricompreso il servizio idrico), escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore; ne consegue che, nel caso di specie, la controversia riguardante i rapporti di dare-avere tra una società e un Comune a seguito della risoluzione anticipata della concessione di pubblico servizio relativa all'espletamento del servizio idrico, nell'ipotesi in cui occorra valutare il valore patrimoniale di quanto richiesto dalla società come rimborso per gli investimenti posti in essere, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, rientrando nelle controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi" devolute alla giurisdizione del g.o., non venendo in rilievo quel potere pubblico che è sotteso alla scelta legislativa sulla giurisdizione esclusiva del g.a.); quindi ai sensi dell'art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a., devono intendersi devolute espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio; da ciò consegue che le controversie relative alle vicende del rapporto concessorio, nelle ipotesi di concessione di servizio pubblico, rimangono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nella fase successiva alla stipula del contratto (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5938): "La controversia in esame, relativa alla valutazione dell'inadempimento degli obblighi del concessionario, e comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio, rientra nella giurisdizione del Giudice Amministrativo". Fermo considerato che la definizione di concessioni di lavori e servizi, coniata dalle direttive UE e recepita nell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016, è sostanzialmente unica e si differenzia soltanto per l'oggetto, non per la forma dell'atto, non ha ragion d'essere tale distonia sotto il profilo giurisdizionale. Tanto più che è fondata su un falso presupposto, ovvero la presunta (ma insussistente) natura imperativa della concessione, atto e non contratto. La concessione ha subito una metamorfosi. Di recente, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 25 febbraio 2021, n. 511, ha infatti ricordato che la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio od in tale diritto accompagnato da un prezzo; la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a favore dell'Amministrazione, mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta agli utenti. Diversamente che nell'appalto, nella concessione è a carico del concessionario l'assunzione del rischio, in quanto collegato alla gestione dell'opera o del servizio, nonché in ragione del rapporto trilaterale che include l'utenza. Le differenze tra i due istituti dunque attengono non tanto alla fase di scelta del soggetto privato, quanto alla dinamica della fase negoziale vera e propria e alle sue caratteristiche. Non sussiste quindi neppure alcuna ragione sistematica per ipotizzare una disciplina differente tra concessione e appalto quanto alle procedure di affidamento. Per entrambi gli istituti infatti la procedura deve rispondere al principio della concorrenza e ai relativi corollari della massima partecipazione e della *par*

condicio. Deve quindi concludersi che la previsione di un vincolo di aggiudicazione contenuta nel bando, ai sensi dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, è compatibile con la natura concessoria dell'affidamento (in tal senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611). V. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 22 marzo 2021, n. 2426: cfr. R. Macis, *La insindacabilità del silenzio della PA sulla richiesta di ribasso del canone di concessione di pubblico servizio*, in *lamministrativista.it*, 25 marzo 2021. Il Consiglio di Stato riafferma il principio della invariabilità del canone di concessione di servizio pubblico in ragione della natura di tale contratto, ove il rischio di domanda è ontologicamente a carico del concessionario che, dunque, non solo non può esigere il ribasso della tariffa, ma nemmeno la risposta della Amministrazione ad una simile richiesta. Da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. I, 08 febbraio 2021, n. 2948, ove la Corte territoriale osservava, inoltre, che il contratto di concessione di servizi si distingue dall'appalto di servizi per la differente modalità di remunerazione della prestazione offerta dal privato, a carico del quale rimane, interamente o prevalentemente, il rischio della gestione economica del servizio stesso. Ciò posto, i giudici distrettuali ritenevano che il contratto di gestione della volumetria della discarica stipulato in data 7 febbraio 2014 avesse natura di concessione di servizi e fosse regolato – in mancanza di una disciplina che regoli il fallimento dell'appaltante in relazione ai contratti pubblici o assimilati, al di là dell'elemento distintivo del trasferimento del rischio esistente fra concessione e appalto di servizi e stanti invece le affinità tra le caratteristiche della concessione e quelle dell'appalto – dalla disciplina generale prevista dalla L. Fall., art. 81, di modo che lo stesso doveva considerarsi sciolto *ope legis* per effetto del fallimento della concedente, in ragione dell'*intuitus personae* su cui si fondava il rapporto. Infine, v. M. Velliscig, *La verifica di congruità dell'offerta nelle concessioni*, *ibidem*, 28 maggio 2021. Mentre nel contratto di appalto è necessario verificare la remuneratività del prezzo offerto rispetto alle singole componenti di costo, nella concessione è sufficiente verificare l'equilibrio complessivo del rapporto, considerando anche la capacità di gestione del concessionario.

Segnatamente, controversa è la distinzione fra concessioni e locazioni: sul punto sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La concessione, questa sconosciuta* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 965), in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, 2, 412-428. L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 16951/2012 ha, infatti, confermato l'orientamento espresso dai giudici di merito secondo cui a nulla rileva il *nomen iuris* che le parti attribuiscono all'accordo stipulato per l'affidamento di un bar interno ad un ospedale pubblico perché, pur se il contratto è denominato "locazione", deve considerarsi come subordinato alla concessione, con le conseguenze, anche processuali, che ne derivano. V. anche Deliberazione ANAC n. 2 del 13 gennaio 2013, che approfondisce il regime di affidamento dei beni della p.a. al privato (punti di ristoro all'interno del complesso Universitario La Sapienza), e TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 18 giugno 2019, n. 547, che interviene sull'utilizzo, da parte di terzi, di un immobile di proprietà comunale con vincolo di destinazione ad uso "asilo nido": "è preliminarmente indispensabile una corretta ricostruzione della natura di quest'ultimo per chiarire se si tratti di una locazione oppure di una concessione e, in quest'ultimo caso, se si tratti di una concessione di beni oppure di una concessione di lavori oppure ancora di una concessione di servizi. Ciò premesso, il Collegio, prima di tutto, non condivide la tesi secondo cui sarebbe stato sottoscritto fra le parti un contratto di locazione e questo, oltre che per ragioni testuali (nel contratto di cui si discute si utilizzano ripetutamente i termini "concessione" e "concessionario"), soprattutto perché detto contratto prevede che l'Associazione provveda allo svolgimento di numerose prestazioni – ad esempio, di organizzazione di attività ed eventi- obiettivamente estranee a un rapporto di locazione e piuttosto espressive di interessi pubblici connessi alla promozione dell'attività sportiva equestre e al rilancio turistico del territorio. Ritiene, piuttosto, il Collegio che quella in esame sia una "concessione mista" – avente a oggetto, cioè, allo stesso tempo, un bene pubblico ma anche lavori e servizi. Resta però da stabilire quale tra queste componenti sia quella prevalente e, come tale, capace di qualificare giuridicamente il rapporto. Deve, prima di tutto, escludersi che oggetto prevalente della concessione siano i lavori affidati al gestore, giacché questi - seppur necessari al funzionamento della struttura - rappresentano una componente secondaria, come chiaramente emerge dalla lettura del testo contrattuale, cui è sufficiente fare rinvio su questo specifico aspetto, anche perché lo stesso non è oggetto di specifica contestazione tra le parti. Sulla restante alternativa tra concessione di beni e concessione di servizi, il Collegio, come già anticipato, ritiene prevalente la "componente servizi", per le ragioni di seguito esposte. La sola appartenenza del bene al patrimonio indisponibile non qualifica di per sé la concessione in termini di "concessione di beni", essendo un simile automatismo certamente da escludere tutte le volte in cui, proprio come nel caso in esame, la natura pubblicistica del bene trovi fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento di un servizio pubblico, secondo il criterio teleologico di cui all'art. 826, comma 2, c.c., giacché tale schema implica, per sua natura, una "coesistenza" tra natura pubblica del bene e funzione pubblica del servizio cui è destinato; in questi casi, dunque, compete all'interprete individuare, tra i due profili, quello in concreto prevalente e, come tale, capace di qualificare giuridicamente il rapporto; occorre, in altre parole, operare un giudizio di "prevalenza sostanziale", per certi versi analogo a quello previsto in materia di appalti pubblici dall'art. 169, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nei termini di seguito illustrati. Ciò posto, nel caso specifico la descritta valutazione "in concreto" conduce a considerare senz'altro preponderante la "componente servizio pubblico", in quanto:

-
- gli atti regolatori del rapporto, con particolare riferimento al Capitolato speciale di gara (cfr. doc. 5 prodotto dalla difesa della ricorrente), prevedono a carico del concessionario molteplici e significative prestazioni eterogenee rispetto alla mera gestione del bene; si veda, in particolare, l'art. 2 del Capitolato speciale, rubricato "Finalità", ove si richiede al gestore di costituire una scuola di equitazione, organizzare manifestazioni e corsi di equitazione per bambini, attivare percorsi di sport terapia e recupero per cavalli traumatizzati e così via;
 - lo stesso Capitolato prevede, in favore dell'Associazione, l'esenzione dal pagamento del canone per ben cinque annualità su dodici in totale, a dimostrazione del fatto che la preesistente struttura equestre, sia per le sue condizioni non certamente ottimali che per la rilevante incidenza dell'apporto organizzativo del gestore nell'effettuazione delle attività che gli sono state affidate, non costituisce certamente il "fulcro economico e funzionale" del rapporto;
 - nel Capitolato di gara campeggia, quale generale obiettivo perseguito dal Comune, quello di valorizzare, attraverso le diverse attività affidate al gestore della struttura, lo sport equestre e, ancora più in generale, la vocazione turistica del territorio;
 - la stessa attività di maneggio, implicante la messa a disposizione del pubblico di strutture finalizzate a ospitare cavalli di proprietà, postula una rilevante attività di assistenza e manutenzione da parte del gestore e in ciò emerge una differenza rispetto a strutture sportive di altro genere, ad esempio una pista di atletica, ove la componente di assistenza e manutenzione pare assumere rilievo minore.

L'esame degli atti che regolano il rapporto contrattuale evidenzia, dunque, la previsione di significative e variegate prestazioni a carico del concessionario, nonché l'attenzione specificamente rivolta dal Comune, quale ratio di fondo dell'intero affidamento, a obiettivi di carattere generale e tutto ciò conferma la prevalenza della "componente pubblico servizio", sotto il profilo funzionale e del tipo di interessi pubblici coinvolti, rispetto alla "componente bene pubblico".

Del resto che sia questo il corretto metodo di qualificazione delle concessioni miste trova conferma nel prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui il più importante criterio discriminante tra "componente beni" e "componente servizi" risiede, per l'appunto, negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali -se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene, collocandosi in una prospettiva più ampia- "colorano necessariamente il rapporto in termini di servizi" (si veda, ad esempio, in relazione all'affidamento in concessione di un teatro comunale, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 1 dicembre 2017, n. 2306).

Si osserva, infine, come il tendenziale "favor ordinamentale" per la figura della concessione di servizi, a discapito della concessione di beni, trovi giustificazione sotto un ulteriore profilo che, pur non rilevando direttamente nel caso in esame, costituisce un dato sistematico di sicuro riferimento: si tratta del fatto che l'affidamento delle concessioni di servizi -in quanto assoggettato alle regole del Codice dei contratti pubblici- è assoggettato a meccanismi "più sicuri", sotto il profilo della tutela della trasparenza e della concorrenza, rispetto all'affidamento delle concessioni di beni, in relazione alle quali, come noto, tali principi vanno faticosamente affermandosi solo in tempi recenti e in via giurisprudenziale.

È per questa ragione che la stessa Autorità nazionale anticorruzione, con deliberazione n.1300/2016, ha ritenuto che la concessione di un impianto sportivo con rilevanza economica debba essere inquadrata nell'ambito delle concessioni di servizi, con ciò che ne consegue sulle procedure da utilizzare per l'affidamento, ritenendo che la fattispecie presenti tutti i presupposti di cui all'art. 3, comma 1, lett. vv), del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di contratto a titolo oneroso in cui il corrispettivo del concessionario è rappresentato dal profitto derivante dalla gestione dei servizi".

Vedasi infine Cassazione Civile, Sentenza n. 21991 del 12/10/2020, ove il nucleo della questione proposta dal ricorso concerne la riconducibilità o meno del bene all'art. 826 c.c., u.c. (per cui, come è ben noto, fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province o dei comuni, oltre ai beni destinati a sedi di uffici pubblici, "gli altri beni destinati a un pubblico servizio"), il che costituisce in effetti una distinzione tra l'esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione – che si riverbera in un rapporto concessorio, derivante appunto dalla natura del bene immobile che ne è oggetto – e la posizione paritetica tra ente pubblico e soggetto privato – che si concretizza, sempre per il godimento di un bene immobile, in uno schema privatistico sussumibile nel *genus locatizio*. Al riguardo l'orientamento giurisprudenziale è chiaro e consolidato, identificando il *discrimen* proprio nelle categorie dei beni immobili che contrappongono il bene demaniale o il bene immobile rientrante nel patrimonio indisponibile dell'ente pubblico al bene immobile compreso nel suo patrimonio disponibile. *Ex multis*, questo principio è stato da ultimo ribadito, tra gli arresti massimati, da Sez. Un., ord. 21 maggio 2019 n. 13664, che così insegna: "Spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla domanda di licenza per finita locazione di un'area appartenente a un Comune, concessa in godimento per lo svolgimento dell'attività di distribuzione di carburanti in forza di un contratto che, per il "nomen iuris" scelto dalle parti e per il suo contenuto, sia riconducibile allo schema del contratto di locazione ad uso commerciale, atteso che, affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 826 c.c., comma 3, e la sua concessione in godimento possa essere qualificata come concessione-contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà

*dell'ente titolare del diritto reale pubblico e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio". Poco più risalente rispetto a tale ultima conferma è Sez. Un., ord., 25 marzo 2016, n. 6019 – massimata come segue: "Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili, in quanto destinati a un pubblico servizio ai sensi dell'art. 826 c.c., comma 3, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio) e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio; in difetto di tali condizioni e della conseguente ascrivibilità del bene al patrimonio indisponibile, la cessione in godimento del bene medesimo in favore di privati non può essere ricondotta a un rapporto di concessione amministrativa, ma, inerendo a un bene facente parte del patrimonio disponibile, al di là del "nomen iuris" che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, essa viene a inquadrarsi nello schema privatistico della locazione, con la conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario" (pronuncia che si è occupata di un caso in cui un ente pubblico aveva dato luogo con una delibera ad una gara ad evidenza pubblica, a seguito della quale aveva stipulato con il soggetto privato che era risultato aggiudicatario un contratto tramite il quale gli aveva affidato la gestione di un immobile di sua proprietà; in seguito l'ente aveva adito il giudice ordinario, e nella causa – sortita, in specifico, da uno sfratto per morosità – il privato aveva proposto regolamento preventivo di giurisdizione prospettando la giurisdizione del giudice amministrativo perché il rapporto tra le parti non sarebbe stato qualificabile come discendente da locazione, bensì da concessione di un servizio pubblico fondata su una concessione-contratto, dovendosi a suo avviso così qualificare il contratto stipulato). Nella motivazione, l'arresto riconosce, come giurisprudenza pacifica, che "l'attribuzione a privati dell'utilizzazione dei beni pubblici in senso stretto, ossia appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile di un ente pubblico, è sempre riconducibile (ove non risulti diversamente) alla figura della concessione-contratto, in quanto il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuita ad un soggetto diverso dall'ente titolare del diritto solo mediante concessione amministrativa, mentre laddove si tratti di beni del patrimonio disponibile viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione"; ribadisce poi che occorre il doppio requisito soggettivo e oggettivo, affermando la necessità della volontà dell'ente di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio – da manifestarsi mediante un atto amministrativo da cui emerga una specifica volontà in tal senso – e la ulteriore necessità dell'attuale ed effettiva destinazione del bene all'individuato pubblico servizio. Dunque, tanto il fatto che l'identificazione del soggetto privato insorga dall'espletamento di una gara bandita dall'ente pubblico, quanto il *nomen juris* che le parti appongono al titolo che conferisce al soggetto privato il godimento del bene pubblico non sono dirimenti. Dirimente è invece l'inserimento del bene nei beni pubblici in senso stretto, inserimento per il quale occorre un atto amministrativo che esprima appunto una specifica volontà di destinare il bene a un pubblico servizio così da integrare il requisito soggettivo, che è, a ben guardare, una manifestazione piena del pubblico potere dell'ente proprietario di cui poi il requisito oggettivo esterna la permanenza attuale degli effetti (cfr. pure Sez. Un., 28 giugno 2006 n. 14865: "Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili in quanto destinati ad un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 826 c.c., comma 3, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo ed oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio) e dell'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio, per cui non è sufficiente la semplice previsione dello strumento urbanistico circa la destinazione di un'area alla realizzazione di una finalità di interesse pubblico. In difetto di tali condizioni e della conseguente ascrivibilità del bene al patrimonio indisponibile, la cessione in godimento del bene medesimo in favore di privati non può essere ricondotta ad un rapporto di concessione amministrativa, ma, inerendo a un bene facente parte del patrimonio disponibile, al di là del "nomen iuris" che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, essa viene ad inquadrarsi nello schema privatistico della locazione, con la conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario."). Se non sussiste tale presupposto di formale esercizio di potere pubblico sulla destinazione del bene da parte dell'ente proprietario, l'attribuzione del godimento del bene a un privato (anche all'esito di una pubblica gara) non incide nel senso di "eromperne" dallo schema locatizio, e quindi dal sotteso rapporto privatistico. Significativo al riguardo è la sentenza Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12251, che, in motivazione, ha riconosciuto "pacifico e risalente" il principio per cui "solo l'attribuzione a privati dell'utilizzazione dei beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni, quale che sia la terminologia adottata nelle convenzioni ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento di beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene entro certi limiti e per alcune utilità – solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo... Nella figura della concessione-contratto, infatti, la Pubblica Amministrazione è titolare di una*

L'istituto euro-unitario della concessione segna così la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione, per lo meno come intesa in Italia a partire dalla concezione del Ranalletti. La dicotomia permane tuttora, ma fuoriesce dalla dimensione del diritto puramente amministrativo per giungere a contrassegnare il confine fra il diritto amministrativo puro ed il diritto civile speciale, con la autorizzazione che rimane un provvedimento amministrativo e con la concessione che rappresenta un contratto pubblico (al pari dell'appalto pubblico). La delega traslativa di poteri dall'ente pubblico al privato è assolutamente speciosa se solo si pensa che il rapporto di sub-concessione è affidato al giudice ordinario per giurisprudenza costante.¹²⁸

Il presupposto logico di tale stato di cose era l'anacronistica concezione della concessione quale manifestazione di potere pubblico soggetta alla giurisdizione amministrativa.¹²⁹ Ora, in parte grazie anche alle decisioni menzionate nel presente elaborato, la situazione è cambiata. Se esistesse davvero un "potere autoritativo connesso alla concessione", infatti, l'obbligo di adempiere la concessione sarebbe una prerogativa unilaterale ad appannaggio del plesso pubblico concedente, tutelabile unicamente dinanzi al giudice amministrativo e non ad arbitri.

Il "rapporto concessorio" è e rimane una fattispecie contrattuale di carattere negoziale.

posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei diritti e delle facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore, in cui la concessione è diretta a produrre suoi effetti"; qualora invece si tratti di patrimonio disponibile e ne è concesso il godimento dietro corrispettivo, al di là del *nomen juris* adottato dai contraenti, si rientra nello schema privatistico della locazione.

¹²⁸ Per Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013, "in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, il giudice ordinario (ferma la sua competenza giurisdizionale limitatamente alla materia delle indennità, dei canoni e degli altri corrispettivi afferenti al rapporto di concessione amministrativa di beni e servizi pubblici a norma dell'art. 5, secondo comma, legge 6 dicembre 1971 n. 1034) conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti da rapporti di natura privatistica, che accedono a quello di concessione – come il rapporto di appalto o di sub-concessione costituitosi fra il concessionario ed il terzo per l'esercizio del pubblico servizio o l'utilizzazione del bene pubblico – quando l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa quindi ravvisarsi alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo. Quando, invece, l'Amministrazione è in qualche modo partecipe del rapporto di sub-concessione, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui all'art. 5, primo comma, legge n. 1034 del 1971 (Sez. Un. 19 febbraio 1992 n. 2056; in senso conforme 8 novembre 1997 n. 11028 e 6 agosto 1998 n. 7710)". Questi rinvii "a cascata" dimostrano inequivocabilmente come un principio di diritto – per di più inesatto (non tanto per quanto riguarda la giurisdizione ordinaria nei casi di appalto o di sub-concessione, assunto del tutto condivisibile, quanto per la persistente suggestione dell'atto autoritativo concessorio) – relativo ad una fattispecie specifica, per mezzo di progressivi adattamenti, finisca a regolare un diverso caso di specie a distanza di quindici anni (con la concessione che nel frattempo ha subito una metamorfosi). Ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, 18 aprile 2016, n. 7663, ha ritenuto che i servizi di natura commerciale – pur se svolti in un'area di pertinenza aeroportuale ad uso esclusivo di privati, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo a cui l'Amministrazione concedente resti estranea – non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (Cass., SS.UU., 25 giugno 2002, n. 9233; Cass., SS.UU., 25 giugno 2002, n. 9288). Neppure sussiste, secondo la Corte, la lamentata violazione dell'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a., non vertendosi in ipotesi di controversia tra Ministero concedente e concessionario di beni pubblici, bensì di rapporto derivato, tra concessionario e sub-concessionario, cui l'Amministrazione concedente è estranea ed in cui l'atto autoritativo concessorio resta solo un antecedente mediato (Cass., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26823). Per cui non vi è alcun trasferimento di poteri pubblici al concessionario.

¹²⁹ Cfr. A. Castelli - M. Loche, 'Ius sepulcri' e concessioni cimiteriali: un rapporto complesso, in *Urb. e app.*, 2019, 3, 320-322. In senso contrario sia consentito rinviare a M. Ceruti, "Dei sepolcri": è tempo per la *palingenesi delle concessioni cimiteriali* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 957), *ibidem*, 2019, 2, 158-174.

Di conseguenza, destano stupore i passaggi delle sentenze, dove vengono richiamati presunti aspetti autoritativi della concessione (il mito del “potere autoritativo connesso alla concessione”) ovvero profili di esercizio del potere pubblico a cui sarebbero da connettersi interessi legittimi.¹³⁰

Ragion per cui – *de jure condendo* – un passaggio obbligato è l’eliminazione della giurisdizione esclusiva sulle concessioni, le quali dovrebbero essere sottoposte al normale riparto giurisdizionale. D’altronde, non si vede per quale motivo solo le concessioni di beni e servizi pubblici denotino un presunto elemento autoritativo che non compare nelle altre concessioni (ad es. di lavori) ed è altresì sconfessato dal diritto positivo. La giurisdizione amministrativa esclusiva in questa materia sconta ancora la deriva osmotica che dal servizio pubblico si è propagata alla concessione. Parimenti, per le concessioni di beni si riscontra la suggestione del trasferimento di prerogative (*asset* e poteri) pubblici che in realtà sono oggetto di atti negoziali, previa procedura ad evidenza pubblica.¹³¹

¹³⁰ L’art. 176 - rubricato “Cessazione, revoca d’ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro” (che di fatto riproduce l’art. 158 - rubricato “Risoluzione” - dell’abrogato d.lgs. n. 163/2006, in materia di finanza di progetto) contiene una disciplina che crea qualche dubbio gnoseologico. Accanto all’ipotesi che il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concedente, viene indicato il diverso caso che “quest’ultimo *revochi la concessione* per motivi di pubblico interesse”, poi ribadito nel comma 6 (“L’efficacia della *revoca della concessione* è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme previste al comma 4”). In questa norma è sintetizzata l’incertezza del diritto delle concessioni in Italia. Affiancare la revoca per motivi di pubblico interesse alla risoluzione per inadempimento significa di fatto equiparare uno strumento pubblicistico di autotutela ad un rimedio contrattuale civilistico. Nel primo caso la concessione sarebbe un provvedimento amministrativo, mentre nel secondo caso un contratto (tanto che il nuovo codice dei contratti pubblici ha espressamente incluso nel ridetto art. 176 l’applicazione dell’art. 1453 c.c.). La contraddizione è dovuta alla perpetuazione del testo dell’art. 37 *septies* L. n. 109/1994, inserito dall’art. 11 L. n. 415/1998 in un’epoca in cui l’incidenza del diritto europeo su quello interno era meno consistente dell’attuale. Ora, come detto, le concessioni di opere e/o servizi di cui alla Dir. 2014/23/UE e al d.lgs. n. 50/2016 sono da considerarsi contratti a tutti gli effetti, mentre provvedimento è l’atto di aggiudicazione delle stesse. In giurisprudenza si rinvia alla lettura di Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *L’autotutela amministrativa nelle concessioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2020, 2, 661-697, *Concessioni pubbliche e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653), in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2017, 1, 122-132, e a *Risoluzione del contratto di concessione e giurisdizione del giudice amministrativo*, cit. Da ultimo, vedasi pure Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8100, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l’applicazione di una penale contrattuale inflitta per inadempimento agli obblighi derivanti da una concessione (cfr. note nn. 119 e 127 *supra*).

¹³¹ Da ultimo, vedasi Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 14 dicembre 2020, n. 28385. Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5590 del 28 settembre 2018, ha confermato la sentenza del TAR Lombardia con la quale il primo giudice aveva rigettato l’impugnativa del provvedimento del 18/12/2014 con cui la concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio della tangenziale est di Milano, aveva invitato la ricorrente a sgomberare l’area sottostante il viadotto autostradale con conseguente ripristino dei luoghi. Il Consiglio di Stato ha confermato la qualificazione dell’area in questione come “pertinenza di esercizio” trattandosi di aree che, collocandosi in strettissima contiguità con l’opera pubblica, inerivano stabilmente alla stessa risultando, invece, infondata la tesi della ricorrente che ravvisava un mero “diritto d’uso” di natura civilistica con la conseguenza che la concessionaria non avrebbe potuto imporne unilateralmente la restituzione e la relativa controversia avrebbe dovuto essere devoluta al giudice ordinario in quanto attinente all’esecuzione di un negozio privato. Qualificata, pertanto, l’area quale pertinenza autostradale esercitabile mediante concessione, la relativa controversia doveva essere devoluta al giudice amministrativo. Avverso la sentenza ha proposto ricorso alle Sezioni Unite il Consorzio CAMM denunciando l’eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato. La ricorrente denunciava che la decisione travalicava i limiti esterni della giurisdizione con invasione della sfera spettante alla giurisdizione ordinaria. Deduceva che Milano Serravalle si era arrogata un potere pubblicistico, che in realtà non aveva, assumendo di agire con atti aventi la natura di provvedimenti amministrativi, avverso i quali era ammissibile il ricorso al TAR entro 60 giorni. Rilevava, invece, in relazione alla giurisdizione, che la convenzione dell’8/1/1970 intercorsa con Milano Serravalle – il cui art. 6 riconosceva l’utilizzo da parte di CAMM delle aree su cui insisteva il manufatto autostradale esclusivamente per parcheggio e transito – attribuiva a CAMM un diritto d’uso perpetuo delle aree sottostanti il manufatto autostradale, non configurandosi come concessione di pertinenza autostradale, ma era una mera ricognizione di un preesistente diritto reale regolato *iure privatorum*. Lamentava che il Consiglio di Stato, invece di esaminare la convenzione del 1970 ed in particolare l’art. 6, lett. c), per desumere la natura o meno di concessione era partito dalla qualificazione di

Suggerimenti di tal genere sono ricorrenti nella giurisprudenza (ad es. il caso di recesso dal contratto conseguente ad una informativa prefettizia interdittiva, ove sembra preferibile rinvenire una forma di autotutela privatistica, assimilabile a una clausola risolutiva espressa; oppure il caso in cui l'Amministrazione decida di ampliare l'oggetto del contratto già aggiudicato, dove la giurisprudenza della Cassazione non è affatto univoca¹³²), con effetti sul riparto di giurisdizione.

tali aree come pertinenze; qualora avesse correttamente esaminato la convenzione avrebbe dovuto escludere che si trattasse di concessione di beni pubblici. Il ricorso è stato giudicato inammissibile non avendo il C.d.S. violato i limiti esterni della giurisdizione ad esso attribuita: secondo la Cassazione, nel caso di specie, deve ritenersi inammissibile il ricorso che, nel suo nucleo essenziale, è inteso a far valere l'eccesso di potere giurisdizionale per avere il Consiglio di Stato qualificato pertinenza autostradale l'area sottostante il viadotto – trattandosi di aree che collocandosi in strettissima contiguità con l'opera pubblica, ineriscono stabilmente alla stessa – escludendo, invece che la CAMM avesse sulle stessa un diritto d'uso di natura civilistica riconosciuto dalla convenzione del 1970 intercorsa con la Milano Serravalle. Secondo il Consiglio di Stato il diritto d'uso di cui all'art 6, lett. c), della richiamata convenzione con la Milano Serravalle aveva ad oggetto l'utilizzo di una pertinenza autostradale esercitabile mediante concessione d'uso con conseguente devoluzione al giudice amministrativo. All'evidenza, per la Corte, la ricorrente addebitava alla pronuncia del Consiglio di Stato di essere incorso negli errori di giudizio prospettati: in tal modo, nella stessa tesi della ricorrente, si è del tutto al di fuori dal perimetro della violazione dei limiti esterni della giurisdizione, versandosi nella deduzione di meri errori di diritto e di interpretazione delle convenzioni intercorse tra le parti. Il ricorso si incentra, in definitiva, sul difetto relativo di giurisdizione pronunciandosi in una controversia di natura privatistica in violazione dei criteri di riparto della giurisdizione. A riguardo deve essere richiamato il principio più volte affermato dalla stessa Corte secondo cui "l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto in quanto non soccombente su tale, autonomo capo della decisione" (cfr. Cass n. 21260 del 20 ottobre 2016, n. 1309 del 19 gennaio 2017, n. 22439 del 24 settembre 2018, n. 33685 del 31 dicembre 2018, n. 6281 del 04 marzo 2019).

¹³² Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 31 ottobre 2019, n. 28211; *contra* Cass. civ., Sez. Unite, Sent. 5 aprile 2019, n. 9682: v. § 5.3 - Il riparto della giurisdizione nella materia dei contatti pubblici *infra*.

3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza nazionale: la "guerra dei mondi"

Le considerazioni svolte in ordine alle concessioni non devono sviare il discorso, essendo invero rivolte ad evidenziare la incertezza del diritto al fine di rimediare a siffatta problematica.

Benché si debba constatare inefficienza, incoerenza, superficialità da parte di certa giurisprudenza (nonostante abbia il potere di cambiare lo *status quo*), per migliorare occorre compiere un salto di qualità, anche a livello nomopoietico (si pensi proprio al caso delle concessioni).

Permangono infatti discutibili soluzioni assunte dal potere giudiziario che non soltanto risultano difficili da capire, ma rivelano una mistificazione del riparto giurisdizionale.

Per evitare incertezza e confusione una legislazione più aggiornata dovrebbe prevedere congrue misure deflattive per le questioni di giurisdizione, delineando meglio gli istituti, utilizzando criteri distintivi chiari, immaginando forme alternative di riparto della giurisdizione (la Cassazione non appare arbitro *super partes*), a tutto vantaggio della libera società.

Esiste una molteplicità di criteri interpretativi usati dalla giurisprudenza, viepiù nell'ambito della contrapposizione fra scuola civilista ed amministrativista.

Occorre un metodo basato sulla gestione intelligente di progressive valutazioni capaci di "affinare" caso per caso il riparto di giurisdizione in base alla logica, fondandolo su metodologie sistemiche con riscontri effettivi concernenti la verifica puntuale della giurisdizione. Il criterio dovrebbe sempre essere orientato verso lo Stato di diritto, alla certezza del diritto, prevenendo, nell'interesse del corpo sociale, il grave fenomeno della incertezza.

La Corte costituzionale (in particolare, con la pronuncia n. 138 del 1981) ha espresso il seguente principio: la pubblica amministrazione *"ha una posizione di preminenza in base alla Costituzione non in quanto soggetto ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele nelle forme tipiche loro proprie. In altre parole, è protetto non il soggetto, ma la funzione, ed è alle singole manifestazioni della p.a. che è assicurata efficacia per il raggiungimento dei vari fini pubblici ad essa assegnati. Per converso, al di fuori dell'esercizio delle predette funzioni, l'azione della p.a. rientra nella disciplina di diritto comune e, ove venga a ledere un diritto soggettivo, la potenzialità di tutela di questo affidata al giudice ordinario è completa, incontrando il solo limite del non potere costui sostituirsi all'amministrazione nell'emanare un atto né condannarla ad emanarlo"*.

Si tratta ancora una volta di una decisione fondamentale della Consulta, i cui insegnamenti prefati (sentenze della Corte cost. nn. 204/2004 e 191/2006, sent. n. 35/2010 e ord. n. 167/2011) sono stati recepiti nel d.lgs. n. 104/2010 e fungono da stella polare per orientarsi in materia, rappresentando uno dei pochi capisaldi a cui è possibile fare riferimento.

Nel conflitto per la determinazione dei confini fra le due giurisdizioni non può negarsi che la decisione in parola è fortemente innovativa – specialmente se confrontata con alcuni arresti della Cassazione – e potrà avere ripercussioni importanti. Da qui conviene prendere le mosse nell'esaminare i casi appresso passati in rassegna.

L'analisi non si limiterà a indagare sui confini fra le due giurisdizioni (ordinaria ed amministrativa), ma la indagine si appunterà anche su alcuni spunti ed approfondimenti degni di attenta riflessione, poiché l'obiettivo finale è quello di addivenire ad una maggior definizione del riparto giurisdizionale. E questa indagine potrebbe perfino porre in seria discussione la giurisprudenza della Cassazione, perché gravida di molte conseguenze.

In conclusione, se la credibilità delle istituzioni è condizione per il funzionamento della democrazia, la magistratura nel suo complesso deve recuperare la preziosa funzione prevista dall'ordinamento. È urgente dunque effettuare il presente studio per far luce su tutte le anomalie che hanno debilitato le istituzioni ed avvilto la certezza del diritto.

Dalla giurisprudenza nomofilattica ci si aspetta che non aggiunga incertezza a quella provocata dalle lacune del diritto positivo e dal cambiamento degli orientamenti col passare del tempo; altrimenti si finisce per essere controllati dall'incertezza invece di esserne in controllo. Si perde così la retta via. E viene dunque sacrificata l'effettività della tutela giurisdizionale.

Al riguardo pare utile evidenziare che avallare una serie di pronunciamenti, anche molto discordanti fra loro, espone la giurisdizione a numerosi rilievi ("il re è nudo", verrebbe da dire) e dare preminenza all'ultimo passato in giudicato¹³³, senza nemmeno vagliare la sua fondatezza giuridica, desta parecchie perplessità. Non è possibile affidare la giurisdizione al caso.

L'erosione di alcuni principi considerati fino ad ora fondamentali era già iniziata ed è fonte di disorientamento. L'inadeguatezza di alcuni di questi assetti della giurisdizione è da tempo evidente. È necessario il subitaneo abbandono di ogni schema di riferimento avulso dal contesto.

Come detto, si assiste ad una tutela giurisdizionale incerta e ripartita fra varie giurisdizioni.

La questione non è di poco conto e si riverbera addirittura sul piano procedurale dell'amministrazione attiva: invero, ai sensi dell'art. 3 (Motivazione del provvedimento) della legge 7 agosto 1990, n. 241, "*In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere*" (comma 4). E se viene indicata l'autorità sbagliata? È vincolante l'indicazione? Il soggetto interessato può decidere di non seguirla se non condivide l'indicazione? Anche perché rischia di non poter poi appellare in punto di giurisdizione se presta acquiescenza.

La violazione dell'art. 3, comma 4, della l. n. 241/1990, secondo cui in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità alla quale è possibile ricorrere, pur non comportando un vizio del procedimento e l'illegittimità dell'atto, è invece idonea a determinare la scusabilità dell'errore del destinatario circa i termini di impugnazione dell'atto stesso. Nell'ipotesi in cui l'Amministrazione, venendo meno al dovere di cooperazione previsto dall'art. 3, comma 4, della l. n. 241/1990, abbia solo ommesso di indicare nel provvedimento rivolto al privato i termini entro i quali ricorrere, sussiste il presupposto per il riconoscimento dell'errore scusabile in sede processuale ove, nel singolo caso, sia rilevabile una giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto (Cons. Stato, Sez. V, 15/07/2014, n. 3710 – Riforma TAR Calabria, Catanzaro, Sezione II, n. 654/2011).¹³⁴

¹³³ Cassazione, Sez. Un. Civili, 10 dicembre 2020, n. 28179: cfr. *Quando il passaggio in giudicato estende i suoi effetti al presupposto della giurisdizione*, in *ILcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24697 - pubb. 30/12/2020. Il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria e, quindi, osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti aventi titolo nel medesimo rapporto davanti a un giudice diverso, avendo il giudicato esterno la medesima autorità di quello interno, in quanto corrispondono entrambi all'unica finalità dell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e della stabilità delle decisioni (nella specie, la S.C. ha confermato la giurisdizione ordinaria in ordine alla domanda di pagamento dell'indennizzo per il recesso esercitato da un Comune rispetto ad una convenzione per la raccolta dei rifiuti conclusa con un Consorzio, rapporto già qualificato da una precedente sentenza resa tra le medesime parti, sia pure in relazione alla domanda di pagamento dei compensi proposta dal Consorzio e passata in cosa giudicata, in termini di appalto di servizi, anziché di accordo tra amministrazioni). Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La giurisdizione sui contratti pubblici secondo la Cassazione: così è (se vi pare) o as you like it* - nota a Cassazione, Sez. Unite, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, in *Riv. Trim. Appalti*, 2021, 2, 665-709.

¹³⁴ L'inosservanza dell'art. 3, comma 4, della l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità alla quale è possibile ricorrere, non comporta un vizio del procedimento e l'illegittimità dell'atto, determinando invece la scusabilità dell'errore del destinatario, il quale abbia proposto il ricorso all'autorità amministrativa, in luogo che a quella giudiziaria. Ne consegue che, in tale evenienza, non potendosi ritenere il provvedimento stesso come definitivo per omessa impugnazione giurisdizionale nei termini, qualora l'autorità amministrativa lo abbia integrato con un provvedimento successivo, che richiami il precedente ed indichi i termini e l'autorità presso cui impugnare, ove l'impugnazione

Al riguardo può farsi qualche esempio:

- “Gps, il ministero sbaglia giudice”. Le controversie che riguardano l’attribuzione di punteggi nelle graduatorie provinciali per le supplenze rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. Lo ha stabilito la Sezione I del TAR dell’Abruzzo con la sentenza n. 391 pubblicata il 6 novembre 2020.¹³⁵

- Giurisdizione in materia di graduatorie scolastiche di istituto nelle quali si attinge per le supplenze: *“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta avverso le graduatorie scolastiche di istituto per le supplenze di cui all’art. 4, commi 6-bis e 6-ter, l. n. 124 del 1999 nel caso in cui non venga in considerazione il diritto a permanere nelle graduatorie permanenti ad esaurimento del personale docente (GAE), bensì la diversa ipotesi che ha quale presupposto le graduatorie d’istituto, a cui il Dirigente scolastico attinge per supplenze annuali o temporanee, e la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo di formazioni di tali graduatorie a cui corrisponde una posizione soggettiva di interesse legittimo”* (Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2007).¹³⁶

giurisdizionale avverso quest’ultimo sia stata tempestivamente proposta essa deve essere esaminata nel merito, perché il secondo provvedimento deve essere considerato integrativo del primo (Cass. civ., Sez. III Sent., 08/02/2012, n. 1766 – Cassa con rinvio, Cons. Naz. Geometri Roma, 02/12/2010 – Fattispecie relativa a sanzione disciplinare comminata dal Collegio dei geometri). In tema d’esercizio del diritto d’azione contro atti della p.a. (nella specie un provvedimento del Magistrato delle Acque), mediante impugnazione da proporsi entro un certo termine a pena di decadenza (nella specie mediante impugnazione innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche), si applica la regola posta dall’art. 3 della legge n. 241 del 1990 (secondo il quale “in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l’autorità cui è possibile ricorrere”), la cui violazione impedisce la decadenza stessa (Cass. civ., Sez. Unite, Sent. 30/07/2008, n. 20602 – Cassa con rinvio, Trib. Sup. Acque Roma, 24 febbraio 2006). Per Cass. civ., Sez. III, 12/03/2005, n. 5456, in tema d’esercizio del diritto d’azione contro atti della p.a. mediante opposizione da proporsi entro un certo termine a pena di decadenza, trova applicazione il principio secondo cui, dovendo essere osservata la regola posta dall’art. 3, quarto comma, della legge n. 241 del 1990, la sua violazione impedisce la decadenza eventualmente prevista per l’esercizio del diritto d’azione in via oppositiva (nella specie la S.C. ha fatto applicazione di tale principio in relazione ad un giudizio concernente un’azione di accertamento negativo esercitata da un utente a seguito di richiesta di pagamento da parte di un Comune di una somma di denaro per fornitura d’acqua potabile, nolo contatore, depurazione e acque reflue). Infine, secondo Cass. civ., Sez. I, 07/07/2004, n. 12428, in tema di disciplina dell’immigrazione, la mancanza nel provvedimento impugnato delle indicazioni prescritte in via generale dall’art. 3, comma quarto, della legge 7 agosto 1990, n. 241, impedisce la decadenza dal diritto a proporre impugnazione.

¹³⁵ Cfr. M. Nobilio, *Gps, il ministero sbaglia giudice*, in *Italia Oggi*, 08/12/2020, pag. 35. Le controversie che riguardano l’attribuzione di punteggi nelle graduatorie provinciali per le supplenze rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. Sono errate, quindi, le indicazioni che sono state fornite dagli uffici scolastici all’atto della pubblicazione delle graduatorie provinciali per le supplenze che fanno riferimento al giudice amministrativo. A complicare una situazione già di per sé complessa interviene anche l’Avvocatura dello Stato che, per prassi, in sede di contenzioso solleva sistematicamente l’eccezione riguardante la carenza di giurisdizione del giudice di turno. Questione delicatissima che va avanti da decenni e che ha prodotto nel tempo continue oscillazioni della giurisprudenza di merito, ordinaria e amministrativa, nonostante alcune pronunce delle Sezioni unite della Cassazione emesse in sede di regolamento di giurisdizione. Pronunce che, va detto, hanno contribuito solo in parte a diradare le nebbie. Il discrimine tra la giurisdizione del giudice ordinario e quello amministrativo è la natura del cosiddetto *petitum* sostanziale: locuzione con la quale i giuristi fanno riferimento all’oggetto della domanda che viene posta al giudice. Quando il *petitum* è un bene della vita oggetto di potere amministrativo (interesse legittimo) si va davanti al TAR. Quando invece il ricorrente fa valere in giudizio una posizione di vantaggio protetta dall’ordinamento giuridico (diritto soggettivo) si va davanti al giudice ordinario. Quando, però, c’è di mezzo un atto amministrativo la faccenda si complica. Perché non è mai facile valutare se l’interesse del ricorrente è un interesse legittimo o un diritto soggettivo. Nondimeno, l’articolo 3 della legge n. 241/90 dispone che l’Amministrazione è obbligata ad indicare in calce ai provvedimenti l’autorità davanti alla quale è possibile impugnare il provvedimento. Tale obbligo si collega direttamente all’obbligo di motivazione. Perché è proprio dalla motivazione del provvedimento che il ricorrente trae gli elementi per argomentare il ricorso. E fino a quando queste indicazioni non risulteranno conformi all’orientamento dei giudici, i ricorrenti e i tribunali dovranno sopportare oneri aggiuntivi non dovuti.

¹³⁶ Ha ricordato, la Sezione, che le procedure relative alla formazione e all’aggiornamento delle graduatorie permanenti (GAE) del personale docente non sono procedure concorsuali, onde non può ritenersi la

giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta, infatti, di atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato ex art. 5, comma 2, del richiamato decreto legislativo, a fronte dei quali sussistono solo posizioni di diritto soggettivo, poiché le pretese consistono solo nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e, dunque, di gestione della graduatoria (Cass. civ., Sez. un., 16 dicembre 2013, n. 27991; Cons. Stato, Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11). Diversa la conclusione nel caso in cui non venga in considerazione il diritto a permanere nelle citate GAE, bensì la ben diversa ipotesi, già presa in considerazione dalla giurisprudenza (Cass. civ., Sez. un., n. 21198 del 2017), che ha quale presupposto le graduatorie d'istituto, a cui il Dirigente scolastico attinge per supplenze annuali o temporanee, e la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo di formazioni di tali graduatorie a cui corrisponde una posizione soggettiva di interesse legittimo. La giurisprudenza citata (Cass. civ., Sez. un., n. 21198 del 2017), infatti, pur affermando la generale sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative al collocamento nelle graduatorie permanenti (GAE) del personale docente – e pur non escludendo, anche in questo ambito, la possibile permanenza di una residuale giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. civ., Sez. un., n. 27991 e n. 27992 del 2013) – è pervenuta ad una diversa conclusione nelle controversie riguardanti le graduatorie d'istituto, poiché in tale caso, per consolidata giurisprudenza amministrativa, ricorrono tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale pubblica: il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una Commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati, la formazione di una graduatoria finale (Cons. Stato, Sez. VI, n. 7773 del 2012; n. 5795 del 2014; n. 953 del 2016). Pertanto, non si applicano in questo caso i principi affermati dalla giurisprudenza in materia di collocamento dei docenti nelle graduatorie permanenti ad esaurimento (GAE), per le quali normalmente è esclusa ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali della p.a., venendo in rilievo atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

Da ultimo, vedasi Cassazione, Sez. Un. Civili, 30 marzo 2021, n. 8774. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, dopo aver esposto di essere insegnanti precari in possesso del diploma di maturità magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale adito, nel contraddittorio con il MIUR e gli uffici scolastici territoriali, di "accertare e dichiarare la nullità e/o dichiarare l'illegittimità con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati". La nullità e l'annullamento sono stati chiesti ai sensi dell'art. 31 cod. proc. amm., con riferimento: a) al D.M. 3 giugno 2015, n. 325, nella parte in cui, pur prevedendo l'inclusione dei docenti in possesso di titolo abilitativo conseguito entro il 30 giugno 2015, non consente ai ricorrenti, nella qualità di docenti abilitati perché in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, di presentare domande di inserimento in graduatoria; b) al silenzio rigetto dell'amministrazione seguito alla diffida presentata da essi ricorrenti per ottenere l'inserimento nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento (d'ora in poi solo GAE); c) alle GAE definitive di III fascia ripubblicate ai sensi del D.M. n. 325 del 2015, dai vari dirigenti degli uffici scolastici regionali e provinciali valide per l'anno scolastico 2015/2016. La domanda è stata estesa agli atti presupposti, costituiti dal D.M. n. 235 del 2014, di cui il D.M. n. 325 del 2015, è parte integrante, e da tutti gli altri atti e provvedimenti connessi e collegati, compresa la circolare n. 2198/2015 e la nota ministeriale n. 15457/2015, nella parte in cui consentono l'inserimento nelle GAE soltanto ai diplomati magistrali ante 2001/2002, destinatari di provvedimenti giudiziari favorevoli. I ricorrenti hanno altresì chiesto la declaratoria, in via cautelare, del loro diritto ad essere inseriti nella III fascia delle GAE per l'anno scolastico 2015/2016. A fondamento della domanda, hanno sostenuto che del R.D. n. 1054 del 1923, art. 53 e del D.Lgs. n. 297 del 1994, artt. 194 e 197, prevedono che il diploma magistrale, ove conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, abilita alla professione di docente per la classi di concorso per la Scuola dell'infanzia (AAAA) e la Scuola primaria (EEEE); che la L. n. 296 del 2006, nel trasformare le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, ha stabilito che tutti i docenti già in possesso di abilitazione alla data del 1/1/2007 hanno diritto ad essere inseriti nelle suddette graduatorie; che i decreti indicati, invece, impediscono tale inserimento, negando al diploma da loro conseguito il valore di titolo abilitante all'insegnamento. Hanno aggiunto che, con sentenza del 16/4/2015, n. 1973, il Consiglio di Stato ha annullato il D.M. n. 235 del 2014, nella parte in cui, nel fissare i criteri di inserimento nelle GAE, ha precluso ai docenti muniti di diploma magistrale di essere inseriti, e ciò in violazione della L. n. 296 del 2006 (art. 1, comma 605, lett. c); che il Miur non aveva dato applicazione generalizzata alla sentenza e, con il decreto n. 325 del 2015, aveva riproposto all'art. 5 le disposizioni contenute nel D.M. annullato; che tale atto costituiva elusione del giudicato ai sensi di quanto dispone della L. n. 241 del 1990, art. 21 *septies*, oltre ad essere affetto da vizi di eccesso di potere per sviamento e illogicità; che non era in discussione l'efficacia erga omnes della sentenza del Consiglio di Stato, in quanto l'annullamento disposto in sede giurisdizionale aveva ad oggetto un provvedimento (il D.M. n. 235 del 2014) a contenuto generale e inscindibile, di tipo normativo, sicché l'annullamento spiegava i suoi effetti nei confronti di tutti i destinatari, non potendo l'atto esistere per taluni e non esistere per altri, secondo la costante giurisprudenza amministrativa.

Il TAR adito, con ordinanza n. 4943 del 2015, ha rigettato la richiesta cautelare, rilevando che, “con riferimento alla domanda di annullamento del D.M. MIUR n. 325 del 2015, l’atto impugnato dispone espressamente, all’art. 5, che, per quanto non espressamente previsto nel medesimo decreto, valgono le disposizioni di cui al D.M. M.I.U.R. n. 235 del 2014, e che quest’ultimo è stato definitivamente annullato con la sentenza del C.d.S. n. 1973/2015, passata in giudicato, e che, pertanto, fa stato nei confronti di tutti gli interessati”; e che, “per quanto attiene alla richiesta di inserimento nelle G.A.E. con riserva sussiste, per consolidato orientamento della sezione nella materia, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito”. L’ordinanza del TAR è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 1461/2016, ha accolto l’istanza cautelare e ha disposto l’ammissione con riserva in graduatoria. Fissata l’udienza di discussione per il merito davanti al TAR, i ricorrenti hanno proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo che sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

Reputano le Sezioni unite, condividendo le conclusioni del Pubblico ministero, che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo. Le questioni poste nel presente regolamento sono state già oggetto di ampia e diffusa disamina da parte delle Sezioni Unite con l’ordinanza 15/12/2016, n. 25840, alle quali la Corte intende dare continuità. In questa decisione – resa in una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella oggi all’esame, sia con riguardo agli atti impugnati sia con riguardo alle ragioni dell’impugnazione – si è affermato, richiamando principi ormai consolidati, che, in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi (nello stesso senso, Cass. Sez. Un., 8/6/2016, n. 11712; Cass. Sez. Un., 15/12/2015, n. 25210; Cass. Sez. Un., 3/11/2011, n. 22733; Cass. Sez. Un., 9/2/2009, n. 3052). Questa affermazione si fonda sul rilievo che possono darsi situazioni nelle quali la contestazione in giudizio della legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, previsti del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1, implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro non costituisce l’effettivo oggetto del giudizio, ma, per così dire, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata posizione soggettiva del ricorrente, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall’atto presupposto (ancora Cass. Sez. Un., n. 11712/2016, cit.). Con specifico riguardo alle controversie aventi ad oggetto l’inserimento dei docenti nelle graduatorie permanenti (ora ad esaurimento), la giurisprudenza della Corte ha individuato una chiara linea di demarcazione tra le giurisdizioni, che distingue a seconda che la questione involga un atto di gestione delle graduatorie, nella quale viene in rilievo in via diretta la posizione soggettiva dell’interessato e il suo diritto al collocamento nella giusta posizione nell’ambito della graduatoria medesima, – e dunque la giurisdizione del giudice ordinario, oppure la validità dell’atto amministrativo di carattere generale, se non regolamentare, che disciplina l’accesso alle graduatorie e, solo quale conseguenza dell’annullamento di tale atto, la tutela della posizione individuale dell’aspirante all’inserimento in una determinata graduatoria (Cass. Sez. Un. 13/9/2017, n. 21198; v. nello stesso senso, Cons. St. 9/3/2016, n. 953) – con la conseguente attrazione della controversia nella giurisdizione del giudice amministrativo (v. in tal senso, Cass. n. 21198/2017, cit.). Si è altresì precisato che le procedure relative alla formazione e all’aggiornamento delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento) del personale docente non si configurano come procedure concorsuali e, quindi, non appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo ma a quella del giudice ordinario, in quanto vengono in considerazione atti ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 5, comma 2, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l’eventuale assunzione (Cass. Sez. Un., 15/12/2016, n. 25836, e prima ancora, Cass. Sez. Un., 13/2/2008, n. 3399, seguita da Cass. Sez. Un., 28/07/2009, n. 17466; Cass. Sez. Un. 10/11/2010, n. 22805; Cass. Sez. Un. 16/12/2013, n. 27991; Sez. Un. 23/07/2014, n. 16756; per la giurisprudenza amministrativa, Cons. St. 9/3/2016, n. 953; Cons. St., 12/7/2011, n. 11). Tuttavia, la fattispecie è diversa allorché l’oggetto del giudizio sia l’accertamento della legittimità della regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento, adottata con atto ministeriale. In tal caso, infatti, viene contestata la legittimità della disciplina delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenerne l’annullamento *in parte qua*, e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche di natura normativa subprimaria. La giurisdizione allora non può che essere del giudice amministrativo (Cass. Sez. Un. 16/12/2013, n. 27991 e n. 27992). Come la giurisdizione del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico contrattualizzato è recessiva in favore di quella generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi o determinano le dotazioni organiche complessive ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1 (cfr. Cass., S.U., n. 22779 del 2010), a maggior ragione sussiste la

- Al contrario, si ha giurisdizione del giudice ordinario sul depennamento dalle graduatorie di istituto secondo Cons. Stato, Sez. VI, 7 settembre 2021, n. 6230: “*Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il collocamento nelle graduatorie del comparto scolastico se il ricorso è diretto all’accertamento del diritto del singolo docente all’inserimento nella graduatoria e non all’annullamento dell’atto amministrativo generale o normativo che disciplina la materia; la formazione e la gestione delle graduatorie non darebbe luogo infatti ad una procedura concorsuale, ma al mero accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e gli atti adottati sarebbero privi di contenuto discrezionale*”.¹³⁷ Spetta quindi alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione del

giurisdizione del giudice amministrativo ove l’oggetto del giudizio sia l’impugnazione di un atto regolamentare di normazione sub primaria (cfr. Corte Cost. n. 41 del 2011). La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche nei confronti di atti amministrativi a contenuto generale ed astratto, sebbene privi di natura regolamentare, in caso di azione diretta al loro annullamento ove il contenuto degli stessi sia riconducibile del D.Lgs. n. 165 del 2001, cit. art. 2, comma 1. Ne consegue che, ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all’inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio: “Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell’atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all’inserimento in una determinata graduatoria - l’accertamento del diritto del ricorrente all’inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo. Se, viceversa, la domanda rivolta al giudice è specificamente volta all’accertamento del diritto del singolo docente all’inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell’atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario” (Cass. Sez. Un. 25840/2016). Questi principi sono stati puntualmente ripresi dalla recente ordinanza delle Sezioni unite 23/4/2020, n. 8098, che, in una fattispecie sovrapponibile a quella in esame, riguardante il mancato inserimento di un’insegnante diplomata magistrale nelle graduatorie ad esaurimento ed in cui oggetto d’annullamento era il D.M. n. 400 del 2017 (sostanzialmente riproduttivo delle disposizioni contenute nel D.M. n. 325 del 2015), ha richiamato i principi espressi nell’ordinanza delle Sezioni Unite n. 25840/2016 (seguiti anche da Cass., Sez. Un., n. 21196/2017, cit., e da ultimo Sez. Un. 26/6/2019, n. 17123/2019). Nel caso in esame, come in quello esaminato nell’ordinanza n. 25840/2016, la domanda dei ricorrenti è chiaramente rivolta all’annullamento del D.M. n. 325 del 2015, nonché degli atti presupposti, ossia di atti amministrativi di carattere collettivo, costituenti esercizio di potestà autoritativa nella individuazione dei criteri per l’inserimento nelle graduatorie, ribaditi anche dopo che quelli contenuti nel D.M. n. 235 del 2014, sono stati dichiarati illegittimi dal Consiglio di Stato nella sentenza invocata dagli odierni ricorrenti (sent. n. 1973/2015), proprio con riferimento alla mancata previsione dell’inserimento dei titolari di diploma magistrale conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002. Gli stessi motivi di ricorso al TAR non investono direttamente le modalità di valutazione delle singole posizioni soggettive, ma censurano in via principale le determinazioni espresse dal MIUR nel D.M. n. 235 del 2014 (e nei successivi decreti ministeriali), attraverso la deduzione della non conformità a legge dell’atto impugnato, sotto il profilo della violazione del giudicato, dell’eccesso di potere e della violazione di legge, ossia di tipici vizi di legittimità dell’atto amministrativo quale espressione di esercizio della potestà pubblica, rispetto al quale i ricorrenti possono vantare solo una posizione di interesse legittimo. Solo all’esito della rimozione del provvedimento impugnato la posizione soggettiva dei ricorrenti potrà assumere consistenza di diritto soggettivo. Le difese svolte dai ricorrenti nel ricorso e nelle memorie difensive, incentrate essenzialmente sul diverso orientamento giurisprudenziale segnato dalle decisioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2017 cit., ribadito nella sentenza n. 4 del 247/2/2019, non valgono a mutare il *petitum* sostanziale della presente controversia, costituito dall’annullamento del D.M. e degli atti presupposti e conseguenti, come si evince chiaramente dalla lettura del ricorso e dei motivi aggiunti. In conclusione, deve dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo. Poiché il giudizio già innanzi al TAR Lazio, non occorre disporre alcuna *translatio iudicii* (L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59).

¹³⁷ Ricorda la Sezione che la Corte di Cassazione ha chiarito (cfr. sentenza delle Sezioni Unite n. 21198 del 2017) che ai fini della individuazione di quale sia il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto dei docenti della scuola all’inserimento in una graduatoria ad esaurimento occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Di conseguenza, se oggetto della domanda è la richiesta di annullamento dell’atto amministrativo e solo quale effetto della rimozione di tale atto l’accertamento del diritto del ricorrente all’inserimento nella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo; se viceversa la domanda è volta specificamente all’accertamento del diritto del singolo docente all’inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, la giurisprudenza va attribuita al giudice ordinario. La Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che nelle ipotesi delle graduatorie di istituto laddove “il ricorrente abbia chiesto l’annullamento del decreto di

provvedimento con il quale il dirigente scolastico depenna un insegnante dalle graduatorie di istituto, quando tale atto inerisce a vicende del rapporto di impiego privatizzato, legate ad un potere operante su un piano paritetico, basato sull'accertamento di fatti specifici, che riguarda solamente la conformità o meno alla legge degli atti vincolati di gestione nella graduatoria, vertendosi in tema di accertamento di diritti soggettivi di docenti già iscritti in graduatorie. La discrezionalità amministrativa e tecnica invece si ravvisa e permane nella formazione e nell'applicazione delle regole del bando – per l'approvazione delle graduatorie di istituto – aventi effetti generali e riflessi su fasci di situazioni giuridiche soggettive interrelate, in ordine alle quali va ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo.

- Giurisdizione in materia di materia di Fondo Unico Nazionale dei Dirigenti scolastici: *“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta avverso il decreto che calcola il Fondo unico nazionale dei Dirigenti senza tenere conto della retribuzione individuale di anzianità del personale dirigenziale, venendo in considerazione l'esercizio del potere amministrativo volto a contemperare l'interesse dei dirigenti, beneficiari del fondo, con l'interesse pubblico alla corretta determinazione del fondo in base alla disciplina contabile e finanziaria che regola la materia”* (Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2008).¹³⁸

pubblicazione delle graduatorie medesime di seconda e di terza fascia... la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo, in quanto la domanda giudiziale riguarda direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo e quindi presuppone una posizione di interesse legittimo”. Diversamente dalla situazione riscontrata per le graduatorie ad esaurimento – per le quali si esclude sia lo svolgimento di attività autoritativa della pubblica amministrazione sia di procedure concorsuali che, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001, “restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo” – in questo caso ricorrerebbero tutti gli elementi caratteristici della procedura concorsuale pubblica vale a dire il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi dei titoli, la presenza di una commissione incaricata della valutazione dei titoli dei candidati e la formazione di una graduatoria finale. In definitiva, la giurisdizione dipende quindi dal *petitum* sostanziale e dalle caratteristiche della procedura adottata (concorsuale o non). Può farsi applicazione dell'insegnamento ritraibile dalla giurisprudenza della Suprema Corte regolatrice sulla generale azionabilità del “diritto al lavoro”. Per Cass. civ., Sez. un., 28 maggio 2007, n. 12348 la disposizione del 4° comma dell'art. 63 d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, che attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti si riferisce solo al reclutamento basato su prove di concorso, caratterizzato da una fase di individuazione degli aspiranti forniti dei titoli generici di ammissione e da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, diretta ad operare la selezione in modo obiettivo e dominata da una discrezionalità (non solo tecnica, ma anche) amministrativa nella valutazione dei candidati; detta disposizione non riguarda, pertanto, le controversie nelle quali si intenda far valere il diritto al lavoro, in relazione al quale la p.a. è dotata unicamente di un potere di accertamento e di valutazione tecnica; ne consegue che la controversia con la quale si chiedi il risarcimento dei danni, per non avere la p.a. – ai fini della formazione della graduatoria definitiva relativa ad una procedura concorsuale – valutato il titolo di riserva spettante agli invalidi civili ai sensi della l. 2 aprile 1968 n. 482 (ora l. 12 marzo 1999 n. 68), è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la relativa disciplina non lascia alla p.a. alcun criterio di discrezionalità in relazione alla posizione soggettiva dell'invalido, che si configura come diritto al posto riservato quale appartenente a categoria protetta. Tornando al caso di specie, si tratta di un'esclusione, derivante dall'interpretazione della normativa primaria, senza discrezionalità amministrativa, adottata dopo l'inserimento in graduatoria e la sottoscrizione di un contratto di lavoro, ossia di vicenda in fondo successiva ed estranea alla gestione della procedura concorsuale (pur peculiare per il suo automatismo) sopra menzionata (la esclusione attiene al disconoscimento di una qualifica e posizione professionale legata all'interpretazione della valenza dello specifico titolo di studio conseguito da un determinato e specifico soggetto) non avendo riflessi di carattere generale.

¹³⁸ Ha ricordato, la Sezione, che la normativa demanda alla contrattazione collettiva solo la fissazione dei criteri di utilizzo del Fondo Unico Nazionale dei Dirigenti e non la quantificazione dello stesso, che viene invece effettuata unilateralmente ed autoritativamente dal MIUR, con proprio decreto, sottoposto solo al visto del MEF. Ha quindi affermato che il decreto impugnato deve essere qualificato alla stregua di un atto amministrativo, trattandosi di un provvedimento avente efficacia generale, con cui l'Amministrazione ha unilateralmente ed autoritativamente determinato il Fondo Unico Nazionale per le retribuzioni di posizione e di risultato dei dirigenti; contrariamente alla prospettazione del giudice di primo grado (sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 10875/2020), non viene in considerazione l'esercizio di facoltà spettanti al datore di lavoro secondo una logica prettamente privatistica, bensì l'esercizio di un potere volto a

- “Contro il diniego alle cure all'estero si ricorre al Tar”. Le controversie relative al diniego dell'autorizzazione a effettuare cure mediche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo. Lo afferma il Consiglio di Stato nella pronuncia n. 6371 del 21 ottobre 2020, in contrasto con il prevalente indirizzo della Cassazione che affida la giurisdizione in materia al giudice ordinario.¹³⁹

contemperare l'interesse dei ricorrenti, beneficiari del fondo, con l'interesse pubblico alla corretta determinazione del fondo in base alla disciplina contabile e finanziaria che regola la materia. Venendo in considerazione l'esercizio del potere amministrativo, la posizione soggettiva dei ricorrenti è di interesse legittimo, da cui la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2020, n. 7505, secondo cui “sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio del potere loro conferito dell'art. 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001, aventi ad oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali dell'organizzazione degli uffici – nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono – caratterizzati da uno scopo esclusivamente pubblicistico, sul quale non incide la circostanza che gli stessi, eventualmente, influiscono sullo *status* di una categoria di dipendenti, costituendo quest'ultimo un effetto riflesso, inidoneo ed insufficiente a connotarli delle caratteristiche degli atti adottati “*iure privatorum*” (Sezioni Unite n. 8363 del 2007); nell'emanazione di tali atti organizzativi, la pubblica amministrazione datrice di lavoro esercita un potere autoritativo in deroga alla generale previsione del successivo art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 secondo cui la gestione del rapporto avviene con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”). Tale soluzione accolta risulta coerente anche con i principi espressi dalla Corte di cassazione in casi analoghi, in cui si è affermato che “in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, rilevano la titolarità dell'interesse fatto valere e il grado di protezione accordato dall'ordinamento in relazione ai poteri attribuiti al giudice adito (vedi anche Cass., Sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592). Nel caso in esame, i dirigenti hanno chiesto la reintegrazione dell'entità dei fondi destinati ad alimentare la loro retribuzione di posizione e di risultato e, per conseguenza, la condanna della p.a. a pagare loro *pro quota* gli importi spettanti a tale titolo. La contestazione, dunque, investe il corretto esercizio del potere amministrativo. Le situazioni giuridiche dedotte in lite, in definitiva, sono correlate esclusivamente all'illegittimo esercizio d'un potere autoritativo organizzativo” (Cass. civ., Sez. un., ord. 17 novembre 2017, n. 27285).

¹³⁹ Cfr. F. Vignoli, *Contro il diniego alle cure all'estero si ricorre al Tar. Pronuncia del Consiglio di Stato che si discosta dalla Cassazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 21/12/2020, pag. 31. Nel caso esaminato la ricorrente contestava dinanzi al TAR la legittimità del rifiuto a proseguire all'estero le cure, espresso dall'autorità sanitaria per cui la riabilitazione poteva essere svolta solo in Italia. Il TAR declinava la giurisdizione del giudice amministrativo perché, per il tipo di valutazioni da compiere, l'apprezzamento della p.a. non implicava l'esercizio di potere di supremazia, né poteva ravvisarsi l'ipotesi di giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi perché la causa non riguardava l'organizzazione del servizio sanitario, ma il rapporto di utenza. La ricorrente proponeva appello e la parte pubblica, nel resistere, osservava che le Sezioni unite avevano rimesso, in casi analoghi, la controversia al giudice ordinario perché si chiedeva la tutela del diritto alla salute non suscettibile di affievolimento (n. 20577/2013). Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo. Secondo i giudici, la teoria dei diritti che non degradano, e tra questi quella dei diritti fondamentali inaffievolibili, nasce in una fase storica in cui l'interesse legittimo si riteneva inadeguato alla tutela dei beni della vita. Fase superata grazie a quelli che il Consiglio di Stato definisce “tre passaggi che possono dirsi epocali”. Il “primo passaggio” è legato alla sentenza delle Sezioni unite n. 500/99 che riconosce l'interesse legittimo come interesse sostanziale circa un bene della vita meritevole di protezione, attinto dall'esercizio del potere. Il “secondo passaggio” è costituito dalla tutela piena ed effettiva assicurata dal codice del processo amministrativo: il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto la decisione resa dall'autorità amministrativa, sino a condannare la p.a. a rilasciare il provvedimento in presenza delle condizioni di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c) e 31, comma 3, del codice del processo amministrativo. Il “terzo passaggio” è compiuto dalla Corte costituzionale che, dalla pronuncia n. 204/2004, tende a configurare la giurisdizione del giudice amministrativo come giurisdizione in cui sia coinvolta l'Amministrazione come autorità a prescindere dallo spessore dell'interesse sostanziale del quale è richiesta tutela. In definitiva, per il Consiglio di Stato, non sussiste alcun fenomeno di degradazione perché diritti soggettivi e interessi legittimi convivono. Se il bene della vita è ottenibile mediante un potere amministrativo, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo e la giurisdizione amministrativa assicura piena tutela. Nel caso in esame, la fonte che disciplina il potere è il decreto del Ministero della Sanità del 3 novembre 1989, in base al quale ai cittadini italiani sono assicurate prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero e che “conforma” il diritto attribuendo il potere autorizzativo, a carattere vincolato, alle Asl, in base al parere tecnico di un centro medico regionale. Vedasi anche N. Paolantonio, *Negata la seconda dose ai “furbetti” del vaccino. Dubbi sul Tar di Catania: giustizia o vendetta?*, in *Il Dubbio*, 16/02/2021, pag. 15. Questa la storia: i familiari di due dipendenti della Asp (Azienda Sanitaria Provinciale) di Ragusa avrebbero ricevuto la prima dose di vaccino

- Le controversie in materia di rettifica dei dati personali nei registri anagrafici della popolazione coinvolgono situazioni di diritto soggettivo.¹⁴⁰

- Secondo Consiglio di Stato, Ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9, hanno natura provvedimento soltanto gli atti con cui il GSE accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte non rinnovabile, dell'obbligo di cui all'art. 11 d.lgs. n. 79/1999. L'Ad. plen. ritiene che il potere del GSE di accertare unilateralmente e definitivamente (in via amministrativa) lo stato

anti Covid prima del 'loro turno', grazie (pare) ai buoni uffici dei due funzionari. Si apprende ancora (fonte Ansa) che i due dirigenti sono stati sospesi e che, alla richiesta dei pazienti di ottenere la dose di richiamo nei tempi prescritti, è stato loro opposto un diniego sia dalla Asp che dall'assessorato alla Salute della Regione siciliana. I pazienti sono quindi ricorsi al TAR di Catania chiedendo in via di estrema urgenza che la Asp somministrasse la seconda dose, entro il 17.2.2021: il ricorso è stato infatti presentato il 12 febbraio e i tempi tecnici per dibattere la questione avrebbero oltrepassato questa *deadline*, ponendo a rischio – secondo i pazienti – l'efficacia della vaccinazione. Il TAR catanese ha rigettato l'istanza e i ricorrenti hanno abbandonato il ricorso. Infine, vedasi Consiglio di Stato, Sez. III, 23 febbraio 2021, n. 1555: cfr. *Diritto di scegliere liberamente il medico di fiducia all'interno dell'intero ambito territoriale dell'Azienda Sanitaria*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24938 - pubb. 02/03/2021. Viene riconosciuto anche per i pediatri di libera scelta, che assicurano il servizio di assistenza sanitaria di base per i pazienti di età fino ai 16 anni, il diritto di libera scelta del medico che può essere esercitato all'interno dell'intero ambito di ciascuna Azienda Sanitaria, senza che questa possa imporre indebite restrizioni di tipo territoriale. Il Consiglio di Stato afferma che le norme dettate sulla materia si ispirano ad un duplice principio, non solo di libera scelta su base fiduciaria del medico o del pediatra di fiducia da parte degli assistiti, ma anche di libero esercizio, da parte del medico o del pediatra di fiducia, della professione medica che, anche quando esercitata in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Pubblico, concreta un'attività professionale diretta alla cura di ogni singolo paziente, con il quale si instaura un rapporto fiduciario avente per oggetto diritti strettamente personali, assoluti ed incompressibili, concernenti la vita e la salute di ciascuno. La giurisprudenza amministrativa ha quindi riconosciuto che il diritto di libera scelta del medico può essere esercitato all'interno dell'intero ambito di ciascuna Azienda Sanitaria, senza che questa possa imporre indebite restrizioni di tipo territoriale (TAR Lazio, sezione I, sentenza n. 1132 dell'1.6.1987, confermata dal Consiglio di Stato, Sezione IV, con la sentenza n. 712 del 18.9.1991). Le previsioni della legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale risultano, sotto un profilo sistematico, ricognitive del generalissimo principio del *favor libertatis* che deve necessariamente caratterizzare un ordinamento democratico in cui "La Repubblica riconosce e" (quindi) "garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" (art. 2 Cost.) e nel quale, con riferimento al caso in esame, "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo" (prima ancora che) "come interesse della collettività" (art. 32 Cost.). Il predetto quadro ordinamentale delinea pertanto il diritto, sancito dalla citata legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale, di ciascuno alla libera scelta del proprio medico di fiducia, e quindi del pediatra per il minore da parte di chi esercita la potestà genitoriale, nell'ambito del "dovere e diritto dei genitori" di curare il benessere dei propri figli (art. 30 Cost.), secondo un rapporto fra la Libertà e l'Autorità necessariamente improntato ai principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici di cui agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai criteri, di matrice euro-unitaria, di proporzionalità e di sussidiarietà, che impongono di consentire ad ogni cittadino-paziente la scelta fiduciaria, nell'ambito della platea dei soggetti potenzialmente idonei ed anche nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale pubblico, della struttura sanitaria ed ospedaliera, così come della Regione di riferimento, così come del medico di base e del pediatra di fiducia, ai quali rivolgersi a tutela del proprio diritto alla salute, senza subire restrizioni di spazio, di tempo o di modalità d'accesso, da parte dell'Amministrazione, diverse o ultronee rispetto a quelle strettamente giustificate da esigenze di tutela del diritto alla salute (così come accade per le misure di contrasto alla pandemia in atto) o da reali e comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale (qui in alcun modo allegate o documentate). Emerge *per tabulas* la grande enfasi posta dalla decisione sul tema del diritto soggettivo alla salute, tanto che viene da chiedersi se la giurisdizione non sia effettivamente del giudice ordinario anziché di quello amministrativo (non essendo un caso di giurisdizione esclusiva). Nessuna eccezione sul punto è stata formulata nella fattispecie, altrimenti chissà come sarebbe stata decisa. Più in generale, in tutti i casi qui riportati si controverte della tutela della salute, diritto personalissimo e di rilevanza costituzionale: eppure, si è pronunciata la giustizia amministrativa a riprova della giurisdizione di quest'ultima quando si ha a che fare con il potere pubblico.

¹⁴⁰ Cassazione, Sez. Un. Civili, 01 aprile 2020, n. 7637, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 23539 - pubb. 30/04/2020. Le controversie in materia di rettifica dei dati personali nei registri anagrafici della popolazione coinvolgono situazioni di diritto soggettivo, e non di mero interesse legittimo, ad una corretta indicazione dei dati, attesa la natura vincolata della relativa attività amministrativa, con la conseguenza che la cognizione delle stesse è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario (massima ufficiale). È di palmare evidenza il divario ermeneutico con la decisione del Consiglio di Stato esaminata alla nota precedente.

(eventuale) di inadempienza degli operatori economici rispetto al ridetto obbligo di legge non possa che manifestarsi attraverso la forma ed i contenuti propri dell'attività provvedimentale. L'Ad. plen. giunge invece a conclusioni diverse riguardo alla natura dell'atto conclusivo del procedimento di verifica nel caso in cui il controllo del GSE abbia dato esito positivo. Segnali evidenti della profonda e grave schizofrenia che affligge il sistema attuale. Il potere sarebbe così "postumo di se stesso", ricevendo qualificazione a posteriori a seconda dell'esito finale del procedimento: se negativo per il destinatario allora si tratterebbe di provvedimento autoritativo (con conseguente irrogazione della sanzione, a sua volta manifestazione di potere), viceversa in assenza di sanzione il potere non sarebbe più tale ma diventerebbe un atto paritetico a fronte di un diritto soggettivo (sul punto si tornerà più avanti nel testo).

Qualche anno prima, la medesima Adunanza plenaria – 29 gennaio 2014, n. 6 – si era pronunciata sul riparto di giurisdizione in materia di contributi e agevolazioni pubbliche concessi alle imprese. L'Adunanza plenaria ha ritenuto di dover confermare il tradizionale e consolidato indirizzo giurisprudenziale, condiviso sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass., Sez. Un., ordinanza 25 gennaio 2013, n. 1776; 24 gennaio 2013, n. 1710; 7 gennaio 2013, n. 150; 20 luglio 2011, n. 15867; 18 luglio 2008, n. 19806; 26 luglio 2006, n. 16896; 10 aprile 2003, n. 5617), sia dal Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, Ad. plen. 29 luglio 2013, n. 13), secondo cui il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata. E, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, ha delimitato l'ambito del potere. Non nel modo che si sarebbe atteso (ovvero negando *in toto* la presenza di un potere pubblico, circostanza che esclude la giurisdizione amministrativa)¹⁴¹, ma richiamando "lo speciale potere di autotutela privatistica

¹⁴¹ Cfr. pt. 10 motivazione: "Anzitutto, deve essere disatteso l'argomento che – muovendo dalla qualificazione del denaro come bene pubblico e, di conseguenza, dell'atto di erogazione come provvedimento di natura concessoria – sostiene che le controversie in materia di attribuzione (e, quindi, di revoca) di contributi o agevolazioni finanziarie rientrerebbero nella giurisdizione esclusiva di cui il giudice amministrativo dispone in materia di concessioni di beni pubblici ai sensi dell'art. 133, lett. b) cod. proc. amm. (tesi sostenuta, oltre che dall'ordinanza di remissione, anche da una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 1993, n. 727; Cons. Stato, Sez. IV, 2 agosto 2000, n. 4255; Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 516). Come hanno bene evidenziato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 19 maggio 2008, n. 12641, deve essere esclusa l'equiparabilità tra concessione di beni ed erogazione del denaro, in quanto, anche se il denaro è annoverabile nella categoria dei beni, non va confusa la figura della concessione a privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso temporaneo da parte dei privati di detti beni per una finalità di pubblico interesse, con quella del finanziamento, che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro erogato ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza. Ben altrimenti, infatti, nell'uno e nell'altro caso, le finalità pubbliche s'intrecciano con l'interesse del concessionario o del finanziato, e le ragioni di non agevole distinguibilità tra posizioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo, che sottostanno alla scelta legislativa di attribuire alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di concessione di beni o servizi pubblici, non necessariamente ricorrono nei rapporti di finanziamento. Né, d'altronde, il carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva ne consente l'applicazione al di là dei casi indicati dalla legge (in questi termini Cass. Sez. Un. 19 maggio 2008, n. 12641, par. 3 della motivazione). Inoltre, anche a prescindere dalla possibilità di riconoscere natura concessoria all'atto di erogazione del contributo, va ulteriormente evidenziato che alla sussistenza della giurisdizione amministrativa osterebbe, comunque, la riserva, prevista dallo stesso art. 133, lett. b) cod. proc. amm., a favore della giurisdizione ordinaria di tutte le questioni patrimoniali inerenti a compensi vantati dal concessionario, qualunque sia il *nomen* in concreto utilizzato ("canoni, indennità ed altri corrispettivi") (in tal senso cfr., fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2002, n. 1989; Cass. Sez. Un. 11 gennaio 1994, n. 215; Cass. Sez. Un. 10 dicembre 1993, n. 12164). L'insussistenza di una giurisdizione esclusiva afferente, in generale, alla materia di contributi pubblici risulta, inoltre, confermata, argomentando a contrario, dalla recente introduzione, ad opera della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), nel testo dell'art. 133 del codice del processo amministrativo della lettera z-sexies. La disposizione in esame ha espressamente devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che

dell'Amministrazione (di cui peraltro l'ordinamento conosce altre tassative ipotesi, le più importanti delle quali si riscontrano nell'esecuzione dei contratti pubblici: cfr. le ipotesi di recesso e risoluzione di cui agli artt. 134-136 d.lgs. 12 aprile 2006 recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)". In disparte la qualifica di "potere" in relazione a dette ultime facoltà (per le quali pare più calzante l'appellativo di diritti potestativi), a chi scrive preme rimarcare che anche in tale decisione ricompare la visione pubblicistica della concessione amministrativa, seppure rifiutata dall'Adunanza plenaria.

Ora, voler identificare nella "concessione" di contributi o agevolazioni finanziarie una fattispecie di "potere pubblico" (è bene specificarlo per tenerlo distinto dal "potere privato") è un errore.¹⁴²

Già s'è detto che il provvedimento amministrativo, quale tipica manifestazione del potere pubblico, deve necessariamente presentare determinati requisiti di forma e contenuto.¹⁴³

Non sempre è possibile ravvisare né l'imperatività, né l'unilateralità, né l'esecutorietà. Tant'è che l'Adunanza plenaria ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo, confermando il tradizionale indirizzo giurisprudenziale per il quale in materia di concessione e revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche: "sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione (cfr. Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150); qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice

concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso". In questo modo, la "concessione" di aiuti non notificati e il "recupero" di aiuti incompatibili diventano, *per tabulas*, materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nell'ambito della variegata categoria dei contributi pubblici, il legislatore ha, dunque, selezionato una *species*, (quella dei contributi che costituiscono aiuti di Stato), attribuendoli espressamente alla giurisdizione esclusiva, realizzando così una *reductio ad unitatem*, con l'effetto di escludere le altre giurisdizioni nazionali (ordinaria e tributaria) e di superare le diversità delle molteplici discipline sostanziali. Appare evidente come una tale previsione, interferendo con la questione oggetto del presente giudizio, si giustifichi proprio sul presupposto che, in assenza di norme speciali, la giurisdizione in materia di contributi e agevolazioni finanziarie è soggetta agli ordinari criteri di riparto, con il conseguente possibile concorso, a seconda del tipo di controversia e di situazione soggettiva dedotta, delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e tributaria". Nell'ordinanza di rimessione del 15 luglio 2013, n. 3789, la Sesta Sezione aveva viceversa osservato che "il potere di autotutela della P.A., esercitato mediante un atto di revoca (o di decadenza), in base ai principi del *contrarius actus*, incide di per sé sempre su posizioni d'interesse legittimo (come si evince dalla pacifica giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato attinente ai casi in cui una concessione di un bene pubblico o di un servizio pubblico sia ritirata per qualsiasi ragione, anche nell'ipotesi d'inadempimento del concessionario)".

¹⁴² La Sezione rimettente aveva aggiunto che "la sussistenza della giurisdizione amministrativa potrebbe anche essere affermata, in via esclusiva, in considerazione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, riguardante i "provvedimenti attributivi di vantaggi economici", che disciplina la "concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari", attribuendo il *nomen iuris* di concessione a qualsiasi provvedimento che disponga l'erogazione del denaro pubblico. Sotto tale profilo, potrebbe, allora, risultare rilevante l'art. 133, comma 1, lettera b), cod. proc. amm. sulla sussistenza della giurisdizione esclusiva per le "controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici".

¹⁴³ Cfr. R. Giovagnoli - M. Fratini, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Vol. 1: Procedimento e accesso*, Milano, 2007, 111 ss., e R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776); viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. plen. 29 luglio 2013, n. 17)".

In definitiva, solamente quando la p.a. sfoggia la propria discrezionalità in sede procedimentale, ovvero successivamente agisce in autotutela amministrativa, è riscontrabile l'uso del potere.

Ciò sconfessa la presunta natura provvedimentale delle concessioni, in ordine alle quali è la stessa teoria della concessione-contratto a mettere in risalto la presenza di un atto negoziale che non sostituisce né integra il provvedimento di assegnazione, ma contraddistingue una diversa fase procedurale, segnando la chiusura del procedimento pubblicistico e l'apertura di quello contrattuale (a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato: convenzione, disciplinare, contratto, accordo e così via). D'altronde, la medesima dinamica caratterizza gli appalti ed i concorsi pubblici.

- Il Consiglio di Stato (Sez. III, Sent. n. 3438 del 27 maggio 2019) ha chiarito che ricade nella giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la mancata inclusione nell'elenco tenuto presso il Ministero della salute degli idonei al posto di Direttore generale delle Aziende sanitarie locali, delle Aziende ospedaliere e degli altri Enti del Servizio sanitario nazionale.¹⁴⁴

- Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n. 5821 del 23 agosto 2019 – in riforma della sentenza breve del TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 2447/2018¹⁴⁵ – ha stabilito che l'Amministrazione,

¹⁴⁴ La Terza Sezione, con la Sentenza n. 3438 del 27 maggio 2019, ha chiarito che nella vigenza dell'analoga procedura, dettata dall'art. 3 *bis*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. un., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26631), alla quale aveva aderito quella del giudice amministrativo, aveva chiarito che la controversia relativa alla mancata ammissione nell'elenco dei candidati ad un posto che si renderà vacante di direttore generale di azienda sanitaria non ha ad oggetto il procedimento di nomina, entro il quale si attua l'esercizio del potere della Regione, ampiamente discrezionale, di scegliere tra gli aspiranti il soggetto a cui conferire l'incarico. Concerne, invece, una fase del tutto autonoma, all'esito della quale è formato un Elenco dei soggetti che, avendo manifestato disponibilità a ricoprire l'incarico mediante presentazione, a seguito di avviso pubblico, di apposita domanda con i contenuti previsti dalle disposizioni di legge, risultino altresì in possesso dei requisiti inderogabilmente richiesti: cfr. *Il Diritto Amministrativo* – Rivista Giuridica Anno XI – n. 05 – maggio 2019.

¹⁴⁵ L'impugnata sentenza ha argomentato l'insussistenza della giurisdizione amministrativa, in relazione alla controversia in esame, sul plurimo e concorrente assunto per cui: a) la procedura evidenziale avviata dal Comune era finalizzata alla stipulazione di un contratto di locazione ad uso commerciale, soggetto esclusivamente al regime del diritto privato ed in particolare alla l. n. 392 del 1978; b) l'unità immobiliare interessata dal programmato assetto negoziale apparteneva al patrimonio disponibile del Comune (trattandosi, con ciò, di beni pubblici in senso esclusivamente soggettivo, preordinati ad atti dispositivi a regime privatistico, finalizzati alla mera percezione di reddito); c) la procedura concorsuale volta ad individuare il conduttore del bene non costituiva manifestazione di potere autoritativo (a fronte della quale il partecipante alla gara potesse vantare un interesse legittimo), bensì di attività paritetica nei confronti degli operatori commerciali, eventualmente titolari di situazioni di diritto soggettivo "pieno"; d) la circostanza che la scelta del contraente avvenisse con una procedura di carattere concorrenziale (nel rispetto della normativa contabilistica di cui al R.D. n. 827 del 1924) era funzionale a garantire il rispetto dei generali principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, ma era idonea ad immutare (la natura dell'attività ed il pedissequo) regime della giurisdizione; e) del resto – con più specifico riguardo alla *causa petendi* relativa alla vicenda concretamente all'esame – la società ricorrente aveva essenzialmente lamentato la violazione del proprio valorizzato diritto di prelazione e il pregiudizio del diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento, previsti rispettivamente dall'art. 40 e dell'art. 34 della l. n. 392 del 1978, cioè a dire, di nuovo, di situazioni di diritto soggettivo pieno, come tali rimesse, per comune intendimento, alla giurisdizione del giudice ordinario.

sebbene non sottoposta per i contratti di locazione alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50 del 2016, è comunque sottoposta alle norme di contabilità di Stato, che impongono di regola l'adozione di procedimenti pubblicistici, con conseguente radicamento della giurisdizione generale di legittimità del g.a. per la cognizione delle relative controversie. L'art. 192 d.lgs. n. 267 del 2000 e l'art. 3 R.D. n. 2440 del 1923 stabiliscono che anche gli enti locali debbano indire gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a loro giudizio discrezionale; pertanto, in assenza di una diversa regola legislativa, l'Amministrazione – qualora non stipuli senz'altro il contratto con un contraente ben individuato – deve utilizzare una procedura di evidenza pubblica. Del resto, il rilievo pubblicistico di tali attività emerge da una visione complessiva dell'ordinamento, sia sotto i profili di responsabilità dei funzionari che ispirino le loro scelte a interessi contrapposti a quelli pubblici, sia sotto il profilo del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (con la connessa applicazione della normativa sul diritto d'accesso ai documenti amministrativi, in favore di chi vi abbia interesse): “per tal via, la “fase pubblicistica” preordinata alla selezione concorsuale del contraente privato vale a strutturare la relativa azione amministrativa in termini di attività propriamente autoritativa (arg. ex art. 1 l. n. 241 del 1990), a fronte della quale i concorrenti vantano situazioni soggettive di interesse legittimo (non potendo vantare pretese incondizionate alla stipula del contratto), idonee ad attivare la giurisdizione del giudice amministrativo (arg. *etiam* ex art. 133, comma 1, lett. e), che peraltro prefigura una ipotesi di giurisdizione esclusiva, non estensibile fuori dei casi espressamente codificati, in relazione alla situazione dei concorrenti comechessia assoggettati alle procedure evidenziali normativamente imposte)”.¹⁴⁶

Secondo Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 07 gennaio 2014, n. 62, la prelazione legale si configura come un diritto soggettivo potestativo, non suscettibile di essere degradato o affievolito da provvedimenti amministrativi. Ne consegue che, qualora la P.A. bandisca l'asta pubblica per l'alienazione di un bene in relazione al quale esistano titolari del diritto di prelazione, che non partecipino all'asta, ma in favore dei quali il bene venga trasferito allo stesso prezzo dell'aggiudicazione, la controversia promossa dal soggetto destinatario della proposta di aggiudicazione contro l'Amministrazione ed i prelationari, benché introdotta da soggetto titolare di un mero interesse legittimo in quanto non aggiudicatario definitivo, e prospettata sotto il profilo della illegittimità dei provvedimenti con cui l'ente pubblico ha disposto il successivo trasferimento del bene, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, poiché l'azione esercitata tende a contestare il legittimo esercizio del diritto di prelazione del quale i convenuti sono titolari, nonché il diritto di proprietà dagli stessi acquistato sul bene (cfr. Cass. S.U., ord. n. 6493 del 2012).

V. anche Tribunale Velletri, 09 agosto 2021: cfr. *Efficacia e validità dei contratti di locazione stipulati dagli Enti Locali per il posizionamento di antenne di telefonia*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25915 - pubb. 21/09/2021. La giurisdizione appartiene al giudice amministrativo solo se si è in presenza di un bene indisponibile a maggior ragione se la conduzione del bene non consegue a un'autorizzazione o concessione di natura amministrativa ma a uno strumento di autonomia negoziale privata, il contratto di locazione per uso non abitativo. Deve escludersi la sussistenza di un vincolo, per le Amministrazioni, nella determinazione del canone di locazione dei beni rientranti nel patrimonio disponibile dell'Ente con la conseguenza che l'articolo 93 d.lgs. n. 259/2003 non è applicabile quando si è in presenza di beni facenti parte del patrimonio disponibile.

¹⁴⁶ A siffatto ordine di principi è, del resto, ispirata la prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4036: il principio, affermato per una fattispecie di locazione passiva, è estensibile alle locazioni attive: cfr., infatti, per analoga conclusione, Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6400, che valorizza, nella condivisa prospettiva pubblicistica, il “potere di gestione dei propri beni da parte della P.A.”; non osta alle riassunte conclusioni Cass. SS.UU., 25 marzo 2016, n. 6019, che afferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto locatizio, per distinguerlo dal regime della concessione propria dei beni demaniali, senza occuparsi della fase evidenziale). Da ultimo, vedasi TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20 settembre 2021, n. 9846: cfr. L. Nadir Sersale, *Appartiene al G.O. la controversia in tema di responsabilità precontrattuale della p.a., ove manchi una procedura di affidamento ad evidenza pubblica*, in *l'amministrativista.it*, 23 settembre 2021. L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a., che devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, e forniture svolte da soggetti comunque tenuti al rispetto della normativa eurounitaria e nazionale in tema di evidenza pubblica, include anche la controversia risarcitoria che inerisce al complesso degli atti e del contegno serbato dall'Amministrazione, anche relativamente alla responsabilità precontrattuale, ma presuppone pur sempre che questi si siano manifestati nel corso di una procedura di affidamento ad evidenza pubblica. È necessario, quindi, che vi sia una procedura di “gara” non essendo sufficiente a tal fine, né la qualifica di “ente aggiudicatore” di una delle parti, né che il

- “In tema d’immigrazione, l’opposizione avverso il diniego del questore al rilascio del permesso di soggiorno previsto dall’art. 22, comma 12-*quater*, del d.lgs. n. 286 del 1998 in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, che procederà con cognizione piena a verificare la sussistenza dei relativi presupposti, atteso che il parere dal procuratore della Repubblica, cui è condizionato il rilascio del permesso da parte del questore, costituisce esercizio di discrezionalità tecnica ed esaurisce la propria rilevanza all’interno del procedimento amministrativo, non vincolando l’autorità giurisdizionale” (Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 19 dicembre 2018, n. 32774).¹⁴⁷

- Da ultimo – *last but not least* – pare doveroso menzionare il “caso Davigo”, in cui anche un giudice esperto si è ritrovato invischiato nelle trappole della giurisdizione.¹⁴⁸

comportamento dell’ente sia comunque diretto al perseguimento di finalità istituzionali ed ispirato ai generali criteri d’efficienza.

¹⁴⁷ Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sull’impugnazione del provvedimento del questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari, richiesto ex art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto al questore non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all’adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari. E ciò in base alla considerazione che la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, e, pertanto, non degradabile ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo: all’autorità amministrativa è richiesto soltanto l’accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria, nell’esercizio di una mera discrezionalità tecnica, poiché il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate è riservato al legislatore. Alle medesime conclusioni si deve pervenire anche con riguardo alla speciale forma di permesso di soggiorno introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, che ha attuato la direttiva n. 2009/52/CE sulle norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (in termini, Cass., ord. 27 aprile 2018, n. 10291). La misura colma una lacuna normativa in materia di lavoro irregolare dello straniero in Italia e si connota per la sua vocazione premiale, giacché si applica in favore del cittadino straniero che, trovandosi in una situazione di particolare sfruttamento lavorativo, abbia presentato denuncia contro il proprio datore di lavoro e cooperi nel procedimento penale instaurato a suo carico. Significativa conferma della devoluzione al giudice ordinario delle controversie in questione emerge poi dall’art. 1, 3 co., lett. a), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, che le attribuisce alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione Europea, istituite presso i tribunali ordinari del luogo dove hanno sede le Corti d’appello dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito dalla legge 13 aprile 2017, n. 46. Conformi: Cass. civ., Sez. Un., 28 novembre 2018, nn. 30758 e 30757.

¹⁴⁸ Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 7 gennaio 2021, n. 215, ha respinto il ricorso presentato da Piercamillo Davigo contro la delibera con cui il Csm lo scorso ottobre ha stabilito la sua decadenza da togato dopo il suo collocamento in pensione. Davigo aveva impugnato la sentenza con cui il TAR Lazio aveva dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rimandandola al giudice ordinario (sentenza breve del TAR Lazio, Sez. I, n. 11814/2020). Palazzo Spada conferma la decisione del TAR, ritenendo di confermare “la declinatoria della giurisdizione a favore del giudice ordinario dinanzi al quale la lite potrà essere riproposta”. Il TAR aveva chiuso il caso senza nemmeno entrare nel merito delle ragioni per le quali Davigo giudica la decisione del Csm illegittima e adottata in violazione della legge e della Costituzione. Lo aveva fatto sostenendo la propria incompetenza perché “quando si tratta di incarichi elettivi, al giudice amministrativo spettano le sole controversie sulla regolarità delle operazioni di voto. Non invece quelle su ineleggibilità e decadenza, che sono proprie del giudice ordinario”. Un ragionamento che non fa una piega, secondo il Consiglio di Stato, che con la propria sentenza ribadisce come Davigo abbia sbagliato a rivolgersi alla giustizia amministrativa e non invece al giudice ordinario (in quanto la controversia avrebbe ad oggetto il diritto soggettivo alla titolarità del *munus consiliare*). Come già aveva fatto il TAR Lazio, il Consiglio di Stato riconosce l’unicità di un caso che non ha precedenti, e per questo ha disposto la compensazione delle spese di giudizio tra le parti che si sono costituite: cfr. G. Alati, *Decadenza dal mandato CSM, il Consiglio di Stato segue il Tar. Palazzo Spada: il ricorso di Davigo è inammissibile*, in *Il Dubbio*, 08/01/2021, pag. 6. Importa anzitutto rammentare che la sentenza impugnata, nell’argomentare il ritenuto difetto di giurisdizione: a) ha richiamato, in premessa, la consolidata giurisprudenza in materia di “*elezioni amministrative*”, secondo cui l’ordinario riparto sulla base del criterio del cd. doppio binario (ancorato alla consistenza della situazione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo della quale si invochi la tutela) trova applicazione nel senso della devoluzione al giudice ordinario delle controversie afferenti “*questioni di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità dei candidati (concernenti diritti soggettivi di elettorato)*”, spettando, per contro, alla

giurisdizione amministrativa “*le questioni afferenti alla regolarità delle operazioni elettorali, in quanto relative a posizioni di interesse legittimo*”; b) ha ribadito che tale conclusione discendesse dalla premessa per cui, una volta esaurita la fase elettorale, all’Amministrazione spettasse solo “*il compito di verificare la sussistenza o meno di una causa di incompatibilità ovvero di decadenza correlata alla pregressa nomina*”, non risultando intaccata dall’esercizio di simili “*poteri di verifica*” la posizione soggettiva dell’interessato in ordine alla “*pretesa [...] ad essere dichiarata eletta ovvero a mantenere la carica*”, per comune intendimento costruita in termini di diritto soggettivo pieno; c) ha, in ogni caso, manifestato consapevolezza della peculiarità della vicenda in esame (non essendo, in concreto, in discussione “*un’ipotesi di ineleggibilità, incompatibilità o decadenza in senso proprio nello svolgimento del mandato*”), ritenendola, tuttavia, non idonea ad alterare le ribadite premesse, sull’assunto che i poteri esercitati non avessero “*natura autoritativa*”, in quanto concretanti mera “*attività di verifica amministrativa della sussistenza dei requisiti necessari per il mantenimento della carica*”, costituenti “*un prius logico del diritto di elettorato passivo*”; e) ha, segnatamente, osservato che tale attività di verifica – conclusasi con l’“*accertamento*” che l’appellante non fosse più “*in possesso di un (pre)requisito necessario per mantenere la carica*” – concretasse, nella divergente posizione delle parti, l’esito di una mera “*interpretazione del panorama legislativo e dei principi da esso ricavabili*”, in quanto tale inidoneo a “*degradare*” al rango di interesse legittimo la “*pretesa dell’interessato alla permanenza in carica*”; f) ha, sotto distinto profilo, ritenuto non pertinente il richiamo all’art. 135, comma 1, lett. a) cod. proc. amm. (attributivo della competenza funzionale inderogabile sulle “*controversie relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati ai sensi dell’articolo 17, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195*”, concernenti segnatamente “*tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati*”), trattandosi di mera norma sulla competenza, non attributiva della giurisdizione in via esclusiva. Ciò posto, l’appellante assumeva criticamente (lamentando, con unico mezzo, violazione dell’art. 7 cod. proc. amm. e dell’art. 37 cod. proc. civ.): a) che, in realtà, con l’adozione della misura in contestazione – lungi dal limitarsi ad una “*presa d’atto*” della cessazione delle funzioni, in termini di “*automatica e inoppugnabile conseguenza del collocamento a riposo*” – il Consiglio Superiore avrebbe piuttosto ritenuto di dover assumere delle “*determinazioni*”, cioè a dire di adottare, anche dal punto di vista formale, “*un atto avente la tipica veste del provvedimento amministrativo*”, concretante, come tale, “*esercizio di potere autoritativo*”, e non un mero “*atto gestorio*”, integralmente vincolato da un puntuale precetto di legge; b) che, peraltro, anche il relativo iter procedimentale (illustrato dalla “*proposta*” che ne costituiva l’esito) sarebbe stato: b1) (“*sintomaticamente*”) attivato (mercé la formale richiesta della “*apertura di una pratica*”) “*a istanza di parte*” (senza, dunque, l’automatismo dell’impulso officioso *ex lege*); b2) accompagnato, sul piano infraorganizzativo, da puntuale identificazione dell’articolazione funzionale interna competente per l’istruttoria (individuata nel “*Comitato di Presidenza alla Commissione verifica titoli*”); b3) connotato da un “*particolare approfondimento istruttorio*” (sotto il concorrente profilo della strumentale acquisizione documentale, della funzionale audizione in contraddittorio della parte “*interessata*”, dell’apporto consultivo ausiliario di parere appositamente richiesto – a riprova della obiettiva complessità ed opinabilità della questione e della pedissequa determinazione – all’Avvocatura dello Stato); d) che (a fronte del laconico tratto giustificativo affidato alla coeva delibera di collocamento a riposo, essa si effettivamente correlata alla mera ed automatica “*presa d’atto*”, *sub specie facti*, dell’obiettivo raggiungimento del limite di età per la permanenza in servizio) l’articolato apparato motivazionale posto a corredo dell’atto impugnato (che – sia pure *per relationem* – avrebbe ben colto e diffusamente tratteggiato, quand’anche abbia poi opinabilmente finito per disattenderle in concreto, le possibili ragioni di una opzione decisionale alternativa, orientata al non recepimento del parere elaborato dall’Avvocatura) testimonierebbe della concreta spendita di “*di poteri autoritativi discrezionali*” (*id est*: *autoritativi proprio in quanto connotati da discrezionalità* e, come tali, *in thesi* accompagnati dalla ordinaria attitudine degradatoria delle incise posizioni soggettive); e) che, del resto, la preoccupazione – emersa esplicitamente nel contesto della discussione che aveva preceduto la decisione ed orientato il confronto dialettico – di corredare ogni valutazione da “*apparato argomentativo adeguato*” per sottrarsi ad una possibile censura di “*eccesso di potere*”, di “*contraddittorietà*”, di complessiva “*illogicità*” potenzialmente idonea a concretizzare un rischio di “*annullamento*” in sede giurisdizionale, suonerebbe espressiva conferma (a fronte della consapevole evocazione di “*tipiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere*”, per definizione estranee alla logica degli atti interamente vincolati incisivi di diritti soggettivi, nonché di formali e paventati esiti demolitori, tipici dell’ordinaria modalità remediale operante dinanzi al giudice amministrativo anche quando strumentali a tutele di matrice risarcitoria e, per contro, di regola preclusi al giudice ordinario) della consapevole volontà di assumere una decisione “*di natura propriamente provvedimentoale*”; f) che, ancora, sotto l’obiettivo profilo assiologico, la volontà prevalsa all’esito della discussione aveva valorizzato (nel ponderato apprezzamento comparativo dell’“*interesse personale*” dell’appellante, a fronte del confliggente e prevalente “*interesse pubblico*”) la logica di una decisione “*discrezionale*”, emergente dal dialettico confronto fra le “*opinioni*” maturate nel dibattito, e degli apprezzamenti di “*opportunità*”, in ogni senso estranei alla logica della mera “*presa d’atto*”; g) che, sotto distinto e concorrente profilo, una corretta esegesi dell’art. 135, comma 1, lett. a) cod. proc. amm. avrebbe dovuto indurre a considerare, in difformità dell’apprezzamento sul punto operato dal primo giudice, che – pur trattandosi, con ogni evidenza, di “*norma sulla competenza*”, la stessa

presupporrebbe il conferimento della giurisdizione (non potendo darsi, per ragioni di ordine logico prima che strettamente positivo, l'eventualità di una competenza territoriale attribuita ad un giudice privo di giurisdizione). Le esposte ragioni, per quanto suggestive, non sono apparse persuasive al Consiglio di Stato, per il quale importa rammentare che il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo (fuori dalle ipotesi in cui, per espressa indicazione di legge, gli è attribuita, in via esclusiva, anche la tutela *ratione materiae* di posizioni di diritto soggettivo: caso che qui non ricorre perché si è al di fuori dell'ipotesi dell'art. 133, comma 1, lett. i), cod. proc. amm., cioè delle "controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico", non essendo fatta questione del rapporto di lavoro dell'interessato) è individuato dall'art. 7 cod. proc. amm. Con il richiamo alle "controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi", tali essendo quelle "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo". Dando positiva attuazione all'art. 103 Cost. e recependo i più maturi esiti della elaborazione giurisprudenziale e dottrina, la regola (che figura e scolpisce un criterio discrezionale della giurisdizione direttamente affidato alla *causa petendi*, cioè, appunto, alla intrinseca natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio) individua il nesso tra *potere amministrativo* ed *interesse legittimo*, orientando all'esatto intendimento di quest'ultimo in termini di situazione soggettiva dinamica, attivamente orientata alla conservazione o alla acquisizione di beni della vita, in contesti relazionali non paritari, a connotazione per l'appunto "potestativa". La stessa disposizione chiarisce peraltro (a superamento della tradizionale struttura meramente impugnatoria del giudizio amministrativo) che non è essenziale al radicamento della giurisdizione amministrativa che l'oggetto *immediato* della controversia concerna *atti* (e, più specificamente, *provvedimenti*: cfr. ancora l'art. 113 Cost.), essendone piuttosto condizione necessaria (ma anche sufficiente) la *manifestazione* di un *potere amministrativo*. Il nesso tra *potere amministrativo* e *interesse legittimo* va precisato alla luce della *asimmetria di posizioni* sussistente, in base alla norma attributiva del potere, tra il decisore pubblico e i destinatari dell'attività amministrativa. Nel caso di specie, la questione si risolve nel quesito se la determinazione assunta dal Consiglio Superiore della Magistratura, che ha inteso dichiarare la "cessazione dalla carica" dell'appellante, consista in un (vero e proprio) "*provvedimento amministrativo*" (motivato ed elaborato frutto di una determinazione volitiva intesa a privilegiare, in chiave autoritativa, un determinato assetto dei confliggenti interessi, in concreto sfavorevoli all'appellante) ovvero un "*mero atto*" paritetico (con funzione di vincolato "*accertamento*" di un effetto decadenziale, discendente dal paradigma normativo, così come concretamente interpretato). Ritiene il Collegio che sia corretta la seconda prospettiva, motivatamente affermata dal primo giudice: in quanto frutto di mera attività ricognitiva della volontà di legge e puramente intesa all'automatica applicazione della stessa, la decisione (che si muove, allora, secondo lo schema dinamico *norma-fatto-dichiarazione-effetto*) *non rappresenta l'esercizio di un potere* (e, tanto meno, di un potere pretesamente "discrezionale": essendovi, con ogni evidenza, estraneo l'apprezzamento comparativo di "interessi" in conflitto) e *non concreta manifestazione di autoritatività*, rientrando nella attività (vincolata) di "*verifica*" della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quelli costituenti un *prius* logico del diritto di elettorato passivo. Non si tratta, perciò, contrariamente all'assunto di parte appellante, di un *provvedimento* amministrativo, ma di *mero atto ricognitivo*: il quale, incidendo sulla pretesa alla continuazione nel *munus* elettivo ed alla permanenza del relativo incarico, non ne comprime (di là dalla sua legittimità contenutistica, che è questione di merito che non è concesso vagliare nella presente sede), la consistenza di diritto soggettivo. Le formule verbali dialetticamente adottate in sede di discussione consiliare, su cui insiste l'appellante, non incidono sulla giurisdizione e sulla natura dell'attività dispiegata; né rileva il soggettivo intendimento dei componenti dell'organo deliberante, trattandosi di dato da apprezzare secondo una logica obiettiva, onde *plus est in re quam in existimatione ejus*. Non cambia dunque le cose, e la natura giuridica, il dato che l'atto contestato segua un'ampia discussione consiliare e recepisca una motivazione: il pur ricco apparato argomentativo rappresenta un mero supporto "*giustificativo*" della ricognizione di legge effettuata, a fronte della pluralità di opinamenti emersi in sede di dibattito. Non si prospetta, infine, sotto il profilo remediale, un problema di "*impugnazione*", con esito demolitorio: oggetto di tutela è infatti, in via *immediata*, la pretesa a permanere, ex art. 104, sesto comma, Cost., nelle funzioni di "*membro effettivo*" del C.S.M., per interi "*quattro anni*", indipendentemente dal collocamento a riposo dal 20 ottobre 2020, dunque indipendentemente dall'attualità permanente dello *status* di magistrato: pretesa che – in quanto esplicazione di "*diritti soggettivi di elettorato passivo*" e che, in un ordinamento *rappresentativo*, non fa fronte all'esercizio (dall'alto), di un (grazioso) *potere pubblico (concessione)*, ma al diretto fatto (dal basso) del risultato elettorale – ha, appunto, la consistenza del diritto soggettivo. Le riassunte conclusioni trovano conforto nell'orientamento del giudice della giurisdizione, che ha costantemente affermato che il diritto all'elettorato passivo (che rileva nella sua duplice portata genetica e funzionale: di diritto alla *acquisizione*, non meno che alla *conservazione* dello *status* elettivo) costituisce un diritto soggettivo perfetto, che non è sottratto alla giurisdizione ordinaria per il solo fatto che sia stato dedotto in giudizio mercé l'impugnazione di un apparente provvedimento amministrativo (si tratta, in realtà, come chiarito, di mero atto: non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario *benché* sia stato adottato un provvedimento, ma proprio *perché* un provvedimento in realtà non c'è): cfr. *ex permultis*, Cass., SS.UU., 28 maggio 2015, n. 11131; 26 maggio 2017, n. 13403; 27 luglio 2015, n. 15691; 6 aprile 2012, n. 5574, nonché

Stessa sorte per i giudici di pace che, con ricorso ex art. 414 c.p.c., si erano rivolti al Tribunale affinché, previo accertamento della loro qualità di magistrati onorari con funzioni di giudice di pace, fosse verificato che avevano svolto un servizio continuativo alle dipendenze del Ministero della Giustizia, qualificabile in termini di lavoro subordinato, avendo quindi maturato il diritto ad un trattamento economico e normativo corrispondente alle mansioni espletate, e di tenore analogo a quello garantito a lavoratori che svolgono funzioni corrispondenti in favore del Ministero della Giustizia. Le Sezioni Unite (Ordinanza n. 21986 del 30 luglio 2021) hanno affermato la giurisdizione amministrativa per le domande proposte da alcuni soggetti svolgenti la funzione di Giudice di Pace, volte ad ottenere l'accertamento di un rapporto di impiego di fatto col Ministero della Giustizia per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati. È stato infatti

Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 2836 (questa *giurisprudenza, costante per gli organi amministrativi, vale anche per un organo di alta amministrazione, seppure di rilievo costituzionale, come il C.S.M.*). Deve, infine, osservarsi che a diverso esito non può condurre l'art. 135, comma 1, lett. a), cod. proc. amm.: di là dal rilievo che l'ambito della norma deve ritenersi, anche sulla scorta del suo preciso tratto testuale, limitato ai *"provvedimenti riguardanti i magistrati"*, adottati ai sensi e con le forme di cui all'art. 17 della l. n. 195/1958 – il che qui comunque non è –, vale osservare che, trattandosi di norma intesa alla mera regolazione della competenza del giudice amministrativo di primo grado (cfr. *etiam* art. 14 cod. proc. amm.), essa a monte *postula*, ma non *fonda* la sussistenza della giurisdizione. Il complesso delle considerazioni che precedono milita – ad opinione del Consiglio di Stato – per la complessiva reiezione del gravame e per la conferma della declinatoria della giurisdizione a favore del giudice ordinario. Al contrario, una sentenza della Sezione prima del TAR Lazio (la stessa del "caso Davigo"), ha accolto i ricorsi presentati dal procuratore generale di Firenze e dal procuratore di Palermo contro la nomina di Michele Prestipino Giarritta a procuratore di Roma. Ha respinto, invece, il ricorso che era stato presentato dal procuratore di Firenze Giuseppe Creazzo. Il Consiglio superiore della magistratura non poteva escludere Marcello Viola senza una valida motivazione e, al contempo, doveva tenere in considerazione i titoli posseduti da Francesco Lo Voi: cfr. G. M. Jacobazzi, *"Signori, era uno scherzo". Per la procura di Roma adesso è tutto da rifare... Accolto il ricorso del procuratore di Palermo Francesco Lo Voi e del pg di Firenze Marcello Viola. Ora la palla passa al Csm*, in *Il Dubbio*, 17/02/2021, pag. 1, Id., *Il Tar annulla la nomina di Michele Prestipino a procuratore di Roma*, *ibidem*, pag. 2, e Id., *«Su Prestipino errore del Csm». Procura di Roma, è tutto da rifare - Il Consiglio di Stato rigetta l'appello dell'attuale capo dei pm e dà ragione a Viola: fu giusto il primo voto favorevole al pg di Firenze (e a Palamara...)*, *ibidem*, 12/05/2021, pag. 2, nonché Id., *Il Consiglio di Stato dà ragione al procuratore capo di Arezzo*, *ibidem*, 02/03/2021, pag. 11. La quinta sezione del Consiglio di Stato ha annullato la delibera del Consiglio superiore della magistratura che a ottobre del 2019 aveva deciso di non confermare Roberto Rossi nell'incarico di procuratore di Arezzo. La sentenza ribalta la decisione del TAR Lazio che a giugno dello scorso anno aveva invece dato ragione al Csm. Viene quindi da chiedersi se un medesimo Ente, nell'esercizio della medesima funzione istituzionale, possa adottare atti sottoposti a giurisdizioni diverse a seconda dell'oggetto delle delibere assunte, in particolare se a contenuto discrezionale o vincolato. Tale elemento non dovrebbe poter mutare radicalmente la natura del potere esercitato dall'organo, dovendosi altrimenti assistere ad una giurisdizione multiforme nell'ambito della medesima manifestazione dell'autorità nei confronti di posizioni soggettive assimilabili. Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4189 (riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II bis, 29 luglio 2020, n. 8839) ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla decadenza cd. sanzionatoria da componente dell'Organo di autogoverno della magistratura tributaria: *"Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la decadenza dall'incarico di consigliere del Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria, non essendo la decadenza legata ad una incompatibilità genetica o sopravvenuta con la carica, ma alla valutazione discrezionale di una condotta in contrasto con il regolamento etico del Consiglio di Presidenza, con la conseguenza che si verte al cospetto di una decadenza sanzionatoria, espressione dell'esercizio del potere discrezionale"*. Ha ricordato, la Sezione, che la decadenza impugnata non prefigura una controversia in cui si fa questione del diritto soggettivo all'elettorato passivo (ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità), che rientrerebbe effettivamente, per costante giurisprudenza, nella cognizione del giudice ordinario (Cass., S.U., 6 aprile 2012, n. 5574). Al contrario, la natura giuridica del provvedimento è di sanzione decadenziale, con la quale l'ordinamento reagisce, nel modo compatibile con il contesto di riferimento, a sanzionare una condotta integrante non solo la violazione di legge, ma anche un grave vulnus al prestigio ed all'autorevolezza dell'organo di autogoverno di cui era membro. Per usare i termini generali del criterio di riparto della giurisdizione, quali seguiti anche da una recente pronuncia della Sezione, si controverte della legittimità di un provvedimento amministrativo, e non già di un mero atto ricognitivo, configurandosi in capo all'appellante una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo che "dialoga" con il potere amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215).

richiesto, quale effetto dell'accertamento di un rapporto di impiego, l'accertamento ai fini retributivi e previdenziali, con condanna del Ministero al pagamento di somme di denaro. Le Sezioni Unite hanno dichiarato la giurisdizione del G.A. dando continuità ai principi affermati dalle stesse nella pronuncia n. 27198/2017, secondo cui rientra nella giurisdizione amministrativa, in considerazione della permanenza della giurisdizione esclusiva con riferimento ai rapporti di lavoro dei magistrati togati, la controversia avente ad oggetto la domanda di un vice procuratore onorario volta ad ottenere l'accertamento di un rapporto di impiego di fatto col Ministero della Giustizia, per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati e per l'inserimento nell'organizzazione di un ufficio di Procura. Avuto riguardo al tenore delle domande proposte, volte non solo ad ottenere un adeguamento del compenso percepito quali giudici di pace, ma all'accertamento di un rapporto di impiego di fatto col Ministero della Giustizia per lo svolgimento delle stesse funzioni giurisdizionali espletate dai magistrati togati, rapporto del quale era chiesto l'accertamento ai fini retributivi e previdenziali, la condanna del Ministero al pagamento di somme di denaro è conseguenza dell'accertamento di un rapporto di impiego alle dipendenze dello stesso Ministero.¹⁴⁹

Insomma, si afferma tutto ed il contrario di tutto. Emerge *ictu oculi* la varietà dei criteri interpretativi: dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa all'incomprimibilità o meno del diritto soggettivo, passando per la teoria della degradazione e la tutela del c.p.a.¹⁵⁰

Quasi del tutto assente dal discorso risulta l'interesse legittimo, completamente frainteso nella sua essenza poiché modellato *ad libitum* dall'interprete di turno.

La volatilità dell'interesse legittimo nelle decisioni esaminate implica la tendenza del giudice a rifugiarsi in soluzioni di comodo e a dimenticare l'insegnamento della Corte costituzionale, che viene totalmente perso di vista e accantonato.

A questo punto pare utile riportare Tribunale di Napoli nord – ordinanza ex art. 700 c.p.c. – Accoglimento parziale del 30/07/2020, secondo cui il mero comunicato stampa di una Autorità pubblica, nella fattispecie l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è riconducibile nell'alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo ed a fronte del quale, in astratto, il privato vanta un diritto soggettivo all'onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno.¹⁵¹ Passando all'esame della giurisdizione del giudice ordinario, contestata dalla Autorità in favore del giudice amministrativo, il Tribunale partenopeo ha posto l'accento sul contenuto normativo: ai sensi dell'art. 133, lett. l) c.p.a sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità amministrative indipendenti. La

¹⁴⁹ Cfr. L. Biarella, *Il Giudice di Pace svolge lavoro subordinato? Lo deciderà il Giudice Amministrativo* - Le Sezioni Unite (ordinanza n. 21986/2021) hanno dichiarato la giurisdizione del G.A. dando continuità ai principi affermati dalle stesse nella pronuncia n. 27198/2017, pubblicato in *Altalex* il 12/08/2021.

¹⁵⁰ Cfr. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali* (Relazione al Convegno internazionale su *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 6 dicembre 2019), in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

¹⁵¹ Cfr. *Il comunicato stampa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può ledere il diritto all'onore ed alla reputazione*, in *ICaso.it*, 04 agosto 2020. Quanto al requisito del *periculum* che la condotta illecita – consistita nella pubblicazione del suddetto comunicato stampa – possa offendere diritti della persona della società ricorrente indubbiamente è difficile, nel caso di specie, ritenere che lo stesso non appaia sussistente *in re ipsa* attesa la rilevanza del soggetto giuridico quale operatore commerciale, la diffusione del marchio almeno su scala regionale, la circostanza, non contestata dalla resistente, che il comunicato della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stato poi ripreso da diversi organi di informazione che ne hanno aumentato l'efficacia lesiva. Inoltre, deve anche tenersi conto della circostanza che, nel futuro giudizio di merito, la determinazione dei danni effettivamente subiti dalla ricorrente, sia sul piano direttamente patrimoniale che all'immagine e alla propria reputazione, sarebbe oggettivamente complessa e di difficile liquidazione sicché è forte il rischio che la tutela risarcitoria non sia in grado di riparare effettivamente e concretamente i pregiudizi subiti dalla società ricorrente per effetto della condotta illecita sopra descritta.

necessità del collegamento tra le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e l'esercizio del potere autoritativo pone problemi applicativi in relazione ai limiti della cognizione del g.a. in ordine ai comportamenti posti in essere dall'Amministrazione in materie riservate alla giurisdizione esclusiva. Assume a tal fine rilievo la distinzione tra comportamenti amministrativi – riconducibili, cioè, all'esercizio del pubblico potere e, in quanto tali, conoscibili dal g.a. in sede di giurisdizione esclusiva – e comportamenti meri, posti in essere in via di mero fatto, in alcun modo riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo, attratti nella giurisdizione del g.o; la necessità di tale distinzione assume ancor maggiore rilievo a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, il cui art. 7, al comma 1, configura espressamente i comportamenti mediamente riconducibili all'esercizio del potere quale limite oggettivo alla giurisdizione amministrativa: *“Ebbene nel caso di specie sussiste la giurisdizione ordinaria avendo la domanda formulata dal ricorrente riguardo ad un mero comunicato dell'AGCM riconducibile nell'alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo ed a fronte del quale in astratto il privato vanta un diritto soggettivo all'onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno”*. Il comunicato stampa oggetto della domanda cautelare atipica al giudice appare corretto e legittimo nella parte in cui si limita ad informare sull'avvio dell'attività pre-istruttoria condotta dall'Autorità per accertare l'esistenza di pratiche speculative ma, al contrario, l'accostamento della predetta notizia agli operatori commerciali ivi indicati – tra cui la ricorrente – in uno al contesto comunicativo appare sostanzialmente immotivato e certamente idoneo a ledere l'immagine e la reputazione della società ricorrente inducendo i consumatori – e non solo – a ritenere che a carico della società ricorrente siano state già accertate o, quantomeno segnalate, pratiche commerciali scorrette (nella fattispecie il comunicato stampa concerneva la semplice richiesta, durante il *lockdown*, di informazioni a numerosi operatori della GDO per acquisire dati sull'andamento dei prezzi di vendita al dettaglio e dei prezzi di acquisto all'ingrosso di generi alimentari di prima necessità al fine di individuare eventuali fenomeni di sfruttamento dell'emergenza sanitaria a base dell'aumento di tali prezzi rispetto a quelli correnti nei mesi precedenti differenziati a livello provinciale: i maggiori aumenti si sarebbero riscontrati in aree non interessate da “zone rosse” o da misure rafforzate di contenimento della mobilità, per cui l'Autorità riteneva di non poter escludere che tali maggiori aumenti potessero esser dovuti anche a fenomeni speculativi).¹⁵²

In sintesi, il giudice ha ravvisato uno di quei comportamenti meri, posti in essere in via di mero fatto, in alcun modo riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo, attratti nella giurisdizione del g.o.

A tale conclusione il giudice è pervenuto all'esito di un ragionamento apparentemente argomentato, ma che – a ben vedere – cela una contraddizione di fondo: basta leggere la parte narrativa dedicata al “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa,

¹⁵² L'Avvocatura dello Stato, infatti, nel chiarire il significato del comunicato stampa incriminato ha precisato: che la disciplina dei procedimenti di applicazione delle regole in materia di tutela del consumatore è recata dall'articolo 27 del codice del consumo, e dalla delibera AGCM 1° aprile 2015, n. 25411, recante “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie” (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94); che, secondo tale disciplina, i procedimenti innanzi all'Autorità possono suddividersi in tre fasi: in primo luogo, la fase preistruttoria, che precede l'apertura del procedimento; in secondo luogo, la fase istruttoria propriamente detta, di acquisizione di elementi probatori e di contraddittorio; ed in ultimo la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale. La fase detta pre-istruttoria (disciplinata dagli artt. 4 e 5 del richiamato regolamento) precede l'apertura formale di un procedimento ed è quella in cui l'Autorità si “attiva” ai fini della repressione di un illecito consumeristico. In tale fase, l'Autorità – come successo nel caso della presente controversia – riceve da terzi e raccoglie d'ufficio una *notitia criminis* relativa ad una presunta violazione delle regole a tutela del consumatore, e verifica, sulla base di una deliberazione sommaria, se sia sufficientemente fondata da giustificare l'instaurazione di un procedimento istruttorio. Nella fase pre-istruttoria l'AGCM è chiamata ad una prima verifica ed una valutazione degli elementi in suo possesso, al fine di decidere se gli stessi giustificano l'apertura di un formale procedimento istruttorio, o se debba procedersi, in caso contrario, all'archiviazione degli atti.

pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie” dell’AGCM per capire che l’attività istruttoria (*rectius*: pre-istruttoria) non può affatto considerarsi priva di copertura normativa. Se a ciò si aggiunge che nella fattispecie l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, autorità indipendente di settore, ha operato in veste di Ente istituzionale nell’esercizio (legittimo o meno) dei propri poteri pubblici, nel perseguimento dei fini amministrativi a cui è stata preposta, pare innegabile l’esercizio di potere. Ora, come anticipato, si può anche discutere della legittimità o meno del comunicato stampa di una Autorità pubblica, ma in nessun caso si può sostenere che “è riconducibile nell’alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo” ed a fronte dello stesso, in astratto, il privato vanta un diritto soggettivo all’onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell’art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno. Nemmeno volendo aderire alla teoria della incomprimibilità del diritto (ammesso e non concesso che il diritto all’onore ed alla reputazione rientri fra quelli assolutamente inviolabili, al pari di vita e salute) si potrebbe giungere ad una simile ricostruzione giacché trattasi di posizione ricavata dal dovere di solidarietà di cui all’art. 2 della Costituzione e non protetta da una norma *ad hoc* (ad es. libertà di circolazione o domicilio). In disparte tali valutazioni, viene da chiedersi quando mai sarebbe immaginabile la giurisdizione amministrativa nei confronti dell’AGCM se le attività disciplinate dal “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie” competono al giudice ordinario. In realtà, vertendosi di fatto in materia di responsabilità amministrativa, la decisione risente del clima già visto in Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, e di fatto rispecchia tale indirizzo giurisprudenziale.¹⁵³

Il giudice civile, di fatto, si sente legittimato – sulla scorta di criteri variabili e *sui generis* – a radicare la propria giurisdizione sua sponte, non essendovi quel contesto di certezza del diritto che impone una delimitazione ben definita del riparto giurisdizionale. Parimenti, il giudice amministrativo soffre della medesima incertezza, alimentata dalla Cassazione, e ne subisce le ripercussioni.

La difficoltà di individuare definitivamente, con fermezza e precisione, il distinguo fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa ha trovato terreno fertile nel campo delle società pubbliche, dove appare complicata la distinzione fra gli atti nei quali si esplica, con moduli imprenditoriali, l’attività gestionale, e quelli che sono espressione di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche.

Già in passato era sorto il problema di identificare esattamente il riparto di giurisdizione in merito alla gestione degli enti pubblici economici proprio perché in tale settore coesistono infatti le due anime – pubblica e privata – della pubblica amministrazione.¹⁵⁴

A chiudere questo breve *excursus* sullo stato della giurisprudenza nazionale, può farsi menzione di una decisione piuttosto datata, ma ancora attuale nel profilare le criticità nella determinazione del perimetro della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo, a cui si aggiunge il magistero della Corte di conti (oltre a quello degli altri giudici specializzati già presi in esame: Tribunali delle acque pubbliche e Commissario liquidatore per gli usi civici). Secondo Cass. civ., Sez. Unite, 15 dicembre 1997, n. 12654, le aziende speciali già disciplinate dal R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (T.U. della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province), sono ora ancor più nettamente delineate quali enti pubblici economici dall’art. 23 l. 8 giugno 1990 n. 142, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali (v. ora d.lgs. 18 agosto 2000, n.

¹⁵³ Cfr. S. Bortolotti, *Note critiche sull’istruttoria aperta dall’AGCM contro Benetton, per abuso di dipendenza economica nel franchising*, in *Il Caso.it*, 09 febbraio 2021. V. anche Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, 31 marzo 2021, n. 8942: cfr. *Compenso dell’avvocato d’ufficio in caso di indagato o imputato irreperibile*, *ibidem*, 06 aprile 2021.

¹⁵⁴ Cfr. N. Piscivino, *Le società a partecipazione pubblica tra passato e futuro*, tesi di dottorato, 2018 (https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/199203/287738/phd_unimib_787844.pdf) e bibliografia ivi citata.

267 – Testo unico degli enti locali (TUEL)), e ciò comporta che riguardo alle dette aziende operi, anche sotto il profilo della conseguente responsabilità, *la distinzione fra gli atti nei quali si esplica, con moduli imprenditoriali, l'attività gestionale, e quelli che sono espressione di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche*: “Ne deriva che l'azione di risarcimento del danno proposta dal Procuratore Regionale della Corte di conti nei confronti del direttore generale e dei componenti la commissione amministrativa di una azienda municipalizzata di trasporti, in relazione al pregiudizio risentito da quest'ultima per la stipulazione, a condizioni svantaggiose, di un contratto a trattativa privata fuori dei casi consentiti dalla legge, individua una responsabilità attinente essenzialmente all'attività di impresa dell'azienda, ed è pertanto devoluta alla cognizione del giudice ordinario”.

La materia è stata di recente regolamentata dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, corretto ed integrato dal decreto 16 giugno 2017, n. 100), ma restano ancora aperte molte questioni irrisolte da tempo.¹⁵⁵

La natura giuridica del soggetto “società” e la disciplina dell'attività di interesse pubblico esercitata danno vita a una società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono¹⁵⁶, come convivono le diverse giurisdizioni.¹⁵⁷

L'interesse che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le società partecipate hanno comunque natura privatistica. Il rapporto tra società ed ente è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario.

Il soggetto dell'ordinamento rimane una società di diritto comune¹⁵⁸, come tale imprenditore commerciale, con aspetti disciplinari peculiari come accade per le banche, le assicurazioni, le consortili, le compagnie sportive, le fiduciarie, le Sim, le Sicav, le finanziarie, etc. La disciplina

¹⁵⁵ Cfr. V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica* – Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza, Milano, 2016; F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; R. Cantone, A. Catricalà, F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, 2020; v. anche D. Garzia, *Le Società Pubbliche nell'ordinamento giuridico attuale*, in *Altalex*, 23 agosto 2018 (anche in *filodiritto.it* e *LexItalia.it*).

¹⁵⁶ Al riguardo cfr. C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche [Private law and public law in the publicly-owned companies' regulation]* (Relazione al Convegno “Le società a partecipazione pubblica”, Sassari, 18-19 maggio 2018), in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, 6, pt. 1, 958-975; C. Barbieri, *Le società a partecipazione pubblica e le deroghe normative al Codice civile (nelle valutazioni della giurisprudenza)*, in *GiustAmm.it*, 2017, 8, 18; F. Fimmanò, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 ss. In particolare, con riferimento ad una ipotesi di società legale si sono pronunciate le Sezioni Unite, in tema di giurisdizione, marcandone la differenza con le società *in house* (Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594).

¹⁵⁷ Cfr. M. Di Lullo, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società “in house” che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni? [Liability of the corporate bodies of public companies and jurisdiction of the Court of Auditors: (only) the in-house companies that manage public services are public administrations?]* (nota a Cass. Sez. un. civ. 25 novembre 2013, n. 26283), in *Il Foro Amministrativo*, 2014, 10, 2498-2521; G. Licheri, *Responsabilità degli amministratori di S.p.a. in mano pubblica: si amplia ancora (non senza dubbi) l'ambito della giurisdizione contabile*, in *GiustAmm.it*, 2014, 10, 19; A. Nicodemo, *I confini della giurisdizione contabile con riferimento agli enti pubblici privatizzati*, in *GiustAmm.it*, 2014, 10, 35.

¹⁵⁸ Secondo la Cassazione “la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'Ente pubblico ne possiede in tutto o in parte le azioni” (cfr. Cass. Sez. un., n. 4991 del 1995, Cass., n. 17287 del 2006). Infatti, nella Relazione al codice civile si legge che “in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente”.

integrativa dipende dalla natura del socio (e dalla qualità-quantità della sua partecipazione) e dall'attività svolta dalle società in esame, qualificabile come pubblica o di pubblico interesse, per la quale il discorso è completamente diverso da quello sul soggetto. Ad esempio, la normativa europea e nazionale in tema di affidamenti pubblici comprende tra le pubbliche amministrazioni, assoggettate alle norme che impongono il rispetto dell'evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata, ma sottoposti ad un controllo pubblico, al fine di evitare l'elusione dei vincoli procedurali. Nello stesso senso vanno le regole in tema di "criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi". Naturale conseguenza è che le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo alla luce dell'art. 103 Cost. (sul tema si tornerà più avanti: v. *infra*)

Dunque, tali società sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario.¹⁵⁹ Così per le controversie riguardanti l'organizzazione societaria, la giurisprudenza ha affermato che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo. In questo senso è stato ad esempio risolto il caso della nomina o della revoca degli amministratori da parte di un ente pubblico: l'atto persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico (Cass. civ., SS.UU., ordinanza 1° dicembre 2016, n. 24591).¹⁶⁰ Né la partecipazione dell'ente giustifica valutazioni diverse della condotta degli organi sociali ai fini delle loro responsabilità gestionali o di controllo.

¹⁵⁹ Il Consiglio di Stato ha affermato che l'art. 33 co. 2 lett. a) del d.lgs. n. 80/98 nel prevedere come rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti l'istituzione, la modificazione o l'estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) intese riferirsi alle relative procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario (cfr. Cons. Stato Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867; Id., 3 settembre 2001, n. 4586). In modo ancora più esplicito è stato affermato che tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n.781); per la giurisdizione ordinaria in tema di fusione per incorporazione cfr. TAR Veneto, 15 aprile 2008, n. 968.

¹⁶⁰ La Cassazione, con sentenza del 1° dicembre 2016, n. 24591, ha definitivamente sancito che le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del cd. *in house providing* (Cass., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *IlCaso.it*, 2013). Anche la facoltà attribuita all'ente pubblico dall'art. 2449 c.c., sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, deve essere qualificata come estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa. Dalla configurazione dell'atto di revoca come espressione di una facoltà inerente alla qualità di socio e, quindi, come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, deriva l'ulteriore conferma dell'esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo: cfr. R. Ranucci, (*In tema di società a partecipazione pubblica*), in *Il Foro italiano*, 2017, 1, pt. 1, 160-163; A. Berlucchi, *Nomina e revoca di amministratori e sindaci nelle società pubbliche: spunti di riflessione*, in *Il Foro Amministrativo*, 2017, 9, 1794-1808; M. Coppola, *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2017, 4, 481-491; E. Grippaudo, *Nomina o revoca di amministratori e sindaci di società "in house": giurisdizione del giudice ordinario*, in *Corriere giuridico*, 2017, 5, 638-648; E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile* (nota a Cass. Sez. un. civ. 1° dicembre 2016, n. 24591; Cass. Sez. un. civ. 3 ottobre 2016, n. 19676), in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, 5, pt. 2, 817-834; v. anche L. V. Lonoce, *Società in house: sulla revoca di amministratori decide il giudice ordinario*, pubblicato in *Altalex* il 16/08/2017, nonché K. Martucci, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione* (nota a Cass. Sez. un. civ. 23 gennaio 2015, n. 1237), in *Giurisprudenza commerciale*, 2016,

Sulla base della medesima impostazione va individuato l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti sulle società (e, più in generale, su organismi partecipati o collegati ad enti pubblici) ed in particolare quello relativo alla responsabilità nei confronti di amministratori e dipendenti sia privata, essendo sufficiente la natura oggettivamente pubblica del danno e cioè il collegamento anche indiretto con la finanza pubblica, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto o dalla veste utilizzata.¹⁶¹

Va insomma sostituito un criterio eminentemente "soggettivo", che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, con un criterio "oggettivo" che faccia leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate, dell'attività esercitata e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate. Invero, il *discrimen* individuato dal Giudice delle leggi (permanenza o meno dell'ente nella sfera della finanza pubblica) ripropone in versione "finanziaria"

5, pt. 2, 1050-1063. In tema cfr. anche Cass., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *II Caso.it*, 2013; F. Di Marzio, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Collana Law & Economics, Milano, 2011, 377 ss.

¹⁶¹ L'organo a cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici è, ai sensi dell'art. 100 Cost., la Corte dei conti e ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. Il che conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra e irrilevante (Corte cost. 23 dicembre 1993, n. 446; Corte conti, Sez. Giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, e 30 ottobre 2006, n. 17). A riprova della neutralità della veste societaria, vale la pena ricordare che la Corte costituzionale (Corte cost. sent. 28 dicembre 1993 n. 466), nel decidere il conflitto di attribuzioni tra la Corte dei conti ed il Governo della Repubblica, ha avuto modo di affermare che spetta a detta Corte il controllo sulla gestione delle società per azioni derivanti dalla trasformazione dell'IRI, ENI, INA ed ENEL fin quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società, osservando tra l'altro che le ragioni, che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione, non possono considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, e che il controllo verrà a perdere la propria ragion d'essere solo nel momento in cui "il processo di privatizzazione avrà assunto connotati sostanziali tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica". Il *discrimen* individuato dal Giudice delle leggi (permanenza o meno dell'ente nella sfera della finanza pubblica) rende del tutto simili (e, dunque, assimilabili quanto a disciplina normativa) l'ipotesi di partecipazione pubblica maggioritaria, riferita al (sempre più raro) caso di possesso in mano pubblica di una quota azionaria superiore al 50%, e quella di possesso del cd. pacchetto di controllo (cioè, di quella quota azionaria che, seppure inferiore al 50%, consente, in ipotesi di azionariato diffuso, il controllo della società), in quanto in entrambi i casi l'ente è gestito da soggetti pubblici che esercitano su di esso un potere di direzione. Con riferimento alle cd. società legali la Cassazione (Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594, cit.) ha avuto ad esempio modo di affermare che non occorre definire in termini generali la natura giuridica dell'Anas s.p.a., bensì soltanto valutare se quest'ultima presenti caratteristiche specifiche tali da far ritenere che il suo patrimonio abbia conservato i connotati pubblicistici che sono l'indispensabile presupposto della giurisdizione contabile e che, correlativamente, coloro i quali per essa agiscono incidendo su quel patrimonio rientrino nel novero dei soggetti ai quali detta giurisdizione si estende. Secondo la Suprema Corte, "premesso che l'attuale statuto sociale dell'Anas non presenta caratteristiche tali da farla ricomprendere nel novero delle società *in house*, si tratta in definitiva di comprendere se la trasformazione dell'Anas in Spa disposta dalla legge ne abbia davvero comportato il mutamento della natura giuridica – da ente pubblico economico a società di diritto privato – o se invece non ne abbia intaccato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa, corrispondente a quella della società azionaria, senza per questo incidere sulla reale natura del soggetto. In questo secondo senso si è già ripetutamente espressa (sia pure ad altri fini) la giurisprudenza del Consiglio di Stato, affermando senz'altro che la trasformazione dell'Anas, disposta dalla legge, ha avuto incidenza concreta soltanto sulla fase gestionale del soggetto, permanendo sia la natura pubblica del nuovo organismo sia i poteri pubblicistici propri dell'ente proprietario delle autostrade e strade statali ad esso affidate (vedi, ad esempio, Cons Stato 24 febbraio 2011, n. 1230, e 24 maggio 2013, n. 2829). L'Anas s.p.a. è peraltro soggetta al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dall'art. 12 della L. 21 marzo 1958, n. 259". La Suprema Corte aveva nello stesso senso già affermato che "indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò non sia espressamente previsto dalla legge...ovvero ricorrano determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, cfr. ad esempio Poste italiane Spa)" (Cass, Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799). E poi Cass., Sez. Un, 22 dicembre 2009, n. 27092 e Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5032, Cass., Sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329, riguardanti Rai ed Enav.

il tradizionale criterio di riparto giurisdizionale (permanenza o meno dell'ente nella sfera della funzione pubblica e del potere amministrativo).¹⁶²

Pertanto, quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, occorre aver riguardo al rapporto tra l'agente e la pubblica amministrazione tenendo conto che per tale può intendersi anche una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece (o sotto il suo dominio) un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica.¹⁶³

Per quanto qui interessa, assume rilievo il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e speciale in ordine alle responsabilità degli amministratori e degli organi degli enti partecipanti.¹⁶⁴

¹⁶² Cfr. F. Fimmanò, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, in *ILcaso.it*, 11 luglio 2019: “nel nuovo assetto organizzativo della pubblica amministrazione, basato sull'amministrazione di diritto privato e sul modello decentrato, la giurisdizione per danno erariale della Corte dei conti, nata in un contesto storico e organizzativo del tutto differente, viene “ricollocata” dal legislatore per conciliare la necessaria “neutralità”, come visto, delle forme di diritto comune con la tutela dell'interesse pubblico ridisegnato nell'ente danneggiato. Resta che la giurisdizione della Corte dei conti presuppone l'attribuzione per via normativa e non discende in via “naturale” dal fatto che siano in gioco interessi pubblici o un danno *lato sensu* pubblico. Ed infatti il Testo unico, nell'art. 12, da un lato codifica la pregressa giurisprudenza della Cassazione sulle società *in house*, dall'altro realizza un epifanico rinvio alle forme di diritto privato sulle partecipate in genere. Tale sistema risulta coerente con l'assunto che il radicamento della giurisdizione contabile si basa su un elemento soggettivo (il rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico controllante) e uno oggettivo (danno diretto al patrimonio pubblico)”.

¹⁶³ Cass, Sez. un., 3 luglio 2009, n. 15599; 31 gennaio 2008, n. 2289; 22 febbraio 2007, n. 4112; 20 ottobre 2006, n. 22513; 5 giugno 2000, n. 400; Sez. un., 30 marzo 1990, n. 2611.

¹⁶⁴ Cfr. F. Fimmanò, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, cit.: “Fino alla riforma del 2016 un vero e proprio “diritto giurisprudenziale”, creato dalla Cassazione a partire dal 2013, ha completato il quadro, che come vedremo ha generato non poca confusione in quanto le decisioni in tema di giurisdizione sono state talora acriticamente riprodotte ad altri fini, ad esempio in materia fallimentare”. In realtà la Cassazione, per molto tempo, ha riconosciuto la giurisdizione della magistratura contabile per le società a partecipazione pubblica solo là dove ed in quanto si arrecasse un danno erariale diretto all'azionista pubblico e non in via mediata alla partecipazione del socio pubblico. Viceversa, il corretto inquadramento sistematico comporta che ci siano due forme di responsabilità concorrenti e settoriali, quella civilistica comune e quella erariale, e l'una non preclude l'altra. Ed infatti i giudici di legittimità – nella sentenza a Sez. unite del 13 settembre 2018, n. 22406 – affermano espressamente “la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio...”. Le Sezioni unite della Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 (in *Giur. Comm.*, 2011, II, 315 ss.; in *Nds*, n. 3, 2010, 36 ss.) affermavano che solo nel caso in cui l'evento dannoso sia prodotto dagli amministratori “direttamente” a carico del socio-ente si configura la responsabilità e la giurisdizione del giudice contabile. Un tipico danno diretto è considerato quello all'immagine dell'ente (cfr. L. Caravella, *La lesione all'immagine dell'ente pubblico ed il risarcimento del danno*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche. Ordinamento*, cit., 541 ss.). Nello stesso senso: Cass., Sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Società*, 2010, 803; Sez. un., 15 gennaio 2010, 520, 521, 522, 523 e Cass, Sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309; Cass., Sez. Un., 9 aprile 2010, n. 8429, riferita al direttore generale, in *Società*, 2010, 1177; Cass. Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10063, in *Riv. Corte conti*, 2011, 3-4, 372, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 832, Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2596, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1287; Cass. Sez. Un., 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 831 (ove il danno era ravvisabile nella perdita di valore di una quota di partecipazione in società poi dichiarata fallita), Cass. Sez. Un. 20941 del 12 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 831; e Cass. Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 6, 1498, con nota di G. F. Nicodemo, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*; Cass. Sez. Un., 23 marzo 2013, n. 7374, in *Guida dir.*, 2013, 23, 57 Cass. Sez. Un. 5 aprile 2013, n. 8352, in *Giust. civ. Mass.*, 2013). Cass., Sez. Un., 3 maggio 2013, n. 10299 (in *Società*, 2013, 8-9, 976, con nota di F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle società pubbliche*), pur nella scia del pronunciamento “spartiacque” del 2009 e di quelli successivi, apriva ad una diversa impostazione per le società *in house* e non

L'attività degli organi sociali diviene fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori se abusiva, ovvero se è contraria ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria. La responsabilità sorge per effetto della violazione di un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento.

escludeva valutazioni del giudice contabile, dirette a ricollegare azioni od omissioni riguardanti la società ma che avessero prodotto danni direttamente all'ente pubblico: cfr. Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Società*, 2014, 55, con note di F. Fimmanò, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014, 1, 61-82; ed in *Fallimento*, 2014, 1, 33, con nota di L. Salvato, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, 38-48; E. Codazzi, *La giurisdizione sulle società cd. "in house": spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, 2, pt. 2, 236-251; E. Goitre, *Responsabilità degli amministratori di società "in house" e giurisdizione della Corte dei Conti (Directors of in house companies liability and Court of Auditors jurisdiction)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2015, 3, 66-77; e poi in scia: Cassazione, Sez. Un., 16 dicembre 2013 n. 27993; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass., Sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, 2014, 1901; Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2014, n. 22609; Cass., Sez. un., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Foro amm.*, 2015, 3055; Cass., Sez. un., 8 luglio 2016, n. 14040, in *Foro it.*, 2017, I, 2356; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2016, n. 26643, in *Foro it.*, I, 2355. Con approdo opposto (alterità soggettiva, autonomia patrimoniale delle società pubbliche e mancanza del rapporto di servizio): Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953, con nota di F. Cerioni, *La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle "società pubbliche" iniziando da quelle "in house"*, in *Società*, 2014, 8-9, 956-972; Cass. Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936. V. anche F. G. Scoca, *Società private e giurisdizione contabile* (nota a ord. Cass. Sez. un. civ. 5 dicembre 2016, n. 24737), in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 4, 934-941; V. Donativi, *Ancora sul riparto di giurisdizione nei giudizi di responsabilità contro amministratori e dipendenti di società pubbliche* (nota a Cass. Sez. un. civ. 15 maggio 2017, n. 11983), in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, 4, pt. 2, 692-706; B. Giliberti, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti. Certezze e problematiche alla luce dell'art. 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica [Public-owned companies and State Auditors' Department jurisdiction. Certainties and problems in the light of art. 12 of the Consolidated Law on public-owned companies]*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 3, 1349-1382; F. Fimmanò, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità* (nota a ord. Cass. Sez. un. civ. 13 settembre 2018, n. 22406), in *Società*, 2019, 1, 70-81; G. Caia, *Le società in "house": persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, 3, pt. 1, 457-474; ed infine V. Selini, *Giudizio di responsabilità degli amministratori di società pubblicamente partecipate* (nota a ord. Cass. civ. Sez. un. 11 settembre 2019, n. 22713), in *Danno e responsabilità*, 2020, 3, 344-351: in ipotesi di danno al patrimonio della società a partecipazione pubblica determinato dalla *"mala gestio"* degli amministratori, non è configurabile un danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della società sia socio. Come più volte ribadito dalla Suprema Corte, il danno inferto dagli organi di tale società al patrimonio sociale può dar vita unicamente all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali da esperirsi avanti al giudice ordinario; esso non può, invece, trovare ristoro mediante l'avvio di un'azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti (da ultimo, vedasi Tribunale Roma, 18 febbraio 2021: cfr. *Responsabilità da direzione e coordinamento in materia di società controllate da enti pubblici*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24939 - pubb. 02/03/2021). Diversamente, il ricorso al giudice contabile è auspicabile in tutti i casi in cui l'azione di danno sia esercitata per far valere la responsabilità degli organi sociali o dei dipendenti di una società partecipata da un ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illecita non solo di riflesso, bensì direttamente: e ciò vale in caso di diminuzione del valore della partecipazione o di lesione dell'immagine dell'ente pubblico socio e qualora la partecipata abbia i caratteri di una società cd. *in-house* o di una società cd. legale.

4. Fondamento della responsabilità della p.a.

4.1 - Natura della responsabilità della p.a.

In base all'art. 28 Cost., "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".¹⁶⁵

Tale norma costituisce il fondamento costituzionale della responsabilità della p.a. per l'illegittimo esercizio dei propri poteri. In altri termini, sulla scorta di un rapporto di immedesimazione organica, sarebbe ravvisabile una responsabilità civile diretta della p.a. per gli atti compiuti dai propri funzionari e dipendenti in violazione dei diritti.¹⁶⁶

La piena risarcibilità dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa ha del resto trovato conferma nella storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999. In quell'occasione, le Sezioni Unite hanno affermato che gli interessi legittimi hanno pari dignità costituzionale rispetto ai diritti soggettivi (arg. ex artt. 24 e 113 Cost.), con la conseguente necessità di assicurare agli stessi una pari tutela giurisdizionale, adeguata ed effettiva. Si ricorda che con questa storica sentenza le Sezioni Unite hanno ritenuto che non fosse più tollerabile il regime di sostanziale immunità di cui beneficiava la p.a. nell'esercizio della funzione pubblica, regime che fino ad allora un'impostazione tradizionale aveva sostenuto muovendo da un'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c. Tale impostazione, del tutto superata dalle Sezioni Unite nel 1999 che hanno affermato la pienezza della responsabilità civile della p.a., riteneva infatti che il danno "ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c. potesse derivare unicamente dalla violazione di un diritto soggettivo.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Tra i tanti contributi si ricorda C. Esposito, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, 2, 324; R. Alessi, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, *ibidem*, 1951, 888; A. Torrente, *L'art. 28 della Costituzione e la responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari. Conferenze*, Milano, 1958; F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, *ibidem*, 1986, 41, ora in F. Merusi - M. Clarich, *Commento all'art. 28*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 370; E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1993; F. Staderini - A. Silveri, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1998. Per un'analisi particolarmente critica della formulazione dell'art. 28 Cost, si veda F. Merusi, *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti della P.A.*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, secondo cui "La storia dell'art. 28 della Cost. è la storia di come un'idea sbagliata possa generare delle situazioni aberranti e contrarie alla razionalità e al buon senso". Come osserva L. Delpino, *Responsabilità della P.A. e responsabilità dei giudici alla luce dell'art. 28 Cost.*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992 - Volume Secondo, p. 200, prima dell'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 la responsabilità del dipendente pubblico si riteneva assorbita da quella diretta della p.a., pur riconoscendosi a quest'ultima la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del soggetto agente per ottenere quanto corrisposto a titolo di risarcimento del danno. Alcune ipotesi eccezionali di responsabilità personale erano previste anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione e si rivolgevano a determinate categorie di pubblici funzionari, quali i magistrati, i cancellieri, gli ufficiali giudiziari e i conservatori delle ipoteche.

¹⁶⁶ Cfr. M.C. Cavallaro, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 1, 39-52, ritiene che, nel settore dei servizi pubblici, dopo un iniziale periodo in cui si predicava una sostanziale immunità dell'Amministrazione, ammessa dallo stesso legislatore per i servizi economici e riconosciuta dalla giurisprudenza per i servizi non economici, si è giunti all'affermazione del principio di responsabilità dell'Amministrazione che eroga il servizio, riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale: questo passaggio ha segnato la biforcazione del percorso giurisprudenziale, tale per cui, nell'ambito delle attività non provvedimentali, e dunque nel settore dei servizi pubblici, ma anche di tutte quelle attività cd. materiali, l'azione amministrativa si è aperta al sindacato del giudice ordinario e alle regole civilistiche in materia di responsabilità; viceversa, nell'ambito dell'"amministrare per provvedimenti", il percorso è quello noto che ha portato alla responsabilità per lesione di interesse legittimo: cfr. M.C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.

¹⁶⁷ Ruolo significativo, in questa materia, è stato assunto dalla Corte costituzionale, la quale ha chiarito che "in presenza di un servizio pubblico organizzato e gestito in forma di impresa ed improntato a criteri di

Affermata la pienezza della responsabilità civile della p.a., le Sezioni Unite n. 500/1999 hanno però precisato quanto segue: “*La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l’attività illegittima della p.a. abbia determinato la lesione dell’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell’ordinamento. In altri termini, la lesione dell’interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell’attività illegittima (e colpevole) della p.a., l’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell’ordinamento positivo*”.

Come detto, con la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁶⁸, è stato definitivamente superato il limite dogmatico dell’impossibilità del risarcimento dell’interesse legittimo, tesi fondata sull’idea negativa della tutela in sede aquiliana degli interessi legittimi.

economicità, il rapporto con l’utenza assume natura contrattuale e perde le connotazioni autoritative, con il conseguente venir meno, nella regolazione della responsabilità per danni causati agli utenti, del rilievo un tempo attribuito agli aspetti soggettivi dell’organismo – amministrazione, Ente o società – che li cura, mentre diventano decisivi i profili oggettivi propri di ciascun servizio, capaci anche di giustificare una disciplina speciale limitativa di detta responsabilità, senza, però, poterla mai escludere del tutto”: Corte costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 4, in *Cons. Stato*, 1999, II, 9. Successivamente la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, in materia postale e di telecomunicazioni, nella parte in cui disponeva che l’amministrazione postale ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito di telegrammi: Corte cost., 20 giugno 2002, n. 254, in *Foro it.*, 2002, I, 2570. La pronuncia si segnala per l’affermazione di un principio generale assai importante: statuisce, infatti, la Corte che “l’esclusione di qualsiasi responsabilità per il mancato recapito del telegramma, rendendo immune da qualsivoglia conseguenza pregiudizievole il soggetto tenuto al recapito, [...] rappresenta, nell’attuale fase di evoluzione dell’ordinamento, un anacronistico privilegio, privo di connessione con obiettive caratteristiche del servizio e, perciò, lesivo, al tempo stesso, del canone di ragionevolezza e del principio di uguaglianza garantiti dall’art. 3 della Costituzione”. Nel caso del servizio sanitario, come nel settore dell’istruzione pubblica, per la prima volta la giurisprudenza ha accolto il principio di una responsabilità civile della pubblica amministrazione che scaturisce da un “contatto sociale” giuridicamente qualificato. Ci si riferisce alla nota sentenza della Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, 441, con nota di A. Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, e in *Resp. civ e prev.*, 1999, 3, 660, con nota di M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*, *ibidem*, 661-682; v. altresì Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, laddove si dice che “il rapporto tra il paziente e la struttura sanitaria è regolato, per quanto attiene alle prestazioni di natura sanitaria, dalle norme che concernono l’attività del medico nell’ambito del contratto d’opera professionale. Ne consegue che la responsabilità diretta dell’ente ospedaliero e quella del sanitario inserito nella struttura ospedaliera sono disciplinate, in via analogica, dalle norme che regolano la responsabilità professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, e quindi anche dall’art. 2236 c.c., che è perciò applicabile sia al medico che all’ente” (v. anche Cass. n. 7336/1998, nonché Cass. n. 9198/1999); in materia di istruzione pubblica cfr. Cass. SS. UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1012. Deve inoltre osservarsi come la difficoltà dell’inquadramento della responsabilità del medico permanga anche dopo l’entrata in vigore della l. n. 24 del 2017 in materia di responsabilità medica: sul punto si veda Cass., Sez. III, 09 novembre 2017, n. 26517, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 3, con nota di L. Albanese, *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, *ivi*, 935-955; per un’ampia ricostruzione A. Pioggia, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, 3, 517-549.

¹⁶⁸ Sul punto si rinvia a V. Neri, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a venti anni dalla sua pubblicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 5, 610-624. Per i commenti alla sentenza delle SS. UU. n. 500/1999, si veda M. Protto, *È crollato il muro dell’irrisarcibilità delle lesioni degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1067; L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 832; V. Carbone, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974 ss.; L.V. Moscarini, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*, in *Contratti*, 1999, 10, 869; A. Di Majo, *Il risarcimento degli interessi “non più solo*

Inizialmente, il giudice amministrativo poteva annullare l'atto illegittimo ma non poteva pronunciare una sentenza di condanna sul risarcimento del danno. Il giudice ordinario invece poteva pronunciare sentenza di condanna per il risarcimento del danno ma non poteva annullare l'atto illegittimo. A livello sostanziale, l'art. 2043 c.c. veniva interpretato nel senso che solo la lesione di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo poteva causare un danno ingiusto. Contro questa lettura restrittiva si era schierata quasi tutta la dottrina e nel corso degli anni vi sono stati interventi legislativi che prevedevano la risarcibilità dell'interesse legittimo, come ad esempio l'art. 17 della legge n. 59/1997 e il d.lgs. n. 80/1998 in cui veniva previsto per il giudice amministrativo il potere di disporre il risarcimento del danno. Inoltre, anche la legislazione di matrice unionale tutela questa situazione soggettiva (v. note nn. 187-188 *infra*) ed è sempre stata contraria alla distinzione che fa il nostro ordinamento tra diritto soggettivo e interesse legittimo, con la minor tutela che quest'ultima situazione soggettiva ha sempre ricevuto. Questa è la situazione che ha fatto da contorno all'emanazione della storica sentenza che ha ammesso che la tutela risarcitoria doveva essere assicurata in relazione all'ingiustizia del danno, ingiustizia che può considerarsi sia in riferimento all'interesse legittimo che in riferimento all'interesse soggettivo. La sentenza ha praticamente affermato che la lesione di un interesse giuridico rientra nella generale previsione di cui all'art. 2043 c.c. La Corte si occupa inoltre di dare una definizione all'interesse legittimo, definendolo quella *“posizione giuridica individuale che conferisce al suo titolare una posizione di vantaggio in riferimento ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene. In altri termini, – si legge ancora dalla sentenza – l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della p.a. di soddisfare*

legittimi”, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1376; V. Mariconda, *Si fa questione di un diritto civile...*, *ibidem*, 1381; S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221; A. Pajno, *La “giurisdizione” concentrata*, *ibidem*, 2000, 10, 1043; S. Cacace, *La responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121. V. anche S. Giacchetti, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi* (Relazione al 46° convegno di studi amministrativi sul tema: “legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori ed attuativi dell'atto legislativo. Responsabilità del legislatore. Responsabilità dell'amministrazione e verso l'amministrazione”, Varenna, 21-23 settembre 2000), in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 10, pt. 2, 2027-2045, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2001, 1-2, pt. 1, 1-22, ed in *Appalti urbanistica edilizia*, 2001, 9, 456-466, che propone una serie di approfondite considerazioni in merito alle conseguenze determinate dalla sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione sulla responsabilità della p.a. In primo luogo, esamina le questioni legate alla natura pubblica dell'Amministrazione. Prende quindi in considerazione la circostanza che la responsabilità patrimoniale conseguente all'illegittimo esercizio delle funzioni pubbliche derivi dalla lesione di interessi legittimi. Esamina in conclusione le problematiche poste dalla natura aquiliana di tale responsabilità. Si evidenzia la recessione della natura pubblica e la crescente privatizzazione dell'Amministrazione a seguito della generale trasformazione dell'ordinamento determinata dalla globalizzazione economica, dal diritto comunitario, dalla trasformazione in senso aziendalistico dell'apparato burocratico. Il prevalere degli aspetti economici su quelli giuridici e il nuovo approccio macrogiuridico dei valori, con appannamento del rilievo del tradizionale approccio macrogiuridico delle situazioni soggettive ha causato la crisi dell'interesse legittimo e la derivazione della responsabilità patrimoniale esclusivamente dalla lesione economica del diritto all'integrità del patrimonio, con conseguente irrilevanza – ai fini risarcitori – della natura giuridica formale della situazione soggettiva lesa. Si ha la nascita, ad opera del procedimento, di un vero e proprio rapporto giuridico tra Amministrazione e titolare dell'interesse legittimo, con caratterizzazione in senso contrattuale della responsabilità derivante dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica di diritto pubblico e conseguente applicabilità ad essa dei principi generali sulle obbligazioni, ferma restando la pacifica natura contrattuale della responsabilità derivante dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica di diritto privato. In conclusione, viene appurata la generale crisi delle Magistrature preordinate alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, e la necessità di nuovi orizzonti operativi anche mediante il ricorso all'interpretazione creatrice della giurisprudenza. Si tratta di un approfondito studio delle problematiche sollevate dalla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 in ordine: alla natura pubblica dell'Amministrazione; alla circostanza che la responsabilità patrimoniale conseguente all'illegittimo esercizio della funzione pubblica derivi dalla lesione di interessi legittimi; alla natura aquiliana di tale responsabilità.

l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori)".

Secondo un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale si riconosce una responsabilità extracontrattuale della p.a. ogniqualvolta si attribuisca rilevanza e tutela risarcitoria ad interessi del privato che maturano nel rapporto con l'Amministrazione e che siano direttamente collegabili all'interesse finale. Sul punto il Cons. Stato, Sez. IV, con la sentenza 26 aprile 2006, n. 2288¹⁶⁹, ha sostenuto che *"la risarcibilità del danno per lesione dell'interesse pretensivo è in linea di principio ammissibile anche in caso di annullamento per illegittimità da vizi formali del provvedimento impugnato, in cui rientra l'illegittimità per difetto di motivazione, e nonostante permanga il potere discrezionale dell'Amministrazione di riesaminare la fattispecie. Tuttavia, in tale situazione, il privato titolare di un interesse pretensivo ha titolo al risarcimento del danno non per il mero fatto che gli sia stato opposto un illegittimo diniego, ove, sussistendo gli altri requisiti dell'illecito (colpa, nesso di causalità) riesca a dimostrare che la propria aspirazione al provvedimento era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole. La protezione risarcitoria dell'interesse pretensivo può essere accordata, quindi, soltanto in presenza di un giudizio prognostico sulla spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse"* (è il cd. "giudizio di spettanza" di cui al punto 9 della citata sentenza delle SS. UU. n. 500/1999, ossia la "prova di resistenza").¹⁷⁰

¹⁶⁹ Con nota di D. Chinello, *Presupposti e limiti dell'azione risarcitoria da illegittimo diniego di un titolo edilizio*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 9, 1068-1076.

¹⁷⁰ Sul giudizio prognostico nella giurisprudenza del Consiglio di Stato cfr. T. Facciolini, *La valutazione prognostica nel danno da ritardo - Riflessioni sulla valutazione prognostica nel danno da ritardo alla luce della sentenza n. 6755/2020 della III Sezione del Consiglio di Stato*, in *www.StudioCataldi.it*, 01 dicembre 2020. Il Consiglio di Stato ha più volte ribadito, con le proprie pronunce, i principi che regolano il risarcimento del danno in caso di lesione di interessi legittimi da parte della p.a. Il presupposto essenziale della responsabilità della pubblica amministrazione è l'ingiustizia del danno, che consiste nella lesione dell'interesse materiale del privato (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza n. 3657 del 14 giugno 2018). A partire dalla storica sentenza numero 500 del 1999 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, si è stabilito che il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo consegua all'attività illegittima della pubblica amministrazione che abbia determinato la lesione del bene della vita al quale detto interesse si collega e che risulta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento. L'interesse pretensivo risulta pertanto risarcibile se e solo se, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, eliminando mentalmente dalla successione degli eventi il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, il bene della vita sarebbe stato ottenuto dal privato. Il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita si presenta quindi come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità: lo scopo di tale valutazione è quello di stabilire che cosa sarebbe accaduto se il fatto antiggiuridico non si fosse prodotto, ossia, in altri termini, se l'Amministrazione avesse agito correttamente. Anche nel processo amministrativo, in sede di esame della domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, trova applicazione la distinzione tra causalità materiale o di fatto e causalità giuridica. La causalità materiale è regolata dagli articoli 40 e 41 del codice penale ed è interna al fatto: essa serve ad imputare al responsabile l'evento lesivo. La causalità giuridica, invece, è regolata dall'articolo 1223 del codice civile ed è esterna al fatto: la sua funzione è quella di stabilire l'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto che si traducono in danno risarcibile. L'accertamento della causalità giuridica presuppone già risolto il problema della causalità materiale, ossia dell'imputazione dell'evento lesivo, e concerne la determinazione del danno da porre a fondamento del calcolo del danno risarcibile (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 9 giugno 2008, n. 2751). Il Consiglio di Stato, in sede di accertamento del nesso eziologico, ha prediletto la teoria della causalità adeguata ed ha applicato i principi enunciati dalle Sezioni Unite con sentenza n. 30328/2002: la valutazione che tende a stabilire la sussistenza o meno del nesso causale può tener conto non solo dei calcoli probabilistici ma anche delle regole di esperienza o delle leggi scientifiche, ma deve verificare concretamente se il compimento dell'azione doverosa avrebbe evitato il verificarsi dell'evento lesivo o, nel caso in cui lo stesso si fosse comunque verificato, sarebbe avvenuto in un'epoca posteriore e con una minore intensità lesiva. Per quanto riguarda la causalità giuridica, il codice civile, agli articoli 1223 e 2043, limita il risarcimento del danno alle sole conseguenze immediate e dirette della condotta illecita. La giurisprudenza, tuttavia, ha accolto anche la causalità indiretta e mediata, postulando un doppio nesso causale tra condotta ed evento e tra evento ed ulteriori conseguenze dannose, secondo il principio della *conditio sine qua non* senza però definire fino a quale punto si debba assoggettare il debitore inadempiente al risarcimento dei danni cagionati dalla sua condotta.

Da quanto detto se ne desume che affinché la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, possa essere ritenuta fonte di responsabilità aquiliana, e quindi dar luogo a risarcimento del danno ingiusto, occorre che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a, l'interesse al bene della vita ad esso sotteso, e che il detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del contesto ordinamentale vigente.¹⁷¹

In accordo con la costante giurisprudenza (*ex plurimis*, Corte di Cassazione, Sez. I civile, 12 luglio 2016, n. 14188¹⁷², Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450, e Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195, e TAR Toscana - Firenze, Sez. II, 16 dicembre 2016, n. 1790¹⁷³) è giocoforza riconoscere come la trattazione della domanda risarcitoria presupponga una ricostruzione della fattispecie *sub iudice* al fine di verificare se la stessa configuri un'ipotesi di illecito provvedimento. Sul punto, occorre invero sottolineare come la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientri nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo o il diritto soggettivo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'Amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica (cfr. Cons. Stato n. 6450/2014, cit.¹⁷⁴).

In particolare, gli elementi tipici dell'illecito provvedimento risultano essere:

- un'azione/omissione, nel caso in esame rappresentata dall'emanazione di un provvedimento illegittimo;
- un danno ingiusto, consistente nella lesione concreta ed attuale del soggetto interessato;
- il nesso di causalità tra azione/omissione e danno ingiusto, da valutarsi secondo un "criterio di causalità adeguata", ossia valutando se l'azione od omissione rappresenti un antecedente necessario nella catena causale che ha provocato il danno, con esclusione di tale rapporto ove, accanto all'azione/omissione, siano intervenuti cd. "fattori anormali";
- l'elemento soggettivo, per una parte della giurisprudenza identificabile nella colpa grave dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 2236 c.c. (il quale limita la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale ai casi di dolo o colpa grave laddove la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici complessi).

Un altro filone giurisprudenziale, invece, sostiene che il privato danneggiato possa limitarsi ad invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione, dovendo quest'ultima fornire la prova della scusabilità dell'errore. Il che avvicinerrebbe la responsabilità amministrativa a quella contrattuale, tanto che il CGARS ha sottoposto alla Adunanza plenaria l'esatta qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: qualificazione che lo stesso organo intendeva ricondurre nell'alveo della

¹⁷¹ V. Neri, *Il "bene della vita" è tutto nel diritto amministrativo?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 13/9/2018.

¹⁷² Con note di A. Iuliani, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 11, 1, 1457-1463, e C. Scognamiglio, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato" (Pre-contractual liability and "sufficient relation of proximity")*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 6, 1950-1961. Vedasi anche G. C. Salerno, *Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione (Pre-contractual responsibility or responsibility for the violation of the principles of purpose? The protection of "bona fide" agreements between pre-contractual responsibility and the violation of the principles of purpose)*, in *Il Diritto dell'economia*, 2017, 2, 379-419. V. note nn. 40 e 202.

¹⁷³ Cfr. V. Vinci, *Provvedimento illegittimo: quando scatta il danno all'immagine*, in *Altalex*, 24 marzo 2017 (pubblicato il 06/04/2017: <https://www.altalex.com/documents/news/2017/03/21/provvedimento-illegittimo-quando-scatta-il-danno-all-immagine>).

¹⁷⁴ Con nota di P. Santoro, *In tema di danni causati dall'attività illecita della Pubblica amministrazione*, in *Il Foro italiano*, 2015, 5, pt. 3, 312-314.

responsabilità contrattuale, dato anche il più recente indirizzo della Corte di Cassazione (in particolare, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit.). Ampio spazio viene poi dato al ruolo delle sopravvenienze normative che, in caso di protratta inerzia della p.a., si rivelano tali da rendere sostanzialmente inutili i provvedimenti amministrativi solo tardivamente adottati. Si precisa che, nell'ambito della pronuncia, si attribuisce alla locuzione "responsabilità contrattuale" il significato di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione derivante da una delle fonti citate dall'art. 1173 c.c., fatta esclusione per il fatto illecito (contratto e ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico), fattispecie tutte accomunate dalla disciplina di cui al libro IV del codice civile.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza non def. 15 dicembre 2020, n. 1136 (v. *infra*). Si anticipa che è opinione del Collegio che la responsabilità dell'Amministrazione per l'esercizio, o il mancato esercizio, dei poteri autoritativi alla medesima intestati sia assimilabile alla responsabilità contrattuale e che gli effetti di tale inquadramento si debbano apprezzare in relazione al rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria. Non si tratta di una novità assoluta dato che già in passato il Giudice amministrativo d'appello siciliano aveva investito l'Adunanza plenaria della questione concernente la natura della responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: si tratta di responsabilità extracontrattuale o da inadempimento di obbligazione? Tale quesito è diventato ricorrente, negli ultimi tempi (a qualche anno dalle modifiche normative: si allude, in particolare, dapprima all'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, riscritto dall'art. 7 L. n. 205/2000, ed ora al c.p.a.: v. *supra*), fra i giudici amministrativi, divenuti "giudici della responsabilità della p.a.". La giurisprudenza comincia, dunque, a delineare i contorni del giudizio risarcitorio amministrativo, con un processo di adattamenti, distinzioni, trasposizioni di principi civilistici, che avanza lentamente e con fatica, carico di incertezze sul piano sistematico e su quello delle soluzioni concrete. Le prime avvisaglie in ordine alla natura della responsabilità della p.a. si erano già avute con le pronunce di TAR Puglia, Bari, 17 maggio 2001, Sez. I, n. 1761, e Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 agosto 2001, n. 4239: cfr. G. G. A. Dato, *Sulla natura della responsabilità da attività provvedimento della Pubblica amministrazione: qualche riflessione in merito a CGA ordinanza 8/5/2002 n. 267*, in www.diritto.it, settembre 2002. All'origine dell'ordinanza *de qua* era l'esclusione da una procedura di gara; l'escluso si rivolgeva alla giurisdizione amministrativa ottenendo in primo e in secondo grado sentenza favorevole che riconosceva l'illegittimità del provvedimento. L'Ente Pubblico, in attuazione del giudicato, attribuiva al vincitore solo gli ultimi quattro dei trentasei mesi dell'appalto (gli altri trentadue sono stati effettuati, *medio tempore*, da altro aggiudicatario). A questo punto il vincitore chiedeva ed otteneva (nella misura del 10% dell'importo a base d'asta ribassato) il risarcimento del danno per il lavoro non svolto, oltre interessi e rivalutazione. Il giudice d'appello si interrogava circa la natura della responsabilità della p.a., in considerazione delle profonde differenze sussistenti fra i due istituti della responsabilità contrattuale, da inadempimento di obbligazione, e responsabilità extracontrattuale, da compimento di atto illecito. Da ultimo, con sentenza 7 aprile 2021, n. 295, il CGARS ha statuito che dall'accertamento, con sentenza passata in giudicato, della illegittimità della revoca di un piano di lottizzazione non consegue l'automatico accertamento della colpa in capo all'Amministrazione che aveva adottato il piano, ove l'annullamento sia stato disposto per difetto di motivazione e non perché sia stata valutata la legittimità della condotta che aveva portato all'adozione del piano stesso. Ha chiarito, il CGARS, che la sentenza che aveva dichiarato l'illegittimità della revoca del piano di lottizzazione non si era spinta anche ad affermare la "colpa" dell'Amministrazione. Il Giudice si è, infatti, limitato all'analisi del motivo di gravame volto a sindacare l'atto oggetto del suo scrutinio (*id est*, il provvedimento di revoca del piano di lottizzazione) sotto il profilo – il primo nell'ordine logico – della cd. "violazione di legge". Avendo accertato che l'Amministrazione aveva fatto un uso errato delle norme regionali e nazionali in tema di "misure di salvaguardia" (pretendendo di applicarle anche prima della formale adozione del nuovo strumento urbanistico), ha ritenuto tale vizio "assorbente" e dunque sufficiente per pervenire all'annullamento del provvedimento. E poiché l'annullamento "per violazione di legge" di un provvedimento amministrativo non implica – di regola – alcun esame sulla "colpa" dell'Amministrazione che lo ha posto in essere (accertamento necessario per i soli giudizi risarcitori), è evidente che la "questione della colpa" non è (né può essere ritenuta) rimasta "assorbita" nel giudicato che ha sancito la illegittimità della revoca. Il CGARS ha inoltre aggiunto che affermare l'illegittimità di un 'provvedimento di revoca' di un atto amministrativo non significa in alcun modo affermare automaticamente (o implicitamente) anche – e per relativo converso – la legittimità dell'atto che era stato revocato. È noto, infatti, che la regola - tipica dei processi ordinari - secondo cui il giudicato "assorbe il dedotto ed il deducibile" (chiudendo pertanto ogni questione, anche se non trattata), non opera in sede di giurisdizione generale di legittimità; e che comunque nel c.d. processo amministrativo di annullamento ben può accadere (ed accade sovente, fisiologicamente) che il Giudice – la cui attività giurisdizionale è fortemente condizionata dai motivi di gravame introdotti dalla parte ricorrente e comunque dalle domande delle parti – finisca per soffermarsi ad esaminare esclusivamente l'atto (e cioè la legittimità del provvedimento), senza spingere la sua conoscenza

Non è mancato, infine, chi ha ritenuto che si tratti di una responsabilità *sui generis*.

4.2 - All'Adunanza plenaria la natura della responsabilità risarcitoria della p.a.

Come anticipato, CGARS, sent. non def. 15 dicembre 2020, n. 1136, ha sottoposto alla Adunanza plenaria l'esatta qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi (nella fattispecie per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata)¹⁷⁶, qualificazione che lo stesso organo intendeva ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale:

“Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se si configuri o meno una interruzione del nesso di causalità della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 c.c. di tipo

sull'intero “rapporto” (emergente dalla controversia) fra cittadino ed Amministrazione. Da tutto quanto fin qui osservato deve concludersi che l'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento della delibera commissariale di revoca del piano di lottizzazione dell'area di proprietà della società appellante non ha affatto sancito (e men che mai con efficacia di giudicato) la piena legittimità della delibera con cui il piano di lottizzazione era stato (*in illo tempore*) approvato (prima che venisse revocato); né, dunque e comunque, la colpevolezza della condotta del Commissario straordinario (o della Amministrazione commissariale, così definita per distinguerla dalla Amministrazione comunale agente in via ordinaria) nell'aver proceduto alla revoca di tale delibera.

¹⁷⁶ La società ricorrente ha presentato, in data 30 giugno 2009, all'Assessorato regionale quattro distinte istanze di valutazione di impatto ambientale e di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, per la costruzione e la gestione di altrettanti impianti fotovoltaici. In mancanza di riscontro, la medesima ha agito, con ricorsi al TAR Sicilia - Palermo, per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalle Amministrazioni, proponendo altresì domanda di risarcimento del danno causato dalla ritardata conclusione del procedimento di VIA e di autorizzazione unica, che avrebbe dovuto concludersi entro 180 giorni, identificandolo nelle seguenti voci: a) danno emergente, consistente nei maggiori costi sostenuti per il pagamento delle imposte e per la stipula dei contratti in forma di atto pubblico e per il corrispettivo preteso dal promittente venditore a causa della maggiore durata dei preliminari, quantificati in misura diversa per ciascuno dei quattro impianti, da provare in corso di giudizio; b) lucro cessante, consistente: nell'ipotesi in cui al momento del rilascio dell'autorizzazione unica, permanesse l'interesse all'attuazione del progetto, nel minor guadagno, pari alla differenza tra l'importo della tariffa incentivante prevista dal d.m. 6.8.2010 (“Terzo Conto Energia”) e quello della tariffa incentivante al tempo del rilascio dall'autorizzazione unica, da calcolare su un arco temporale di 20 anni, corrispondente al periodo di assegnazione delle tariffe incentivanti ai sensi dell'art. 8 d.m. citato; nell'ipotesi in cui, al contrario, al momento del rilascio dell'autorizzazione unica, fosse venuto meno l'interesse alla attuazione del progetto, in ragione del notevole lasso di tempo trascorso ovvero, a causa di norme di legge sopravvenute, fossero venute meno le condizioni di fattibilità tecnica e di convenienza economico-finanziaria del progetto, l'intera utilità patrimoniale, pari all'importo della tariffa incentivante stabilita dal Terzo Conto Energia, oltre a tutte le spese e i costi sostenuti per la progettazione e la predisposizione tecnica necessaria, da provare in corso di giudizio. Con quattro sentenze dell'ottobre 2011, n. 1705, n. 1706, n. 1707 e n. 1708, confermate dal CGARS rispettivamente con le sentenze n. 663, n. 664, n. 665 e n. 666 del 2012, il TAR ha accolto le domande di declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dall'Assessorato regionale dell'energia in ordine alle richieste di autorizzazione unica, acclarando il superamento del termine massimo per la conclusione del procedimento, stabilito dall'art. 12 d.lgs. citato, senza che fosse stato adottato un provvedimento espresso sulle istanze. Il TAR ha stabilito l'obbligo della Regione Sicilia di pronunciarsi espressamente sulle istanze predette e stralciato il capo di domanda per il risarcimento del danno da mancato rilascio dell'autorizzazione entro il termine di conclusione del procedimento, con rimessione sul ruolo ordinario per la trattazione in pubblica udienza, ai sensi dell'art. 117, comma 6, c.p.a. Facevano seguito quattro sentenze del TAR Palermo, nn. 822/2012, 824/2012, 823/2012 e 825/2012, di accoglimento dei separati ricorsi per l'ottemperanza alle sentenze predette. Con tre decreti datati 18 febbraio 2013 sono state rilasciate alla società le autorizzazioni uniche per la realizzazione degli impianti fotovoltaici. In relazione al quarto impianto il procedimento avviato con l'istanza di autorizzazione unica si è arrestato in seguito al verbale e al parere negativo dell'Assessorato territorio e ambiente. A seguito di richiesta di riesame presentata dalla società ricorrente la conferenza di servizi è stata poi riconvocata con nota dell'Assessorato all'energia per addivenire – in seguito alla “modifica del progetto originario volta a eliminare le cause che hanno determinato l'iniziale incompatibilità ambientale” – al verbale positivo della conferenza di servizi. Con le sentenze (quasi) gemelle nn. 1182, 1183, 1184 e 1185 del 2014 il TAR ha dichiarato inammissibili le domande di risarcimento di cui ai quattro anzidetti ricorsi. Ciascuna delle sentenze predette è stata impugnata, per il medesimo ordine di ragioni, da parte della società soccombente. Il CGARS, riuniti i predetti ricorsi con ordinanze n. 901 del 2019 e n. 296 del 2020, ha disposto incumbenti istruttori (consulenza tecnica).

omissivo se, successivamente all'inerzia dell'Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determini la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'Amministrazione avesse ottemperato per tempo; b) se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana; c) in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all'interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (art. 1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (art. 1225 c.c.); d) in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura contrattuale della responsabilità, se deve o meno essere riconosciuta la responsabilità dell'Amministrazione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati; e) in via subordinata, in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità, se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la Pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento - per essa imprevedibile - rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81, comma 3, Cost.; f) sempre in via subordinata, in caso di risposta al quesito sub b) nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità se debba o meno essere riconosciuta, nel caso all'esame del Cga, la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati".

La prima questione attiene alla nozione di causalità materiale. Essa si pone nel solco della domanda di parte, nella quale il danno richiesto è inquadrato nella prospettiva dell'art. 2043 c.c., che si applica secondo le coordinate generalmente applicate dalla giurisprudenza amministrativa e le linee direttrici tracciate dalla giurisprudenza civile in ordine alla responsabilità aquiliana. Si anticipa che le successive questioni, subordinate alla prima, mirano ad una revisione critica del regime consolidato di scrutinio della responsabilità dell'Amministrazione in una duplice direzione: assimilazione della responsabilità dell'Amministrazione alla responsabilità contrattuale e apprezzamento del ruolo del rapporto di diritto pubblico sotteso alla nascita dell'obbligazione risarcitoria.

Nella dimensione generale della responsabilità della pubblica amministrazione, il nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo – cd. "causalità materiale" – consiste nel verificare se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. Il relativo giudizio attiene al nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento ed il contenuto del provvedimento stesso e – declinando il principio nella dimensione del danno da ritardo (v. note nn. 170 e 277) – al nesso fra l'inerzia dell'Amministrazione e la frustrazione di una situazione giuridica o interesse di natura pretensiva vantato dal privato (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210). Esaurito positivamente il vaglio sulla causalità materiale a fronte d'un evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta illecita, a sua volta l'obbligazione risarcitoria richiede, sul piano dimostrativo, l'allegazione e la prova delle conseguenze dannose, secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggiino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 cod. civ.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Si riassumono gli elementi di fatto rilevanti sul punto. La condotta (in tesi) causativa del danno è una condotta omissiva, il silenzio serbato dall'Amministrazione sulle istanze di autorizzazione unica presentate dal privato, indipendentemente dalla determinazione della data di presentazione delle medesime, che il CGARS,

Il giudizio relativo all'efficacia causale di una condotta omissiva postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto (Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2013, n. 1871)¹⁷⁸, nel caso di specie contenuto nell'art. 2 bis, comma 1, della l. n. 241 del 1990, e nell'individuazione del bene della vita lesa (qui realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile e accesso al regime incentivante): il "risarcimento del danno da ritardo o inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo; il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest'ultimo deve fornire la prova sia sull'*an* che sul *quantum*, deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all'adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell'amministrazione" (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210, cit.). In forza della teoria condizionalistica deve considerarsi causa ogni antecedente senza il quale il risultato non si sarebbe verificato, ciò sulla base del giudizio controfattuale (o contrario ai fatti), basato sul criterio del "più probabile che non". Espressione di tale giudizio è la "doppia formula" (positiva e negativa), da adattare alla causalità omissiva, che ne richiede l'applicazione "a rovescio", secondo la quale la condotta umana è causa dell'evento se senza di essa (*rectius*: "con la condotta obbligatoria") l'evento non si sarebbe verificato

come anticipato, si riserva di individuare a posteriori fra il 30 giugno 2009, il 29 luglio 2009 e il 26 luglio 2010. Il procedimento di autorizzazione unica avrebbe dovuto concludersi, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, entro 180 giorni dalla presentazione dell'istanza, quindi rispettivamente (tenuto conto della pluralità delle istanze presentate, siccome si è riferito in precedenza) il 31 dicembre 2009, la fine di febbraio 2010 e la fine di febbraio 2011. Una volta ottenuta l'autorizzazione unica la ricorrente, secondo quanto comprovato dalla parte e quanto attestato dal consulente d'ufficio, avrebbe completato l'impianto nei successivi sei mesi, quindi rispettivamente nei giorni 30 giugno 2010 (scenario 1), 30 aprile 2011 (scenario 2) e 30 aprile 2012 (scenario 3), potendo così accedere al secondo conto energia nei primi due scenari e al quarto conto energia nel terzo scenario. In seguito, sono intervenuti l'art. 65 del d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, che ha escluso, a decorrere dal 25 marzo 2012, gli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in area agricola, come quelli progettati nel caso di specie, dall'accesso agli incentivi statali per la produzione di energia elettrica da fonte fotovoltaica. In particolare, i commi 1 e 2 dell'appena richiamato art. 65 hanno disposto che agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole non è consentito l'accesso agli incentivi statali di cui al d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, a far data dal 25 marzo 2012, a meno che abbiano conseguito il titolo abilitativo entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge, a condizione in ogni caso che l'impianto entri in esercizio entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge. Anche il quinto conto energia, introdotto con d.m. 5 luglio 2012 e in vigore dal 27 agosto 2012, al quale il consulente d'ufficio ha ritenuto che la ricorrente difficilmente avrebbe potuto accedere, ha terminato di produrre effetti il 6 luglio 2013. Le autorizzazioni uniche sono state rilasciate il 18 febbraio 2013, rendendo quindi impossibile, per la ricorrente, accedere al regime incentivante, considerati i sei mesi necessari per realizzare gli impianti, e comportando la rinuncia all'intero progetto in ragione delle caratteristiche del settore di mercato che, secondo quanto affermato dal perito di parte e dal consulente d'ufficio, avrebbero reso la complessiva iniziativa imprenditoriale antieconomica in assenza di contribuzione pubblica. A tale ultimo proposito, il Collegio ritiene che gli esaustivi esiti della verifica abbiano dimostrato che la impossibilità dell'accesso al sistema incentivante rendesse antieconomico l'avvio del progetto imprenditoriale e che, pertanto la "rinuncia" della società appellante a proseguire nell'intrapresa economica non sia ascrivibile alla libera scelta della medesima, ma consegua – in termini materialistici – alla situazione venutasi a determinare. Posti gli elementi di fatto sopra riassunti, si tratta, innanzitutto, di verificare la sussistenza del nesso di causalità nel caso in esame.

¹⁷⁸ Con note di A. Palmieri, (*In tema di risarcimento del danno nel caso di disastro aereo*), in *Il Foro italiano*, 2013, 3, pt. 1, 836-838; M. M. Comenale Pinto, *Echi del disastro aereo di Ustica*, in *Giustizia civile*, 2013, 3-4, pt. 1, 585-586; M. Manetti, *Ancora sul disastro di Ustica: responsabilità omissiva, attività pericolosa e danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 7, 766-772; L. Castelli, *La responsabilità omissiva dello Stato per il disastro aereo di Ustica: riconosciuto il risarcimento anche ai parenti delle vittime*, in *Corriere giuridico*, 2013, 8-9, 1065-1071; D. Segatti, *L'onere della prova del nesso eziologico tra sinistro e condotta omissiva dell'organo preposto alla sicurezza del cielo*, in *Diritto dei trasporti*, 2015, 2, 475-480.

(formula positiva), mentre non può ritenersi causalmente rilevante quando, senza di essa (con essa), l'evento si sarebbe verificato ugualmente (formula negativa).¹⁷⁹

Ha chiarito, il CGARS, che in relazione alla prima questione si tratta di valutare se l'elemento sopravvenuto svolge una funzione causale rilevante nell'ambito del predetto giudizio di responsabilità, considerando il tema del concorso di cause o del nesso causale, che intercettano, con diversa terminologia, il medesimo problema, osservandolo in una diversa prospettiva *ex post* (con riguardo al concorso di cause) e *ex ante* (con riferimento all'interruzione del nesso di causalità). Ciò considerando la lesione posta alla base della domanda risarcitoria, che comprende il bene della vita della realizzazione degli impianti, con i conseguenti introiti, derivanti, in tesi, dagli incentivi e dagli introiti della vendita.

La teoria condizionalistica, richiamata dalla stessa Adunanza plenaria ai fini della valutazione del nesso di causalità (12 maggio 2017, n. 2)¹⁸⁰, non distingue fra le cause che determinano l'evento,

¹⁷⁹ A giudizio del CGARS si avverano entrambe le ipotesi: senza la condotta omissiva dell'Amministrazione (quindi con l'adozione del provvedimento autorizzatorio entro i termini di legge) la lesione al bene della vita di cui la ricorrente è titolare non si sarebbe verificata (formula positiva) e l'evento non si sarebbe verificato se si elimina idealmente il silenzio serbato dall'Ente per lungo tempo (formula negativa). Sulla base del giudizio controfattuale, la (teorica) sostituzione del comportamento corretto di adozione del provvedimento richiesto nel termine di legge alla condotta omissiva effettivamente tenuta avrebbe, pertanto, impedito il verificarsi dell'evento lesivo, inteso nel senso ampio sopra delineato. Se l'Amministrazione avesse autorizzato per tempo la ricorrente, detta società avrebbe, infatti, realizzato l'impianto secondo il giudizio del "più probabile che non" basato sugli elementi probatori raccolti, così accedendo agli introiti conseguenti (in tesi da incentivazione e da vendita). Nondimeno, pur in presenza della suddetta condotta omissiva, la lesione sarebbe stata prodotta nei confronti del solo bene tempo (leso dal ritardo) se la sopravvenienza normativa sopra citata (l'art. 65 del d.l. n. 1/2012) non avesse posto fine al regime contributivo pubblico e conseguentemente (in tesi) alla complessiva iniziativa imprenditoriale. Alla condotta dell'Amministrazione si affianca, pertanto, una causa successiva, da sola non sufficiente a produrre l'evento di danno nell'ampiezza configurata dalla ricorrente. Il Collegio sottopone alla plenaria, al riguardo, la seguente questione: "se il nesso di causalità della fattispecie risarcitoria di tipo omissivo sia interrotto o meno se, successivamente all'inerzia dell'Amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifica una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determina la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'Amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'Amministrazione avesse ottemperato per tempo".

¹⁸⁰ Con note di A. Travi, (*In tema di risarcimento del danno connesso all'impossibilità di esecuzione del giudicato*), in *Il Foro italiano*, 2017, 9, pt. 3, 448-454; E. D'Alessandro, (*In tema di revocazione del giudicato amministrativo*), *ibidem*, 2018, 2, pt. 3, 76-80; F. G. Scoca, *Impossibilità di esecuzione del giudicato e azioni conseguenti*, in *Corriere giuridico*, 2017, 10, 1257-1264; C. Commandatore, *L'ottemperanza per equivalente e la responsabilità indiretta della Pubblica Amministrazione ([The compliance for equivalent and the indirect responsibility of the Public Administration])*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 2, 572-581. La sentenza del massimo consesso della giustizia amministrativa in rassegna qualifica come obbligazione il dovere della pubblica amministrazione di dare esecuzione al giudicato che abbia riconosciuto la fondatezza del "bene della vita" preteso dal ricorrente. La sentenza si segnala per la ricostruzione della particolare natura e disciplina di tale obbligazione, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., e della conseguente responsabilità scaturente dal suo inadempimento ancorché non imputabile alla pubblica amministrazione. Le conclusioni dell'Adunanza plenaria appaiono consonanti con quelle della Corte di Giustizia in tema di responsabilità dello Stato per violazione della normativa sugli appalti pubblici, ma sembrano prospettare una forma di responsabilità dello Stato-Amministrazione per fatto dello Stato-Giudice. V. anche B. Ciferri, *Le sopravvenienze nel processo amministrativo. Riflessioni sulla natura "condizionata" del giudicato alla luce del giudizio sul rapporto*, in *GiustAmm.it*, 2018, 11, 20 (disponibile a: <https://www.giustamm.it/ga/id/2018/11/5822/d>). Lo studio affronta il tema dell'incidenza delle sopravvenienze di fatto e di diritto sul giudicato amministrativo. Le riflessioni muovono dall'analisi della nozione di giudicato amministrativo, rilevandone il peculiare significato rispetto alla corrispondente nozione civilistica. Ciò in quanto la sentenza del giudice amministrativo è destinata ad incidere su quella particolare situazione giuridica soggettiva rappresentata dal potere amministrativo, che solo in alcuni casi è disposto a sopportare vincoli. A ciò deve peraltro aggiungersi la natura impugnatrice che ha caratterizzato, fino a tempi recenti, il giudizio di fronte al g.a. Di qui la difficoltà di predicare l'intangibilità del giudicato amministrativo, tanto che la dottrina tradizionale ha definito il precetto racchiuso nel giudicato di annullamento quale regola "condizionata" al

potendo espandersi potenzialmente senza limiti. La giurisprudenza ha quindi introdotto meccanismi correttivi volti a porre un freno alla forza espansiva della teoria condizionalistica, specie nel caso in cui il decorso causale vede la presenza, come nel caso di specie, di concause (comunque sempre nella prospettiva della causa interruttiva del nesso di causalità, mentre risulta meno esplorata, almeno a livello giurisprudenziale, la possibilità che l'evento sopravvenuto spieghi efficacia riduttiva del danno). Considerato che "i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza" (Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581)¹⁸¹, è stato elaborato un procedimento per l'accertamento del nesso causale che si articola in due fasi. Nella prima si individuano, mediante la teoria della *conditio sine qua non*, tutte le cause di un determinato evento. Nella seconda fase si provvede a circoscrivere di esse la possibile responsabilità dello stesso. In ordine al criterio da utilizzare ai fini della limitazione del nesso causale sono state elaborate varie teorie, la più utilizzata delle quali risulta essere quella della causalità adeguata o regolarità causale. La teoria della causalità adeguata consiste in un'elaborazione per cui non ogni antecedente storico dell'evento ne rappresenta la causa, ma solo quello rispetto al quale l'evento, sulla base di un giudizio *ex ante* e in astratto, ne costituisca uno sviluppo adeguato, oggettivamente probabile, normale, o secondo alcuni solo possibile, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. Secondo la diversa teoria della causalità umana il nesso di causalità tra la condotta e l'evento sussiste in presenza di due elementi, uno positivo ed uno negativo: quello positivo è che la condotta costituisca *conditio sine qua non* dell'evento; quello negativo che l'evento stesso non sia dovuto all'intervento di fattori eccezionali. La premessa da cui muove la teoria in esame è che esiste una "sfera di signoria" in cui l'uomo può dominare gli accadimenti in virtù dei suoi poteri conoscitivi e volitivi. Solo i risultati che rientrano nella sfera di controllo del soggetto possono dirsi da lui causati, mentre non possono esserlo quelli che, al contrario, sfuggono al suo potere di dominio. In base alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, la condotta umana può considerarsi causa dell'evento quando, oltre a costituire condizione dello stesso, crei o aumenti un rischio non consentito dall'ordinamento (teoria dell'aumento del rischio), ovvero, secondo altro angolo visuale, abbia determinato un evento che costituisca concretizzazione dello specifico rischio che la norma incriminatrice mirava a prevenire (teoria dello scopo della norma violata).

sopraggiungere di mutamenti di fatto o di diritto. La recente evoluzione dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto impugnato al rapporto intersoggettivo controverso, nonché la proliferazione delle azioni esperibili, segnano tuttavia un importante ampliamento dell'oggetto del giudicato amministrativo, giustificando un rinnovato interesse verso la tematica della sua intensità e della sua capacità di resistenza a fronte delle circostanze ad esso sopravvenute. La complessità del fenomeno non consente di fornire una risposta unitaria, dovendosi prendere in considerazione una pluralità di fattori quali la natura del potere sotteso all'accertamento giudiziale nonché l'eterogeneità delle circostanze sopravvenute. Tuttavia, anche nel mutato quadro processuale, nella quasi totalità delle ipotesi contemplate nel panorama giurisprudenziale emerge la perdurante difficoltà di predicare l'intangibilità del giudicato amministrativo. Ne consegue che l'esercizio del potere finisce costantemente col prevalere sulla certezza del diritto, sull'affidamento del singolo nonché sull'effettività della tutela giurisdizionale, compromettendo la funzione stessa del processo amministrativo, nonostante l'indubbia evoluzione da quest'ultimo subita negli ultimi anni.

¹⁸¹ Con note di L. Viola, *La nuova responsabilità civile lungolatente. Commento a margine delle Sezioni Unite 581/2008*, in *Vita notarile*, 2008, 2, pt. 1, 839-858; Id., *La nuova responsabilità civile lungolatente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U. n. 581/2008*, in *La Responsabilità Civile*, 2008, 4, 367-370; C. Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, *ibidem*, 12, 993-999; F. Greco, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4, 841-848; A. Querci, *La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 5, pt. 1, 635-642; F. Martini, *Si allungano i tempi della prescrizione per le richieste di risarcimento danni*, in *Guida al Diritto*, 2008, 6, 32-37; R. Simone, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 10, 1022-1029; S. Oliari, *"Debito di sangue": danno da emotrasfusione e prescrizione*, *ibidem*, 2009, 6, 672-678.

Ha inoltre affermato, il CGARS, che qualora l'Adunanza plenaria ritenga che la sopravvenienza normativa non interrompa il nesso di causalità materiale fra condotta omissiva colposa dell'Amministrazione ed evento di danno nei termini prospettati dalla ricorrente, neppure si può affermare, quanto alla causalità giuridica, che la sopravvenuta normativa interrompa il nesso fra evento lesivo e conseguenze dannose. Il CGARS ha quindi illustrato le conseguenze che derivano sulla concreta modalità di valutazione della responsabilità dell'Amministrazione in ragione dell'assimilazione di quest'ultima alla responsabilità contrattuale e della dinamica derivante dalle particolarità del rapporto di diritto pubblico.

Innanzitutto si elencano gli aspetti di sostanziale continuità (rispetto al regime concretamente applicato dalla giurisprudenza) circa i requisiti della fattispecie risarcitoria: a) la prova della condotta *non iure*, del *contra ius* e del nesso di causalità è resa con la modalità sopra illustrate, che non differiscono in modo sostanziale dagli oneri di allegazione e di prova che si richiedono al contraente che vuole far valere in giudizio l'inadempimento della controparte, allegando l'inadempimento e il provvedimento positivo o l'inadempimento e i motivi di fondatezza della domanda o i motivi di illegittimità del provvedimento; b) l'elemento soggettivo è presunto in forza dell'illegittimità del provvedimento adottato o del comportamento omissivo tenuto, con un meccanismo di inversione dell'onere della prova che non differisce, quanto alla concreta operatività, dal sistema di ascrizione della responsabilità contrattuale delineato dall'art. 1218 c.c.; c) deve essere provato il danno sia in punto di *an* che di *quantum*, così come avviene per entrambe le tipologie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, con le peculiarità già evidenziate che derivano più dalla situazione giuridica lesa che dalla natura della responsabilità; d) in punto di limiti temporali di esercizio dell'azione risarcitoria si applica (si applica comunque, indipendentemente dalla natura della responsabilità dell'Amministrazione) il regime speciale contenuto nel codice del processo amministrativo, in particolare il termine di decadenza indicato nell'art. 30, commi 3, 4 e 5, c.p.a., con regime temporale reputato legittimo dalla Corte costituzionale (sentenza 4 maggio 2017, n. 94)¹⁸²;

¹⁸² Con note di A. Marra, *Termine di decadenza e azione di condanna risarcitoria. Nota a C. cost., 4 maggio 2017, n. 94* ([*Time limit and action for damages. Note to C. cost., May 4, 2017, no. 94*]), in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2018, 3, 1077-1101; F. Cortese, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 5, 662-668; S. Foà, *Interesse legittimo "disomogeneo" rispetto al diritto soggettivo: ragionevole il termine decadenziale per l'azione risarcitoria* ([*"Dishomogeneous" legitimate interest in relation to subjective law: reasonable decadential term for the damages action*]), in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 5, 1583-1595; Id., *Risarcimento degli interessi legittimi e termine decadenziale. La lettura italiana del principio di effettività della tutela*, in *federalismi.it*, 2017, 18, 20; A. Saporito, *Il principio di effettività della tutela e l'azione di risarcimento nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2017*, *ibidem*, 2018, 10, 23; F. F. Pagano, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo* ([*The constitutional principle of the effectiveness of judicial protection regarding the term of failing in order to propose the autonomous action of condemnation*]), in *GiustAmm.it*, 2017, 7, 13, e in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 2, 12; G. Coccozza, *Giudice amministrativo e Corte Costituzionale a confronto sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 c.p.a.*, in *GiustAmm.it*, 2017, 8, 12. V. anche gli atti dell'incontro di studio sulla sentenza della Corte costituzionale 4 maggio 2017, n. 94 (Foggia, 12 giugno 2017 e 14 settembre 2017), in *GiustAmm.it*, 2017, 9; E. Follieri, *Introduzione*; C. Boscia, *L'irragionevolezza del termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a.*; A. L. Di Stefano, *Il giusto processo a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*; A. Fabri, *La ragionevolezza del termine di decadenza per la proposizione della domanda risarcitoria*; V. Fanti, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo sotto il profilo dell'integrità patrimoniale lesa*; F. Forte, *Il breve termine di decadenza ex art. 30, co. 3, c.p.a. [codice del processo amministrativo] al vaglio della corte costituzionale. Compatibilità con il principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale*; G. Gallone, *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: "il re è nudo"*; M. Trimarchi, *L'(ir)ragionevolezza dell'art. 30, comma 3, c.p.a. nella sentenza della Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94*; G. Urbano, *Il principio di eguaglianza tra interesse legittimo e diritto soggettivo. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*; M. Ippolito, *L'influenza dell'art. 6 Cedu nell'ordinamento nazionale: si gettano le basi per garantire un giusto processo amministrativo*; V. Pavone, *L'azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a.: la dimensione costituzionale della disuguaglianza temporale*; R. Russo, *Generalità ed effettività della tutela nella sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017*.

senonché le domande risarcitorie pendenti che ricadono nella precedente disciplina (Ad. plen. 6 luglio 2015, n. 6) ricadono nel regime prescrizione delle obbligazioni da contratto.¹⁸³

Le novità che derivano dalla considerazione attribuita al rapporto di diritto pubblico nell'ambito della nascita e configurazione dell'obbligazione risarcitoria attengono al rigoroso scrutinio richiesto al fine di valutare il danno evento e il danno conseguenza (nei termini sopra illustrati). Le novità che derivano dalla qualificazione della responsabilità in termini di responsabilità contrattuale attengono alla costituzione in mora (in caso di inadempimento di obbligazioni derivanti da fatto illecito la mora è *ex re*, mentre nel caso si qualifichi la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interesse legittimo quale responsabilità contrattuale viene meno tale conseguenza automatica) e all'applicabilità del canone della prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), nel senso che, in caso di colpa, è risarcibile soltanto il danno prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione. Conclusivamente, si poneva all'Adunanza plenaria la seguente, seconda, questione: se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (o, ed è quel che più rileva nel caso di specie, da inerzia e/o ritardo) non debba essere ricondotto al disposto di cui all'art. 1218 c.c. In tal caso si chiede (terza questione) all'Adunanza plenaria di stabilire se la sopravvenienza normativa occorsa intervenga, all'interno della fattispecie risarcitoria, in punto di quantificazione del danno (art. 1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (art. 1225 c.c.).

La quarta questione aveva riguardo anch'essa al danno conseguenza, così come sopra inquadrato, considerando se la particolare natura della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, che si assume lesa, nei termini anzidetti, dalla condotta dell'Amministrazione, impedisca il risarcimento dei danni afferenti alle libere scelte imprenditoriali, anche se è provato che le conseguenze dannose prodotte sul versante imprenditoriale abbiano quale fonte la condotta dell'Ente.

La quinta e la sesta questione venivano formulate in via subordinata, per il caso in cui l'Adunanza plenaria ritenga che la responsabilità dell'Amministrazione non possa essere qualificata in termini di responsabilità contrattuale, e riguarda la valorizzazione di quanto appena sopra esposto in relazione alla quantificazione del danno quale conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.). Con la quinta questione si chiedeva, per le stesse motivazioni addotte sopra in riferimento alla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione come responsabilità contrattuale (terza questione), se la determinazione del danno conseguenza escluda, per le ragioni sopra addotte, i danni prodotti dopo la sopravvenienza normativa. Si aggiunge che, posto che l'interesse pretensivo assai di frequente viene soddisfatto attraverso l'adozione di provvedimenti a contenuto durevole nel tempo, ad avviso del CGARS vi sarebbe da dubitare della compatibilità costituzionale di un simile quadro, sotto il profilo dell'art. 81, comma 3, Cost.: un'azione risarcitoria svincolata dal parametro del danno prevedibile comporterebbe un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica. Posto che è patrimonio acquisito quello secondo il quale "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (Corte cost., sentenza 22 ottobre 1996, n. 356, e ordinanza 19 giugno 2019, n. 151),

¹⁸³ Il termine decadenziale di 120 giorni previsto, per la domanda di risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, non è applicabile ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore del c.p.a., per i quali, pertanto, vige quello di prescrizione. Tale soluzione è confermata dal disposto dell'art. 2 dell'Allegato 3 al codice, secondo cui "per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti". La soluzione che estende la decadenza ai fatti storici anteriori, ancorandone la decorrenza dalla data di entrata in vigore del codice, porterebbe a una conseguenza illogica e distonica rispetto alla *ratio* che anima il citato art. 2, facendo sì che una precedente situazione giuridica soggettiva soggiaccia a un termine di decadenza, *ex post* introdotto, con conseguente indebita applicazione retroattiva, anche sul piano sostanziale, dell'innovativa disciplina processuale del codice. Cfr. C. Mucio, *Termine di decadenza per il risarcimento di illeciti anteriori alla riforma*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 12, 1305-1313; A. Travi, (*In tema di tutela risarcitoria dei danni a interessi legittimi*), in *Il Foro italiano*, 2015, 10, pt. 3, 503-504; S. Amato, *Le azioni risarcitorie proposte anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *GiustAmm.it*, 2015, 12, 4.

si sottoponeva pertanto all'Adunanza plenaria la seguente questione: *“se in ipotesi di responsabilità colposa da lesione dell'interesse legittimo pretensivo integrata nel paradigma normativo di cui all'art. 2043 c.c. la pubblica amministrazione sia tenuta a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento – per essa imprevedibile – rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81 terzo comma Cost.”*. Con la sesta questione si chiedeva, per le stesse motivazioni addotte in riferimento alla qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione come responsabilità contrattuale (quarta questione), *“se debba o meno essere riconosciuta la responsabilità della Regione per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati”*.

In seguito alla decisione dell'Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7)¹⁸⁴, rimane valida la ricostruzione ermeneutica effettuata dalle Sezioni Unite, con sentenza n. 500/1999, ancorché tale interpretazione sia già messa in crisi dal portato europeo in materia di procedure ad evidenza pubblica.

L'Adunanza plenaria, pronunciandosi sulle ridette questioni legate alla responsabilità della p.a. per inerzia o ritardo in caso di sopravvenienza normativa che impedisce al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, ha ribadito che:

- *“La responsabilità della Pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento – i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ., e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.”;*

- *“Con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza disposizioni su incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili che non sono stati erogati a seguito di una sopravvenienza normativa, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del procedimento autorizzativo ex art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati; con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi; in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione”*.

¹⁸⁴ Cfr. F. Idone, *Responsabilità della Pa per danno da ritardo: la decisione della Plenaria* - Il privato ha diritto al risarcimento in caso di ritardo o inerzia se la sopravvenienza normativa gli impedisce di realizzare il progetto (C. Stato, Ad. Plenaria n. 7/2021), pubblicato in *Altalex* il 10/05/2021.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che la responsabilità in cui incorre l'Amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della "prestazione" cui il debitore è obbligato in base al contratto. Un vincolo obbligatorio di analoga portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'Amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'Amministrazione nell'esercizio della sua funzione. In questo caso quindi è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all'Amministrazione – rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato – bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza. Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di "contatto sociale", in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del "rapporto amministrativo", la relazione tra privato e Amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria.

Nel descritto paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l'interesse legittimo è quello dell'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo. Tra le forme di tutela ulteriori rispetto a quella di annullamento, già prima della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha assunto un ruolo di rilievo la tutela risarcitoria, ammessa anche nei confronti del potere pubblico, originariamente sulla base di normative di carattere settoriale – e segnatamente nelle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142); in materia edilizia, per il danno da ritardato rilascio del titolo a costruire (art. 4 d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito in l. 4 dicembre 1993, n. 493, come successivamente modificato) – poi seguite dalle disposizioni a carattere generale contenute dapprima nel d.lgs. n. 80 del 1998 (*in parte qua* non dichiarate incostituzionali) e nella l. n. 205 del 2000, e poi nel codice del processo amministrativo. È stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente "rimediatale", e cioè come "*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*" (Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2004, n. 204, § 3.4.1), in quanto tale attribuito al "*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*" (Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191, § 4.3). L'assetto ora descritto ha trovato una definitiva sistemazione con il codice del processo amministrativo. La "*tutela piena ed effettiva*" da esso delineata (art. 1 sopra citato) si attua con la concentrazione presso il giudice amministrativo di "*ogni forma di tutela degli interessi legittimi*" (art. 7, comma 7), e la devoluzione ad esso delle controversie "*relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*" (art. 7, comma 4).

Elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ora richiamato è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui, come esattamente sottolineava il giudice rimettente, la valutazione sull'ingiustizia del danno è assorbita dalla violazione della regola contrattuale.

Declinata nel settore relativo al "*risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*", di cui al sopra citato art. 7, comma 4, c.p.a., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della

vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti, diversamente da quanto avviene nel settore della responsabilità contrattuale, il cui aspetto programmatico è costituito dal *rapporto giuridico* regolato bilateralmente dalle parti mediante l'incontro delle loro volontà concretizzato con la stipula del *contratto-fatto storico*, il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'Amministrazione.

Depongono, infine, nel senso della riconducibilità del danno per lesione di interessi legittimi al modello della responsabilità per fatto illecito, anche indici normativi di univoca portata testuale. In particolare, i sopra citati commi 2 e 4 dell'art. 30 c.p.a., rispettivamente fanno riferimento al "*danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*", e al "*danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*". Con specifico riguardo alle "*(c)onsequenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*", l'art. 2-bis, comma 1, l. n. 241 del 1990 prevede, quindi, che i soggetti pubblici e privati tenuti ad agire secondo le regole del procedimento amministrativo "*sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, c.p.a., laddove si accerti "*che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno*" (così la sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, § 7.2.2).¹⁸⁵ In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedimentali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggano il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità.

La necessità che nell'esame della domanda di risarcimento dei danni da illegittimo o mancato esercizio della funzione pubblica sia in ogni caso valutata la condotta del privato costituisce un profilo di peculiarità della responsabilità dell'Amministrazione rispetto al modello di riferimento costituito dalla fattispecie generale dell'illecito civile prevista dall'art. 2043 cod. civ., in considerazione della complessa evoluzione che nel tempo, a partire dalla teorica del procedimento amministrativo, hanno subito i rapporti tra amministrazione e privato in termini di partecipazione per quest'ultimo e di

¹⁸⁵ Con note di C. E. Gallo, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 694-700; A. Di Mario, *Rebus ammissibilità per l'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, 2011, 9, 87-89; F. Cortese, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 962-973; C. Lamberti, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 10, 995-1003; F. Gaffuri, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 1-2, 217-250. Per la prima volta in seguito all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si esprime sul regime processuale e sostanziale dell'azione per il risarcimento degli interessi legittimi (art. 30), chiarendone l'autonomia rispetto al rimedio impugnatorio ed illustrando le possibili relazioni tra la proposizione della domanda risarcitoria e l'omissione dell'azione costitutiva. In particolare, per i giudici di Palazzo Spada, la disposizione di cui all'art. 30, comma 3, secondo periodo, del codice di rito deve interpretarsi coerentemente con quanto desumibile dall'art. 1227, comma 2, c.c.: la mancata impugnazione del provvedimento che si asserisce lesivo può concretamente valutarsi, di volta in volta, come comportamento contrario a buona fede, il cui accertamento, quindi, può escludere o limitare il risarcimento del danno laddove il giudice verifichi direttamente, secondo un giudizio probabilistico, che la promozione della tutela specifica o l'attivazione di qualsiasi altro rimedio giustiziale o in autotutela avrebbe potuto evitare o mitigare il pregiudizio effettivamente subito.

attenuazione della posizione di supremazia dell'amministrazione nell'esercizio della funzione; con conseguenti oneri.

Tuttavia, l'onere di cooperazione in parola può essere ricondotto allo schema di carattere generale del "(c) *oncorso del fatto colposo del creditore*" previsto dall'art. 1227 cod. civ., richiamato dall'art. 2056 cod. civ. per la responsabilità da fatto illecito, e più precisamente nell'ipotesi del secondo comma (evocativo di un principio di causalità giuridica, a differenza del primo comma che disciplina il nesso di causalità materiale condotta-evento), per la quale il risarcimento "*non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*".

Ricondotta la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* positivizzato nell'art. 2043 cod. civ., deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità.

Assume invece un ruolo centrale l'art. 1223 cod. civ., anch'esso richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) "*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*". Ha chiarito, l'Alto consesso, che la questione controversa e rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa in sede nomofilattica attiene al rapporto di causalità giuridica tra evento lesivo e danno-conseguenza. La questione si sostanzia nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o – espresso in altri termini – di configurare il ritardo dell'Amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.

La questione richiede di precisare innanzitutto che, nell'ambito della dicotomia danno emergente-lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., il mancato accesso al regime tariffario incentivante si colloca nel secondo concetto, come peraltro precisato dallo stesso giudice rimettente. Ciò precisato, l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della *chance* (v. *infra*), considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile – morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa) – purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente.

Tali considerazioni appaiono particolarmente pertinenti nel presente giudizio – e in quelli simili – in cui l'utilità conseguibile con l'originaria istanza di autorizzazione deriva non soltanto dal concreto auspicato svolgimento dell'attività conseguente all'autorizzazione, ma anche e soprattutto dai benefici conseguenti a una diversa e ulteriore previsione normativa, la cui applicazione è devoluta a

una diversa Amministrazione, competente a verificare la spettanza dei benefici nell'ambito di un diverso procedimento. In ragione di ciò il giudice rimettente dovrà valutare ogni elemento rilevante nella presente fattispecie, tra cui il fatto che, rispetto al procedimento di autorizzazione a costruire e gestire impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, l'accesso alle agevolazioni tariffarie è oggetto di un procedimento amministrativo ulteriore, regolato dai vari "conti energia" in ipotesi applicabili, onde la necessità di svolgere una prognosi sul possibile esito di quest'ultimo.

Posta questa premessa, con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'"*equo apprezzamento delle circostanze del caso*" la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). La liquidazione equitativa assume una centrale rilevanza, sul piano tecnico, in tema di quantificazione di danni che si proiettano nel futuro e che non sono determinabili con la certezza propria di quelli verificabili sul piano storico, come invece nel caso del danno emergente. Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico, possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione. E ciò perché l'attività non è stata svolta, il correlato procedimento inerente alla sussistenza dei requisiti non ha avuto seguito, e, più in generale, non può darsi per verificato un evento – l'avvio e lo svolgimento per tutta la durata prevista dell'attività di impresa in regime di incentivo – che non si è verificato e che avrebbe potuto essere soggetto a qualsiasi sopravvenienza anche di fatto nel corso dell'attività di impresa.

In questo ambito, fermo l'onere di allegazione e prova del danneggiato (artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a.), anche mediante presunzioni, e l'eventuale espletamento di una consulenza tecnica di ufficio – nel caso in esame già disposta dal giudice rimettente – sulla questione propriamente giuridica del rilievo causale attribuibile alla sopravvenienza normativa deve ribadirsi che essa opera nella fattispecie controversa non già come fatto imprevedibile ex art. 1225 cod. civ. – rilevante se la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione da interessi legittimi fosse inquadrabile nella responsabilità contrattuale, *quod non* come in precedenza chiarito – ma, in ipotesi, come fattore causale autonomo ed in grado di escludere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime tariffario incentivante.

Occorre in altri termini valutare come operi la sopravvenienza normativa nella sequenza causale produttiva del danno, sul piano – di cui si discorre – della consequenzialità "immediata e diretta". Sul punto l'Adunanza plenaria ha ritenuto che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi – ritardo dell'Amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi – non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili. Lungi dal porsi come mera "occasione" del pregiudizio, il ritardo ne è stata la causa. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre invece stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'Amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi. L'imputabilità del danno all'Amministrazione regionale è coerente con le funzioni della responsabilità civile ulteriori rispetto a quella tipica di reintegrazione della sfera giuridica patrimoniale contro ingiuste lesioni causate da terzi e cioè la funzione dissuasiva, di matrice soggettiva e di più antica concezione, che, in coerenza con il precetto fondamentale del *neminem laedere* e il fondamento etico e di convivenza civile del

rimedio risarcitorio, milita nel senso di addossare all'autore di condotte colpose ingiustamente lesive di altrui interessi patrimoniali le relative conseguenze; la più moderna funzione di equa ripartizione dei rischi connessi ad attività lecite ma potenzialmente pregiudizievoli per i terzi (su cui pertinenti considerazioni sono state svolte dal giudice rimettente alle teorie dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata), che invece giustifica sul piano oggettivo che le conseguenze economiche sfavorevoli per questi ultimi siano comunque accollate alle medesime attività, quale poste passive ad essa inerenti, secondo il principio *cuius commoda eius et incommoda*.

Nel caso di specie, l'applicazione del criterio della consequenzialità immediata e diretta enunciato dall'art. 1223 cod. civ. secondo le funzioni ora espresse risulta inoltre coerente con gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con la previsione di termini massimi ai sensi dell'art. 2 l. n. 241 del 1990; per cui, se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l'imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l'ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera – alle condizioni sopra delineate – una responsabilità in capo all'Amministrazione coerente con la funzione del termine del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato. Nel settore della realizzazione degli impianti in questione, poi, a tali considerazioni di ordine generale si aggiunga che il regime incentivante connesso al ricorso a fonti rinnovabili di produzione energetica fa assurgere l'investimento privato a fattore chiave, destinato a ricevere tutela secondo le descritte norme di azione dei pubblici poteri principalmente attraverso la definizione di tempi certi per il rilascio dei necessari titoli autorizzativi.¹⁸⁶ Il corollario processuale del quadro normativo così tracciato è che in un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, contraddistinto dalla pluralità di rimedi a disposizione del privato contro l'inerzia dell'Amministrazione, quest'ultima sottostà sul piano risarcitorio alla mancata realizzazione degli investimenti nel settore quando questi siano causati dal suo comportamento antiggiuridico. In coerenza con la funzione dissuasiva e di equa ripartizione dei rischi tipica del rimedio risarcitorio, e delle regole operative sulla delimitazione dei pregiudizi risarcibili, sopra esaminate, il mutamento normativo, espressivo di un mutato indirizzo legislativo rispetto all'intervento economico pubblico in funzione agevolativa degli investimenti privati, deve pertanto essere considerato un rischio imputabile all'amministrazione quando la sopravvenienza normativa non avrebbe avuto rilievo se i tempi del procedimento autorizzativo fossero stati rispettati.

4.3 - Sulla responsabilità nell'ambito di una gara pubblica

Quanto alla sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale, ai sensi degli artt. 2043 e seguenti del codice civile, va osservato, in primo luogo che, per il caso di responsabilità risarcitoria correlata alla mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, trova applicazione il principio, comunitario e nazionale, che esclude la rilevanza, in simili casi, dell'elemento soggettivo dell'illecito, configurando una responsabilità di natura oggettiva (cfr. CGUE, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Strabag e a.*¹⁸⁷, ECLI:EU:C:2010:567, che ribadisce principi già affermati da CGUE

¹⁸⁶ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Rinnovo delle concessioni idroelettriche tra modelli gestionali e quadro normativo statale e delle autonomie speciali* - Relazione al Convegno "Modelli di gestione delle risorse naturali, il caso dell'acqua nelle aree montane, profili economici, giuridici e di responsabilità" - 14 giugno 2019 (Università di Trento), pubblicata col titolo *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche tra modelli e regole statali, regionali e delle autonomie speciali*, in G. Gios e M. Cozzio (a cura di), *La gestione della risorsa acqua nelle aree montane - Profili economici e giuridici rilevanti in tema di concessioni idroelettriche*, Trento, 2020, 93; sia inoltre consentito rinviare a M. Ceruti, *La nuova legge n. 5/2020 sulle grandi concessioni idroelettriche in Lombardia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 5, 687. Da ultimo, vedasi D. Passigli, *L'affidamento delle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico può avvenire unicamente o con gara, o con società partecipate con socio privato scelto con gara o, fine, con partenariato pubblico-privato* - Breve commento a sentenza 25 maggio 2021, n. 14322 delle sezioni unite della Cassazione Civile, in www.appaltiecontratti.it, 3 giugno 2021.

¹⁸⁷ Con note di L. Guffanti Pesenti, (*Sull'aggiudicazione di un appalto pubblico*), in *Europa e diritto privato*, 2011, 1, 313-317; E. M. Barbieri, *Sulla inutile ricerca della colpa della pubblica amministrazione in caso di lesione di interessi legittimi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 5, 1083-1092; S. Cimini, *La*

14 ottobre 2004, C-275/03, *Commissione/Portogallo*, ECLI:EU:C:2004:632; nonché tra le tante: Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482; Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966; Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; Sez. IV, 04 settembre 2013, n. 4439), sicché non si impone alcuna verifica in ordine alla sussistenza del dolo o della colpa in capo all'Amministrazione.¹⁸⁸

Nel caso *de quo*, senza voler prendere posizione a favore di uno specifico filone giurisprudenziale circa la gravità della colpa dell'Amministrazione in assenza di qualsivoglia particolare complessità, occorre concludere che il provvedimento illegittimo fonda l'obbligo risarcitorio della pubblica amministrazione ove siano integrati anche gli ulteriori requisiti dell'illecito provvedimentale.¹⁸⁹ Tuttavia, è necessario sottolineare che per la parte ricorrente l'interesse strumentale è volto alla riedizione della gara, mentre l'interesse finale mira all'aggiudicazione della stessa.

Ravvisati tutti gli elementi necessari alla configurazione dell'illecito provvedimentale, deve riconoscersi la legittimità della richiesta di risarcimento (in forma specifica o per equivalente) del danno subito dalla ricorrente. La semplice sussistenza di un illecito provvedimentale non può considerarsi condizione sufficiente per l'ottenimento del risarcimento per equivalente. Il ristoro per equivalente, dunque, si pone solo come alternativa rispetto al risarcimento in forma specifica (eliminazione del provvedimento in autotutela o per via giudiziale).¹⁹⁰

colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della p.a.?, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 3, 664-674; C. Feliziani, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Il Foro amministrativo C.d.S.*, 2011, 10, 3015-3044; R. Giovagnoli, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 4, 403-411; E. Santoro, *Il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima prescinde dall'accertamento della colpa? Riflessioni alla luce della giurisprudenza europea e del Codice del processo amministrativo (The damages award from unlawful irrespective of the question of guilt? Reflections in the light of European case law and the Code of administrative process)*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2011, 2, 679-705, e G. Veltri, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza [The parable of guilt in case of liability from unlawful action: reflections following the process code and recent jurisprudence]*, *ibidem*, 2010, 12, 4106-4120.

¹⁸⁸ In materia di gare pubbliche, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno non richiede la prova della colpa. L'art. 124 c.p.a. introduce infatti un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che deve essere applicata a tutto il campo dei contratti pubblici, in base al principio comunitario di effettività della tutela. Come riconosciuto dalla Corte di giustizia UE (sentenze 5 marzo 1996, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, 14 ottobre 2004, C-275/03; 30 settembre 2010, C-314/09), contrastano con tale principio sia l'inversione dell'onere della prova circa la sussistenza dell'elemento soggettivo, sia la presunzione relativa di colpevolezza a carico dell'Amministrazione: in tale ultima ipotesi, in particolare, permarrebbe comunque il rischio che il ricorrente pregiudicato si veda negare il diritto al risarcimento del danno, laddove l'Amministrazione vinca la presunzione di colpevolezza a proprio carico. Su queste rinnovate basi dogmatiche e interpretative, il Consiglio di Stato, consolidando un orientamento giurisprudenziale non univoco (si vedano, in senso contrario, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14; TAR Lombardia – Brescia, 5 giugno 2012, n. 1005), giunge così ad affermare il diritto al risarcimento sulla base della prova del solo danno ingiusto subito da un'impresa illegittimamente pretermessa in sede di aggiudicazione. In senso conforme, Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 20 aprile 2012 n. 2317; Cons. Stato, Sez. V, n. 285 del 2015; Cons. Stato, n. 2111 del 2016; TAR Sicilia (Catania) del 18 settembre 2017, n. 2173.

Si rinvia alla rassegna monotematica di giurisprudenza "Il risarcimento del danno in materia di appalti pubblici" aggiornata al 31/12/2018 a cura di V. Neri, Consiglio di Stato – Ufficio Studi, massimario e formazione (www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/IL-RISARCIMENTO-DEL-DANNO-IN-MATERIA-DI-APPALTI-PUBBLICI.pdf), nonché a M. L. Maddalena, *Legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance* (nota a TAR Pescara, 30 giugno 2006, n. 367), in *Urbanistica e appalti*, 2006, 12, 1474-1479, e A. Cozzi, *Appalto – Risarcimento del danno* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 195), in *Studium iuris*, 2008, 7-8, 886.

¹⁸⁹ Cfr. D. Vaiano, *Quando arrivò non piacque: il danno da "lesione di interessi pretensivi" e la rete di contenimento giurisprudenziale* (Intervento svolto nelle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli, sul tema "L'azione risarcitoria nel processo amministrativo", Siena, Certosa di Pontignano, 20-21 giugno 2003), in *Diritto amministrativo*, 2004, 2, 231-295.

¹⁹⁰ Cfr. A. Nervi, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Europa e Diritto Privato*, 2019, 4, 923.

Ne deriva che, in caso di corretta assegnazione dei punteggi, se la ricorrente non avrebbe ottenuto l'aggiudicazione del contratto, ciò rileva sia ai fini della prova di resistenza e, quindi, dell'esistenza di un suo interesse concreto ed attuale sotteso alla contestazione effettuata, sia per la dimostrazione del carattere satisfattivo della doglianza medesima, sia, infine, per la verifica dell'effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione qualora la stazione appaltante non fosse incorsa nelle illegittimità contestate.

A seconda delle predette variabili, il risultato assume contorni molto diversi.

A riprova di quanto appena rilevato, pare utile rammentare la *querelle* relativa al risarcimento del danno in caso di affidamento diretto del contratto.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118¹⁹¹, ha rimesso all'Adunanza plenaria la spettanza del risarcimento del danno in caso di aggiudicazione dell'appalto senza gara.¹⁹² Ha ricordato, l'Alto consesso, che la giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che la domanda risarcitoria va respinta, una volta accertata la legittimità dell'atto impugnato, perché diviene carente il requisito dell'ingiustizia del danno, essenziale per integrare la fattispecie di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. Se ne desume, *a contrario*, che, una volta accertata l'illegittimità dell'atto, non resta possibile per l'Amministrazione sottrarsi all'addebito di responsabilità civile invocando asserite alternative provvedimenti; tanto meno quando queste possano configurare ulteriori ragioni di illegittimità del medesimo atto. Infatti, in questa ipotesi si opererebbe una scissione nel rapporto di necessaria consequenzialità tra il giudizio di legittimità sul provvedimento amministrativo oggetto della domanda di annullamento e il rimedio del risarcimento del danno "per lesione di interessi legittimi", la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (art. 7, comma 4, c.p.a.). Sul punto si registra un contrasto tra pronunce aderenti alla teoria della *chance ontologica* e quelle che invece optano per la *chance eziologica*.¹⁹³

Alcune decisioni (Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450; 8 aprile 2014, n. 1672, 2 novembre 2011, n. 5837) hanno riconosciuto in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto

¹⁹¹ In *Foro amm.*, 2018, 1, 13; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1614, con nota di P. Patrito, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici ([The loss of chance in the public contracts law])*, *ibidem*, 1620-1635; in *Urb. e appalti*, 2018, 351, con nota di L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'adunanza plenaria*, *ibidem*, 360-372; e in *Giur. it.*, 2018, 1173, con nota di I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, *ibidem*, 1173-1179.

¹⁹² "In materia di responsabilità civile, in particolare in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., nel cui paradigma è inquadrabile la responsabilità della Pubblica amministrazione per illegittimità provvedimento, la c.d. teoria della causalità alternativa ipotetica ha rilievo solo in relazione agli illeciti omissivi, per i quali occorre infatti stabilire se l'evento dannoso non si sarebbe verificato se il preteso responsabile avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli; la stessa teoria è priva del suo presupposto rispetto ad illeciti commissivi, quali appunto quelli derivanti dall'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, in relazione ai quali l'accertamento del giudice deve stabilire se gli atti amministrativi abbiano costituito la causa del danno lamentato, e dunque se costituiscano il fatto illecito che è fonte di responsabilità ai sensi della clausola generale dell'art. 2043 c.c. Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se spetti, in caso di affidamento diretto, senza gara, di un appalto, il risarcimento danni per equivalente derivante da perdita di *chance* ad una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico".

¹⁹³ Cfr. L. Viola, *Il nodo (allo stato, irrisolto) del danno da perdita di chance*, in www.giustizia-amministrativa.it, 23/12/2018 - Relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ufficio studi e massimario della Giustizia amministrativa "A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno", tenutosi a Roma, 16 dicembre 2019 (Consiglio di Stato, Piazza Capo di Ferro, 13 – Roma) e *Il danno da perdita di chances a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. e appalti*, 2020, 2, 182-200, e bibliografia ivi indicata per una ricostruzione più ampia dell'istituto e della sua evoluzione; cfr. anche V. Neri, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e appalti*, 2018, 3, 293-301, e S. Caldarelli, *Il risarcimento del danno da perdita di chance: presupposti*, in lamministrativista.it, 30 luglio 2020, nonché M. L. Maddalena, *Legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance*, cit.

degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara.

Secondo un secondo orientamento (Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559; Sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4592), invece, il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'Amministrazione per effetto di atti illegittimi.

La discriminante tra le due opposte configurazioni si incentra sul rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dalla p.a. e, in particolare, sul grado di probabilità statistica quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo. In altri termini, nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili *ex art. 1223 c.c.*, la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio. La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.¹⁹⁴

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha però restituito gli atti alla Sezione *ex art. 99, 1° comma c.p.a.*, con l'ordinanza 11 maggio 2018, n. 7¹⁹⁵, ritenendo che la questione fosse già stata parzialmente decisa, per effetto della "fissazione con sentenza della consistenza della *chance* di aggiudicazione mediante gara ... nella misura del 20%, (fissazione che) da una parte potrebbe far ritenere in qualche modo già effettuata, implicitamente, una opzione per uno dei metodi – ontologico o eziologico – utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altra, potrebbe porre un problema di coerenza tra

¹⁹⁴ Cfr. M. Murra, *Affidamento senza gara di un servizio: i concorrenti hanno diritto ad un risarcimento per perdita di chances?*, in *www.ilquotidianodellapa.it*, 24 settembre 2018. Un'azienda sanitaria provinciale calabrese affidava in via diretta, senza gara, il servizio di fornitura di ambulanze per un periodo triennale. Contro il provvedimento insorgeva dinanzi al TAR una società concorrente (che aveva effettuato analoghe forniture a favore di altri Enti) al solo scopo di ottenere una pronuncia che le riconoscesse un risarcimento dei danni per perdita di *chances* (non potendo più contestare la legittimità dell'affidamento, visto che il servizio si era esaurito). La ricorrente riconduceva il danno da risarcire alla figura del "lucro cessante o anche da perdita di *chance*", corrispondente all'utile economico che sarebbe derivato all'impresa dall'esecuzione dell'appalto, presuntivamente quantificato nel 10% dell'importo a base d'asta. Ha chiesto, inoltre, il risarcimento del cd. danno curriculare da liquidarsi nella misura del 5% del valore dell'appalto. Con sentenza n. 528 dell'11 settembre 2018 il TAR di Reggio Calabria ha rigettato l'impugnativa, ponendosi preliminarmente il problema se sia astrattamente ammissibile la risarcibilità di tale *chance* di aggiudicazione. Sul punto, i giudici hanno rilevato che si registra un evidente contrasto in giurisprudenza. Tuttavia, il Collegio ha aderito all'orientamento che allo stato appare prevalente, affermando che la risarcibilità della *chance* di aggiudicazione sia ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la *chance* di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità. Nel caso concreto, la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare, in altri termini che, qualora l'Ente pubblico avesse legittimamente espletato una procedura ad evidenza pubblica, essa sarebbe risultata aggiudicataria o, almeno, che avrebbe avuto una elevata probabilità di conseguire l'aggiudicazione. Tale prova non è stata fornita, essendosi l'impresa limitata ad affermare di avere ottime possibilità di aggiudicarsi il servizio in concorrenza con altre imprese. In mancanza di tale dimostrazione, resta pertanto precluso il ristoro per equivalente della *chance* di aggiudicazione. Da ultimo vedasi Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige – Bolzano, sentenza 10 settembre 2020, n. 219, che, pur ritenendo non provato il danno curriculare, ha riconosciuto al ricorrente il risarcimento del danno in un caso di mancata indizione della gara ed affidamento diretto al contraente uscente in seguito alla sospensione cautelare (disposta dallo stesso TRGA in altra causa) dell'aggiudicazione della medesima prestazione al ricorrente (vittorioso nell'altra causa).

¹⁹⁵ In *Foro it.*, 2018, 12, 3, 638; *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1617, con nota di P. Patrio, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, cit.

l'affermazione, nei sensi sopra esposti, della consistenza della *chance* e la questione della risarcibilità della medesima, apparendo i due profili, sopra indicati, strettamente correlati”.

Emerge *per tabulas* come in materia risarcitoria si assista al progressivo ampliamento della tutela, con conseguente estensione della platea dei beneficiari.¹⁹⁶ Ad avviso di chi scrive, nondimeno, è

¹⁹⁶ Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6298, su condizioni per la risarcibilità, nel diritto amministrativo, della perdita di *chance* ed i suoi rapporti con la tutela di annullamento: “in sede di azione di risarcimento per perdita di *chance*, poiché l’esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento del nesso causale tra la condotta antiggiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità; la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l’esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del ‘*quantum*’ risarcibile; con l’avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo”. La risarcibilità della perdita di *chance* è stata elaborata al fine di ‘traslare’ sul versante delle situazioni soggettive – e, quindi, del danno ingiusto – un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto e in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l’ingerenza illecita del danneggiante. Per superare l’*impasse* dell’insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico, il sacrificio della ‘possibilità’ di conseguire il risultato finale viene fatto assurgere a bene giuridico ‘autonomo’. Va ricordato come nel campo del diritto amministrativo la lesione della ‘*chance*’ viene invocata per riconoscere uno sbocco di tutela (sia pure per equivalente) a quelle delle aspettative andate ‘irrimediabilmente’ deluse a seguito dell’illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo. La fattispecie presa in considerazione è quella in cui il vizio accertato dal giudice amministrativo consiste nella violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel suo raggio di protezione l’interesse materiale – assicura all’istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L’«ingiustizia» del nocumento assume ad oggetto soltanto il ‘*quid*’ giuridico, minore ma autonomo, consistente nella spettanza attuale di una mera possibilità. Nella moderna economia di mercato, anche la diminuzione di probabilità di eventi patrimoniali favorevoli può rilevare come perdita patrimoniale, non solo i danni fisici intesi come distruzione di ricchezza tangibile. Il richiamo alla ‘elevata probabilità’ di realizzazione, quale condizione affinché la ‘*chance*’ acquisti rilevanza giuridica, è fuorviante, in quanto così facendo si assimila il trattamento giuridico della figura in esame alla causalità civile ordinaria (ovvero alla causalità del risultato sperato). La ‘*chance*’ prospetta invece un’ipotesi – assai ricorrente nel diritto amministrativo – di danno solo ‘ipotetico’, in cui non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato. Pur essendo certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha causato la perdita della possibilità, non ne è conoscibile l’apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale. Poiché l’esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento del nesso causale tra la condotta antiggiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. La tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l’esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il ‘valore’ economico della stessa, in sede di liquidazione del ‘*quantum*’ risarcibile. Con l’avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo. Al fine di non incorrere in una forma inammissibile di responsabilità senza danno, è necessario che, per raggiungere la soglia dell’«ingiustizia», la ‘*chance*’ perduta sia ‘seria’. A tal fine: da un lato, va verificato con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto; sotto altro profilo, al fine di non riconoscere valore giuridico a ‘*chance*’ del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate. Allo scopo poi di scongiurare azioni bagatellari o emulative, il giudice dovrà disconoscere l’esistenza di un ‘danno risarcibile’ (1223 c.c.) nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo. A fronte del nocumento delle ‘possibilità attuative’ rimaste inesprese a causa del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, il sistema di giustizia amministrativa appronta in via principale la tutela specifica. La priorità del tratto conformativo del giudicato di annullamento rispetto alla tutela risarcitoria (con la conseguenza che l’interessato non può tralasciare di impugnare l’esito negativo del procedimento) consegue al fatto che la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all’interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava. Solo qualora il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia in alcun modo ‘ripetibile’ – neppure virtualmente (stante i limiti posti alla cognizione giudiziale), come invece resta possibile in caso di attività vincolata, nel qual caso può essere richiesto soltanto

maggiormente condivisibile l'opinione secondo cui al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance* è necessario, quanto meno, che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta. In altre parole, una sorta di "prova di resistenza".

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 500/1999, hanno affermato la responsabilità civile della p.a., riconducendola all'art. 2043 c.c. Si tratta della tesi senza dubbio maggioritaria, ma occorre tenere presente che non sono mancate impostazioni diverse.

Ad esempio, un orientamento minoritario ritiene che la responsabilità della p.a. abbia natura contrattuale da contatto sociale qualificato, contatto occasionato dall'avvio del procedimento amministrativo che coinvolge il privato.¹⁹⁷

il risarcimento del controvalore del risultato sperato – il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio.

¹⁹⁷ Sul tema cfr. V. Tenore, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2015: "Va poi segnalato che alcuni orientamenti giurisprudenziali tendono ad estendere alla pubblica amministrazione la responsabilità da contatto sociale, quando il comportamento dell'amministrazione (tenendo conto dell'immediata percepibilità del canone di corretta condotta) sia da qualificare come negligente o imprudente secondo i parametri dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i quali implicano il corretto sviluppo procedimentale e la legittima emanazione del provvedimento finale, salvo errore scusabile. Tanto comporta che la responsabilità dell'amministrazione pubblica per lesione di interessi legittimi non del tutto coincide con quella extracontrattuale, sussistendo anche profili (rilevanti, in particolare, sul piano probatorio) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale, in considerazione dell'interesse giuridicamente protetto al giusto procedimento amministrativo". V. Cons. Stato, Sez.VI, 30 dicembre 2014 n. 6421; 4 luglio 2012, n. 3897. La responsabilità da contatto sociale qualificato è una particolare forma di responsabilità civile che prescinde dall'esistenza di un contratto inteso nel senso stretto del termine, laddove tra il danneggiato e il danneggiante sussista una particolare relazione sociale considerata dall'ordinamento giuridico idonea a determinare specifici doveri comportamentali non riconducibili al dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica. Secondo parte della dottrina e la giurisprudenza, il contatto sociale qualificato deve essere annoverato tra gli atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico ex art. 1173 cod. civ. Ne deriva che, secondo tale orientamento, in virtù del principio dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c., anche la violazione di obbligazioni specifiche che trovano la loro fonte (non già in un contratto ma) nel "contatto sociale qualificato" determina una responsabilità di tipo contrattuale. La speculazione dottrinale e giurisprudenziale intorno al concetto di responsabilità da contatto sociale qualificato ha finalità eminentemente garantista, atteso che riconducendo la responsabilità da contatto sociale nell'alveo della responsabilità contrattuale il soggetto danneggiato beneficia di indubbi vantaggi sotto il profilo della prescrizione (10 anni nella responsabilità contrattuale a fronte del termine di 5 anni previsto per la responsabilità extracontrattuale) e dell'onere della prova (si noti che, in virtù del principio della vicinanza della prova, nella responsabilità contrattuale può dirsi operante l'inversione dell'onere della prova, potendo il danneggiato limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte alla quale spetterà, invece, provare di avere adempiuto all'obbligazione. La casistica ha, tra i vari casi, riguardato: la responsabilità dell'insegnante per l'autolesione dell'allievo (la responsabilità dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona); la responsabilità della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile a persona diversa dal beneficiario; la responsabilità del medico-chirurgo nei confronti del paziente (l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso).

Con riferimento alle ipotesi di violazione di norme volte a disciplinare il procedimento di evidenza pubblica finalizzato alla aggiudicazione e alla successiva stipulazione del contratto tra p.a. e privato, si sostiene che venga in rilievo una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.¹⁹⁸

La responsabilità precontrattuale, applicabile anch'essa alla sola p.a. contraente (e non al singolo dipendente), individua infatti le ipotesi di violazione del dovere di non ledere l'altrui libertà negoziale, ovvero delle norme che regolano la fase delle cd. trattative negoziali la cui inosservanza si traduca in un danno per la controparte vanamente impegnatasi nella negoziazione, da risarcire ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. anche davanti al giudice amministrativo nelle materie ad esso devolute.¹⁹⁹

¹⁹⁸ In passato non si riteneva che la p.a. in trattative col privato fosse assoggettata alle regole dettate in tema di responsabilità precontrattuale ex art. 1337-1338 c.c. Si sosteneva in giurisprudenza che la p.a. non potesse non tenere un comportamento leale, perseguendo istituzionalmente il benessere della collettività: non avrebbe potuto pertanto essere vincolata, nel corso della formazione del contratto, da regole ulteriori rispetto a quelle interne (tra le quali anche quelle inerenti all'autorizzazione preventiva o al controllo successivo) volte a garantire il perseguimento del pubblico interesse affidatole. Il sindacato da parte del giudice ordinario circa i motivi in considerazione dei quali la trattativa non fosse sfociata nel contratto, inoltre, avrebbe implicato un inammissibile controllo dell'azione discrezionale della p.a., con la correlativa violazione del sindacato sulla condotta della stessa. Attualmente, per converso, non v'è dubbio che debba essere affermata la responsabilità della p.a. quando ponga in essere condotte non rispondenti alla correttezza e buona fede nel corso delle trattative (Cass. civ., S.U., n. 7842/1994). Non si tratta infatti di sindacare il modo discrezionale in cui la p.a. cura gli interessi pubblici, né di pretendere che il contratto sia approvato dall'autorità tutoria; viene piuttosto in questione la correttezza del comportamento della p.a., che, quando utilizza gli strumenti privatistici, non può sottrarsi alla imperatività di norme precettive quali gli artt. 1337 e 1338 c.c. Nulla può pretendere il privato qualora il contratto non si perfezioni perché nel procedimento amministrativo destinato a concludersi con la scelta del contraente e con la delibera di accettazione dell'offerta, si verificano degli ostacoli che ne impediscono la formazione (Cass. civ., S.U., n. 4673/1997 e n. 9892/1993). Deve invece essere dichiarata la responsabilità della p.a. ogniqualvolta il contratto non si concluda a causa della violazione delle regole di buona fede e correttezza nella definizione della fase procedimentale a carattere negoziale che precede la formazione dell'accordo ovvero venga colposamente trascurata l'acquisizione di elementi procedurali necessari allo scopo di giungere ad una definizione delle trattative (ad es. cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 giugno 2009, n. 627). La stessa cosa deve dirsi quando, pur sussistendo cause invalidanti che pure avrebbero potuto esser note anche all'altra parte, viene tenuta dalla p.a. una condotta che legittimi l'affidamento dell'altro soggetto in relazione al superamento o all'eliminazione di esse (Cass. civ., Sez. I, n. 2519/1998). Si pensi ancora alla pubblicazione di un bando di gara illegittimo in esito al quale si ingeneri nell'aggiudicatario un affidamento circa la validità del contratto da concludere, fattispecie affine a quella di cui all'art. 1338 c.c. (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 agosto 2003, n. 11259). Particolarmente delicato è il profilo della scelta del contraente: si è ritenuto che una volta conseguito l'annullamento dell'aggiudicazione ad un terzo nel corso di una gara – nell'ambito del cui procedimento non possono essere evocate le regole di buona fede e correttezza (Cass. civ., S.U., n. 9892/1993 cit.) – il soggetto non vanti comunque un diritto alla stipulazione del contratto tale da consentire la richiesta del risarcimento del danno per *culpa in contrahendo* (Cass. civ., Sez. III, n. 5995/1997). Si rinvia a M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, Raccolta di scritti in onore di Jemolo, Milano, 1963, 277 ss.; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 115 ss.; Id., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1677 ss., e 2005, 907 ss.

¹⁹⁹ Sulla responsabilità precontrattuale vedasi V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, 5 ss.; G. A. Chiesi, A. Merola, *La responsabilità precontrattuale*, in P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 1429 ss.; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, 720; E. D'Arpe, *La responsabilità contrattuale della p.a.*, in L. Viola, *I danni cagionati dallo Stato, dalla pubblica amministrazione e dal fisco*, Macerata, 2008, 329; M. Corradino, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 795; M. Bianca, *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 2000, 155 ss.; sulla responsabilità precontrattuale della p.a., ipotizzabile anche a fronte dell'art. 4 L.A.C., dovendo il giudice sindacare il comportamento dell'Amministrazione che agisca *iure privatorum* come corretto contraente e non già come corretto amministratore (Cass., 17 novembre 1978, n. 5323, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32; id., Sez. un., 4 agosto 1995, n. 8541, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1479), vedasi G. De Piazzi, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *LexItalia.it*, 2019, 10. In particolare, sussiste la responsabilità della p.a. a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. nel caso in cui l'Amministrazione, dopo avere indetto una gara di appalto e pronunciato l'aggiudicazione, dispone la revoca dell'aggiudicazione stessa e degli atti della relativa procedura per carenza delle risorse finanziarie

occorrenti sacrificando gli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi. Il risarcimento del danno va riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo, rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso. Si pensi ancora a casi di omissione, dolosa o colposa, di atti necessari per la validità o efficacia di un contratto, o al recesso irragionevole da trattative in assenza di sopravvenienze di fatto o di diritto (v. M. Bianca, op. ult. cit., 178 ss.). In giurisprudenza vedasi Cass., 20 marzo 2012, n. 4382, e id., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6, secondo cui la responsabilità precontrattuale della p.a. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.; in particolare, se non è configurabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è configurabile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del "*neminem laedere*", ove sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. Spetta al giudice di merito accertare se il comportamento della p.a. abbia ingenerato nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto. In punto di giurisdizione, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 5 settembre 2005, n. 6 (in *D&G – Dir. e Giust.*, 2005, 39, 99) ha chiarito che in base all'art. 6 l. n. 205 del 2000 sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a. per tutte le controversie tra privato e p.a. riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavoro, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernano interessi legittimi, sia che riguardino diritti soggettivi. Sussiste quindi la giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto da parte di quest'ultima delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune. Per un caso di responsabilità precontrattuale vagliata dal g.a. vedasi Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2239 (concernente danni arrecati da stazione appaltante) e Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1441, la seconda in ordine ai presupposti per la revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica da parte della p.a. e sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale e del risarcimento relativo. In precedenza, in punto di giurisdizione, v. Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, e Cass., Sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656. Sulla base di tali sentenze la giurisprudenza ha chiarito che dopo l'entrata in vigore dell'art. 6, comma 1, della L. n. 205 del 2000 (riprodotto in forma pressoché analoga nel d.lgs. n. 163 del 2006, all'art. 244 e ora art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a.: v. *supra*, è stata configurata una giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo comprensiva anche dell'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, da parte di soggetti tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica (cfr. Cass., Sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; 18 ottobre 2005, n. 20116). Sin da allora sussiste, quindi, la giurisdizione amministrativa esclusiva anche per le controversie che riguardano la responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto, da parte di quest'ultima, delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6). Per la giurisdizione ordinaria in caso di responsabilità precontrattuale (per informazioni inesatte) per comportamenti della p.a. non collegati con lo svolgimento di attività provvedimentoale: Cass., Sez. un., 23 settembre 2010, n. 20072, e id., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424. Si segnala anche TAR Valle d'Aosta, 11 maggio 2011, n. 31, secondo cui la controversia promossa da un privato per ottenere, nei confronti di un Comune, il risarcimento del danno per la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché trattasi di domanda risarcitoria che non attiene alla fase pubblicistica della gara, ma a quella prodromica, rispetto alla quale si fa valere la responsabilità precontrattuale della p.a., con conseguente rilevanza del criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio, la quale, nella specie, ha consistenza di diritto soggettivo. Per alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della p.a. v. Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; id., Sez. V, 10 novembre 2008, n. 5574; id., 17 ottobre 2008, n. 5098; id., Sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2680; id., Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; id., Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86; id., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989; id., Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194. Da ultimo, vedasi TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 15 novembre 2021, n. 11751: cfr. F. Laudani, *Ricade nella giurisdizione del G.O. la cognizione della domanda giudiziale di condanna della P.A. al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale*, in *l'amministrativista.it*, 19 Novembre 2021. La domanda giudiziale con cui è richiesta la condanna del Comune al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale derivante dalla mera mancata osservanza delle obbligazioni di buona fede e correttezza da parte della stazione appaltante, rientra nella cognizione del Giudice Ordinario, munito della giurisdizione sul punto.

Il punto centrale della questione, individuato pure di recente da Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415²⁰⁰, è costituito dalla violazione del principio fondamentale del legittimo affidamento, violazione del principio generale di solidarietà sociale, dei principi di buona fede e correttezza e del dovere giuridico dell'obbligo di buona fede oggettiva che informa tutte le fasi della procedura di gara. La buona fede, invero, impone obblighi e tutela di diritti nel corso dell'esecuzione del negozio giuridico, che vanno al di là delle prestazioni dedotte, ponendosi la stessa quale principio generale dei rapporti contrattuali.

4.4 - Responsabilità precontrattuale e dovere di correttezza e buona fede

Il dovere di correttezza e buona fede (e l'eventuale responsabilità precontrattuale in caso di sua violazione) sussiste, prima e a prescindere dell'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica strumentale alla scelta del contraente, che si pone quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale nell'ambito di un sistema di trattative (cd. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte²⁰¹; l'azione amministrativa, infatti, pur ordinariamente regolata dalla normazione di diritto pubblico, non può non sfuggire ai generali doveri di correttezza e di lealtà che massimamente deve informare l'agere dei pubblici poteri, istituzionalmente funzionali al perseguimento di interessi pubblici.²⁰²

La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, quindi, ben può configurarsi anche prima dell'aggiudicazione, e può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede²⁰³; d'altra parte, chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell'interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto.

²⁰⁰ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, 1, 173-187. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415, ha statuito che la revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima in quanto sproporzionata ed irragionevole. Tenuto conto che nel caso esaminato dalla pronuncia in commento non era stato stipulato il contratto e che andrà conclusa la procedura (erroneamente revocata), l'aggiudicatario *in pectore* ha ancora *chance* di vedersi assegnata la gestione aeroportuale, perciò non è dovuto nessun risarcimento per equivalente, essendo sufficiente quello in forma specifica (ovvero l'astratta possibilità di ottenere il bene della vita). Peraltro, la p.a. potrebbe anche decidere di revocare di nuovo la gara, ma sulla base di una motivazione diversa dal rischio di contenzioso (già dichiarata illegittima dal giudice).

²⁰¹ Cfr. Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

²⁰² Si rinvia a R. Cippitani, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto* (nota a sent. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 6 novembre 2018, n. 2501), in *Urbanistica e appalti*, 2019, 2, 246-258; G. C. Salerno, *Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione*, cit., e F. Renda, *Sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso in cui non comunichi ai concorrenti l'avvenuta impugnazione del bando e non sospenda la gara*, in *laministrativista.it*, 17 marzo 2021. Sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui la medesima adotti, prima, un bando illegittimo e, poi, non sospenda in autotutela la gara, pur essendo a conoscenza dell'impugnativa della stessa, o comunque non informi i concorrenti dell'annullamento della procedura.

²⁰³ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, con note di V. Carbone, *Responsabilità precontrattuale della p.a. che non adempie l'obbligazione "ex lege" di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 11, 1058-1069; C. Cicero, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giuridico*, 2016, 12, 1510-1516; M. Rinaldo, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista del notariato*, 2017, 4, pt. 2, 787-793. V. note nn. 40, 172 e 245.

Il riconoscimento della responsabilità precontrattuale modifica questa naturale allocazione dei rischi economici, determinando il trasferimento dei costi sostenuti per partecipare alla trattativa (o alla gara) da un soggetto ad un altro, cui è imputabile la scorrettezza; di qui la necessità di appurare con rigore, e con riferimento alle circostanze del caso concreto, la sussistenza degli elementi costitutivi di tale responsabilità, cioè: oggettiva violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, affidamento incolpevole del privato, elemento soggettivo, *id est* ascrivibilità della violazione all'Amministrazione in termini di colpa o dolo, danno e nesso di causalità.²⁰⁴

²⁰⁴ Cfr. G. Sdanganelli, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo* (nota a TAR Roma, Sez. II, 20 settembre 2017, n. 9847), in *GiustAmm.it*, 2018, 1, 21. Sul punto si rileva la presenza di un contrasto giurisprudenziale in punto di diritto al risarcimento da lesione dell'affidamento verso un provvedimento amministrativo illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Segnatamente, a fronte di un indirizzo per cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo "*ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo*" (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183; nello stesso senso cfr. anche Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346), vi è un'altra corrente giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell'Amministrazione, del danno subito dall'istante e del nesso di causalità tra l'annullamento e il predetto danno (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. 5980; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 5 settembre 2011, n. 5002; TAR Campania, Napoli, sezione VIII, sentenza 3 ottobre 2012, n. 4017, dove si riconduce, come nella sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione ottava, n. 4017/2012, la tematica *de qua* alla responsabilità precontrattuale). La seconda sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753 (e in ragione del richiamato contrasto in giurisprudenza), ha quindi rimesso all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: a) se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione; b) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale. Tanto premesso, il Collegio ha considerato opportuno svolgere alcune precisazioni circa il primo dei cennati orientamenti, il cui esito interpretativo sembra condivisibile. L'affidamento è un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio assume rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nelle fattispecie in cui vi è esercizio di potere di natura pubblicistica (e un riconoscimento in tal senso è stato operato dall'Adunanza plenaria già con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5). Il Collegio ritiene che l'affidamento non sia un diritto soggettivo, come, invece, autorevolmente sostenuto da parte della giurisprudenza, bensì una situazione giuridica soggettiva dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto e il torto civile. Ad ogni modo, per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorre, da un lato, una condotta della pubblica amministrazione connotata da mala fede o da colpa in grado di far sorgere nell'interessato, versante in una condizione di totale buona fede, un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita e, dall'altro, che la fiducia riposta da quest'ultimo in un esito del procedimento amministrativo a lui favorevole sia ragionevole e non colposamente assunta come fondata in assenza di valide ragioni giustificatrici. In sostanza, ai fini della sussistenza dell'affidamento legittimo (rilevante ai fini del riconoscimento di una responsabilità di tipo precontrattuale), il privato che ha interloquuto con la pubblica amministrazione non soltanto non deve averla condotta dolosamente o colposamente in errore, ma deve vantare un'aspettativa qualificata, ovverosia basata su una pretesa legittima alla luce del quadro ordinamentale applicabile al caso di specie. Va peraltro sottolineato che, nelle ipotesi in cui il provvedimento favorevole al privato sia revocato in esecuzione di una pronuncia giudiziale, l'eventuale affidamento del privato (ammesso che vi sia) sarebbe pregiudicato non da una condotta dell'Amministrazione, la quale non ha modificato unilateralmente, *melius re perpensa* o alla luce di sopravvenienze, l'assetto d'interessi precedentemente delineato nell'esercizio del suo potere pubblicistico, ma, in sostanza, da un provvedimento promanante dal potere giurisdizionale, nei cui confronti non può esserci in radice, per la natura terza del giudice, alcuna aspettativa qualificata – e dunque tutelabile mediante ristoro patrimoniale – all'accoglimento delle proprie ragioni. Ne discende che la soccombenza in sede giurisdizionale non può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo, idonea a fondare una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione.

Le controversie concernenti il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, provocati dalla revoca dell'aggiudicazione di un appalto, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. È quanto stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 6 depositata il 5 settembre 2005.²⁰⁵

L'Adunanza plenaria, nel configurare la responsabilità precontrattuale prima della scelta del contraente, stabilisce pure i presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).²⁰⁶ Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'Amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), altresì le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

La questione è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21: *“Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa”*. L'Adunanza plenaria n. 21 reitera anche i principi espressi dalla Adunanza plenaria 29 novembre 2021, n. 19 (v. nota n. 251 *infra*).²⁰⁵ Con note di M. Rubulotta, *Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 9, pt. 1, 1444-1451; I. Franco, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei “lavori in corso” per l'assessamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1, 72-78; E. Raganella, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei “lavori in corso” per l'assessamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, *ibidem*, 79-87; A. Vacca, *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006, 1, 87-104; Id., *La responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica di scelta del contraente: una fattispecie oscillante fra l'illegittimo esercizio del potere pubblico e l'illecita violazione dei canoni di buona fede e diligenza*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 1, 116-128. V. anche A. D. Coscia., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla responsabilità da esercizio legittimo del potere di autotutela e alla responsabilità da annullamento del provvedimento favorevole di aggiudicazione*, *ibidem*, 2018, 1, 33-65; F. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2015, 1, 1-16. L'Adunanza plenaria, nella decisione annotata, confermando l'orientamento prevalente, ha ritenuto che il giudice amministrativo sia fornito di giurisdizione esclusiva in materia di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 6 l. 21 luglio 2000 n. 205, a nulla rilevando sulla tenuta costituzionale di tale disposizione i principi enunciati dal giudice delle leggi con sentenza 6 luglio 2004, n. 204. Nel merito la decisione ha stabilito che nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente, l'Amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c. c., prescritte dal diritto comune. E ancora, la condotta della pubblica amministrazione che, per mancanza delle necessarie risorse economiche, nega la stipula di un contratto di appalto, configura in capo alla stazione appaltante una responsabilità di tipo precontrattuale, consistente in un atteggiamento colposamente negligente in ragione, sia della mancata verifica durante tutta la fase dell'evidenza pubblica della sussistenza dei presupposti per l'osservanza del vincolo contrattuale, sia della tutela dell'affidamento ingenerato nel soggetto privato. Con riferimento alla quantificazione del danno da perdita di *chances* i giudici di Palazzo Spada richiamano il criterio equitativo, già adottato dalla giurisprudenza, che riconosceva al concorrente l'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta.

²⁰⁶ Con note di G. Bevivino, *Per una nuova responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione? Il Consiglio di Stato e il superamento del limite dell'aggiudicazione*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, 3, 1071-1077; F. F. Guzzi, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'Adunanza plenaria fa un ulteriore passo in avanti verso la parificazione della PA al contraente privato anche nella fase della procedura di evidenza pubblica*, in *federalismi.it*, 2019, 3, 13; A. Izzi, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - anche - nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2019, 1, 140-159.

Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

Sulla responsabilità precontrattuale nell'ambito di una gara di appalto si è pronunciato Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237:

- *“Anche ai soggetti pubblici - sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di vere e proprie procedure di gara – si applica l'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 cod. civ.; occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati; la buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito”*.²⁰⁷

- *“Nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, è con l'aggiudicazione definitiva che certamente può sorgere in capo al partecipante alla gara un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, tale da legittimarlo a dolersi, facendo valere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, del “recesso” ingiustificato dalle trattative che la stessa abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Beninteso, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara può essere astrattamente idoneo – in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto – ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, ma solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestato punto di approdo”*.

Ha chiarito, la Sezione, che la lettura necessariamente evolutiva e costituzionalmente orientata dei principi che devono permeare le relazioni tra privati e pubblica amministrazione ha individuato proprio nella contrattualistica pubblica il terreno più fertile per lo sviluppo della tematica. Secondo la dottrina più evoluta, infatti, esso costituisce un significativo esempio della configurabilità di un sistema istituzionale di diritto comune connotato dalla osmotica utilizzabilità di regole del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri, dando comunque luogo a rapporti giuridici qualificati tra privato e pubblica amministrazione all'interno dei quali può assumere rilievo l'affidamento, quale situazione di aspettativa giuridica a sua volta qualificata. Nel suo ambito, dunque, le regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Ciò comporta che anche quelle di correttezza non possono essere relegate soltanto ad una o più delle singole fasi in cui si suddivide una gara, in quanto ognuna di esse, proprio perché astrattamente permeata di aspetti pubblicistici e privatistici, necessita di una lettura unitaria e consequenziale. Ciascuna singola fase, cioè, seppur distinta da quella successiva e da quella precedente, è accomunata alle altre in chiave teleologica, in quanto comunque mirata all'unico fine della stipulazione del contratto, prima della quale il rispetto dei principi della buona fede e correttezza non può che riguardare le “trattative”, più o meno intense che esse siano state. L'applicabilità delle disposizioni civilistiche, dunque, deriva dalla possibilità di equiparazione ad un contraente privato dell'Amministrazione che agisce nella procedura volta alla conclusione di un contratto: tutte le fasi della procedura, infatti, si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente.

²⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Cass., S.U., 12 maggio 2008, n. 11656, cit.

La differenza tra le due tipologie di regole, comunque intersecanti il bagaglio operativo della stazione appaltante, risiede nel fatto che la violazione delle prime, in quanto hanno ad oggetto il provvedimento – *id est*, l'esercizio diretto ed immediato del potere – ne determina, di regola, l'invalidità; le altre, invece, si riferiscono al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso della gara e la loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la p.a., dunque, le regole di correttezza e buona fede, che non necessariamente inficiano la validità del provvedimento, trasmodano in canoni di valutazione del comportamento complessivamente tenuto, quale fondamento della conseguente responsabilità. Nel caso in cui l'aggiudicazione, quale momento tipico fondante l'aspettativa di concludere il contratto, venga annullato per causa non imputabile all'aggiudicatario, si realizza una sorta di situazione intermedia che attinge ai profili di responsabilità da provvedimento illegittimo, ma non si esaurisce né si compendia nella stessa. D'altro canto, come è stato ben evidenziato nei più recenti arresti della giurisprudenza sul punto (v. ancora Ad. plen. n. 5 del 2018) il dovere di correttezza ha nel tempo conquistato una funzione (ed un conseguente ambito applicativo) certamente più ampia rispetto a quella concepita dal codice civile del 1942, che lo collocava nella visione economica corporativistica dell'epoca e in tale ridotta accezione imponeva di leggere anche la susseguente solidarietà. Esso, cioè, non è più considerato strumentale solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, bensì, alla *“tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza”*. Ciò ha portato la discussione sull'intensità e pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato necessari a dare rilievo al canone della correttezza come mera modalità comportamentale, distinguendosi altresì i casi in cui la violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ. da quelli in cui pare affiorare una vera e propria obbligazione nascente dal “contatto sociale” qualificato.

Di recente il giudice di legittimità, proprio muovendosi nell'alveo di tali sviluppi di pensiero, pronunciandosi peraltro sulla giurisdizione, ha inteso riconoscere la risarcibilità del danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'Amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimentale o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento (cfr. Cass., S.U., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit.).

Nonostante, dunque, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara sia astrattamente idoneo – in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto – ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestato punto di approdo. Ciò ha indotto, al contrario, a non riconoscere la stessa portata potenzialmente “affidante” all'aggiudicazione provvisoria in quanto “atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali” che si inserisce nell'ambito della scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo (Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449). D'altro canto, come visto, secondo un recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la responsabilità dell'Amministrazione sarebbe astrattamente configurabile, anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto, in conseguenza dell'avvenuto annullamento, in via giurisdizionale o per autotutela, di un provvedimento favorevole al privato (Cass. civ., S.U., ordinanze “gemelle” 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596; id. 22 gennaio 2015, n. 1162; id. 4 settembre 2015, n. 17586). Nei casi in cui, cioè, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità dello stesso ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'Amministrazione si connota come responsabilità da comportamento in violazione del diritto soggettivo all'integrità

patrimoniale (*rectius*, secondo quanto sopra detto, alla libertà di autodeterminazione negoziale). Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'Amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il suo patrimonio) posta in essere in base allo stesso. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come inutile, conseguentemente fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni. Il che, rileva ancora la Sezione, rende inconsistenti anche le critiche circa la riconducibilità del danno rivendicato all'annullamento di un provvedimento, quale l'aggiudicazione, comunque vantaggioso per la parte ricorrente. In questi casi, al contrario, come precisato dalle Sezioni Unite della Cassazione, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurre il privato a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità dell'atto. Affidamento tutelato *sub specie* di responsabilità precontrattuale finanche laddove si sia addivenuti ad un contratto valido, ma svantaggioso (sul punto cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725²⁰⁸, ove si è ritenuto che il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile, ma il contraente ha comunque subito la scorrettezza, economicamente pregiudizievole, come ad esempio per una reticenza informativa antidoverosa).²⁰⁹

In sintesi, la sussistenza di un legittimo affidamento ingenerato nel concorrente di una procedura ad evidenza pubblica è costituita dall'atteggiamento complessivamente tenuto della pubblica amministrazione nel corso delle trattative: infatti "ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede" (così da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 142; cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3831; Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, che estende la tutela anche al caso di revoca legittima degli atti di una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori per sopravvenuta indisponibilità delle risorse finanziarie).²¹⁰ Nella fattispecie appena citata si trattava

²⁰⁸ Cfr. G. Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 2, 353-357. La sentenza in commento offre all'A. l'occasione per svolgere alcune riflessioni in ordine al dibattuto tema dei profili di responsabilità degli intermediari finanziari, cioè della qualificazione giuridica dei comportamenti omissivi e negligenti di tali soggetti. La Cassazione a sezioni unite con la sentenza in esame ha in proposito chiarito che "la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o di singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.". Secondo l'A. la soluzione adottata dalla Corte risulta lineare ed accurata ed ha il merito di risolvere definitivamente la questione accogliendo una impostazione già sostenuta dall'A. e da larga parte della giurisprudenza di merito. V. anche M. Todorova, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, *ibidem*, 5, 1307-1312.

²⁰⁹ Si rinvia a R. De Nicolis, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2020, 1, 7-86.

²¹⁰ Si rinvia a S. Amato, *La condotta della pubblica amministrazione e la dequotazione del provvedimento amministrativo. La progressiva affermazione di una nuova nozione di comportamento*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 2-3, 339-358.

della realizzazione della nuova sede del TAR e dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, ma richiama alla mente anche l'opera di ricostruzione della cittadella giudiziaria di Bari.²¹¹

Le due vicende hanno molti punti in comune e rappresentano tutto ciò che non funziona nel sistema degli affidamenti pubblici, con procedure lunghe e farraginose che non portano a nulla.²¹²

In entrambi i casi rileva l'assenza di una posizione giuridica soggettiva tutelabile in via giudiziale, considerato che l'impresa ricorrente non era risultata aggiudicataria in via definitiva, non essendosi concretizzata alcuna procedura di evidenza pubblica, pur se era stata comunque intavolata una interlocuzione fra le parti. Ne è conseguita l'infondatezza delle censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla mancata conclusione della procedura di gara e all'inesistenza di posizioni giuridicamente tutelabili in capo alla ricorrente.

Da ultimo, deve infine farsi menzione della interessante sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, che ha affermato la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per mancata conclusione del procedimento di *project financing* per l'ampliamento del cimitero comunale, con successiva gestione dei servizi annessi.²¹³

La sentenza in commento della V Sezione del Consiglio di Stato prende posizione sulla *vexata quaestio*, valorizzando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ("*substance over form principle*"). La pronuncia ha dato seguito al consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111) per cui, nel caso di mancata conclusione del procedimento di *project financing*, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative.

Tale responsabilità va, in particolare, riconosciuta nel caso in cui l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse – approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore – e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di

²¹¹ In un caso analogo (realizzazione della nuova sede del Tribunale di Bari, tuttora all'onore delle cronache) l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 9 giugno 2016, n. 11, è intervenuta in materia di qualificazione del giudizio di ottemperanza. In particolare, si è interrogata sull'incidenza, eventuale, dello *ius superveniens* nella delimitazione del giudicato, premessa necessaria per la formazione progressiva dello stesso: cfr. A. Imparato, *Giudicato, ottemperanza e ius superveniens*, in www.ildirittoamministrativo.it; v. anche S. Vaccari, "*Ius superveniens*" e *giudicato a formazione progressiva*, in *Il Foro italiano*, 2017, 4, pt. 3, 204-208.

²¹² Nel secondo caso (Ad. plen. n. 11 del 2016) è intervenuta perfino la Corte di Giustizia Europea, Sez. II, che con la sentenza del 10 luglio 2014, C-213/13 - *Impresa Pizzarotti* (ECLI:EU:C:2014:2067) ha specificato che la locazione di cosa futura (immobile non ancora costruito) equivale ad un appalto di lavori riconducibile alla disciplina dell'evidenza pubblica: cfr. F. Cordopatri, *Giudicato nazionale e osservanza del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 2, 513-520; C. Figliolia, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 3-4, 925-946; D. Galli, *La locazione di cosa futura e l'intangibilità del giudicato nazionale nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 1, 53-66; M. Castellaneta, *Caso Pizzarotti: intangibile il giudicato interno anche se la sentenza è contraria al diritto Ue*, in *Guida al Diritto*, 2014, 31, 80-83.

²¹³ "Secondo il consolidato orientamento, nel caso di mancata conclusione del procedimento di *project financing*, sussiste la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione se, pur non avendo adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative. Infatti, l'indizione della gara e, soprattutto, la disposta aggiudicazione, ha trasformato la posizione dell'operatore economico da aspettativa di mero fatto in aspettativa giuridicamente tutelata alla consequenziale stipula del contratto". È quanto statuito dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la recente pronuncia 11 gennaio 2021, n. 368: cfr. M. Alesio, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in sede di project financing*, in *appaltiecontratti.it*, 27 gennaio 2021.

insuperabili ragioni ostative che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolveva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto.²¹⁴

Importa, per chiarezza, precisare che la responsabilità dell'Amministrazione *non si fonda sulla mera dichiarazione di pubblico interesse dell'idea progettuale elaborata dal promotore*, per quanto successivamente sconfessata: e ciò in quanto, per consolidato intendimento dal quale il Collegio non intende discostarsi, in materia di *project financing* l'Amministrazione – una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato – *non è comunque tenuta a dare corso alla procedura di gara*, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto.²¹⁵

Se è vero, perciò, che anche in un momento successivo a quello in cui una proposta di realizzazione di lavori pubblici sia stata dichiarata di pubblico interesse, l'Amministrazione *resta libera di non dar corso alla procedura di gara* per l'affidamento della relativa concessione (sicché l'eventuale misura di autotutela non determina, in tal caso, alcuna responsabilità precontrattuale né fa sorgere, in caso di revoca, l'obbligo di corrispondere alcun indennizzo a ristoro dei pregiudizi economici asseritamente patiti dal promotore: cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 820/2019, cit.), è anche vero, tuttavia, che ciò vale *solo fino a quando l'Amministrazione non si risolva, sulla base del progetto assentito, ad attivare la procedura di gara e a concluderla con l'aggiudicazione*. L'aggiudicazione, invero, trasforma, di suo, l'aspettativa *di mero fatto*, fino a quel punto vantata dal promotore, in aspettativa *giuridicamente tutelata* alla consequenziale stipula del contratto aggiudicato, il cui rifiuto – quand'anche, in concreto, giustificato dal (postumo e tardivo, ma pur sempre legittimo) accertamento della carenza delle condizioni iniziali della messa a gara – concreta ragione di responsabilità per violazione del canone di correttezza e di lealtà (cfr. art. 1337 cod. civ. e, oggi, l'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990).

Sussistono, perciò, come bene ritenuto dal primo giudice (Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Milano, Sez. IV, n. 2785/2018), i presupposti per l'imputazione della responsabilità precontrattuale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5). Ciò posto, la sentenza impugnata, pur avendo correttamente affermato la responsabilità dell'Amministrazione, ha ritenuto sussistente a suo carico, ai fini della consequenziale quantificazione del danno risarcibile, il concorso di colpa. Se non è revocabile in dubbio, nel senso chiarito, la responsabilità del Comune per aver validato il progetto, senza avvedersi che lo stesso appariva, fin dall'origine, irrealizzabile perché irrispettoso della distanza minima inderogabile dalla fascia di rispetto cimiteriale, è anche vero che l'appellante – che non contestava la propria qualità di qualificato ed esperto operatore del settore, come tale dotato di tutte le competenze tecniche necessarie – ha formulato una proposta che ha ommesso di rilevare l'esistenza (accertabile con un minimo di diligenza) del vincolo cimiteriale, ed ha, anzi,

²¹⁴ Nel caso di specie, un Comune ha approvato la proposta progettuale, dichiarandola di pubblico interesse; ha sollecitato il promotore alla predisposizione del progetto definitivo; ha, quindi, attivato la procedura di gara, che ha concluso con l'aggiudicazione a favore della appellante e – solo a valle della vicenda – ha dovuto prendere atto del parere negativo dell'autorità sanitaria ATS (peraltro formulato sulla base del mero accertamento della inidoneità dell'idea progettuale, per l'assenza delle distanze minime dalla fascia di rispetto cimiteriale, di cui il Comune avrebbe ben potuto, dispiegando una ordinaria diligenza, rendersi conto fin dall'inizio).

²¹⁵ Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820; 18 gennaio 2017, n. 207; 21 giugno 2016, n. 2719; Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365. L'Amministrazione che decida di non portare a termine la procedura di *project financing* deve comunque rispettare le regole di correttezza e buona fede, esplicitando le ragioni a supporto della ragionevolezza della scelta fatta, soprattutto nel caso in cui la procedura abbia raggiunto un certo grado di sviluppo con l'approvazione della proposta del promotore e sia stata indetta la successiva gara "a valle": vedasi S. Abrate, *Interruzione della procedura di project financing: obblighi della P.A.*, in *lamministrativista.it*, 30 luglio 2021.

positivamente attestato il rispetto della relativa fascia. È, dunque, corretto ritenere che – sebbene tale negligenza professionale non sia, di per sé, idonea, come chiarito, ad escludere i presupposti per l'imputazione all'Amministrazione comunale della responsabilità contrattuale – la stessa incide (in termini di concorso di colpa del danneggiato) sulla quantificazione del danno suscettibile di ristoro (cfr. art. 1227 cod. civ.): principio desumibile anche dall'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990, laddove – sia pure ai diversi fini della quantificazione dell'indennizzo da revoca legittima e corretta – pone in evidenza il “concorso” del privato nell’“erronea valutazione” operata dalla stazione appaltante, rilevante anche a fini risarcitori, in presenza di atto di ritiro in autotutela bensì legittimo ma, come nella specie, scorretto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358).

Il Consiglio di Stato ha osservato che il primo giudice – sebbene abbia correttamente accertato la spettanza del danno correlato alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla procedura, in quanto documentalmente comprovate – ha ommesso di considerare, traendo le dovute conseguenze dalle sue stesse premesse, il rilievo concausale del concorso di colpa riconosciuto a carico del danneggiato, che avrebbe imposto (ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.) una riduzione quantitativa delle poste di danno, in proporzione al grado di colpa attribuito. Sul punto, il Collegio ritiene che, in difetto di elementi di prova offerti dall'una e dall'altra parte, la corresponsabilità possa essere attribuita presuntivamente in misura paritaria, con la conseguenza che il danno in questione va riconosciuto nella misura del 50% delle spese documentate. Appare invece corretto, a dispetto delle doglianze dell'appellante principale, il disconoscimento delle spese sostenute successivamente all'aggiudicazione, nella prospettiva della esecuzione del contratto. Si tratta, invero, di spese che l'appellante ha sostenuto prima di avere certezza della positiva conclusione dell'*iter* di affidamento della concessione, la quale, per le ragioni esposte, era subordinata per un verso all'approvazione del progetto definitivo (risultata, in concreto, impossibile a causa delle riscontrate preclusioni di ordine tecnico) e per altro verso alle definitive valutazioni della stazione appaltante. È esatto, perciò, dire che si tratta di spese sostenute volontariamente e, come tali, non necessarie, e – per tal via – da imputarsi ad una libera scelta dell'appellante, non suscettibile di ristoro. Parimenti corretto il disconoscimento del *lucro cessante*, e ciò sulla base del principio, più volte ribadito, per cui, a fini della relativa e necessaria dimostrazione, non è sufficiente l'allegazione della mera indizione di procedure selettive né la produzione di dichiarazioni di rinuncia alla partecipazione ad esse ‘per impegni in precedenza assunti’, non accompagnati da elementi univoci circa l'andamento e l'esito delle relative procedure, in un periodo contestuale a quello considerato (Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2680).²¹⁶

Alla luce delle considerazioni che precedono, in disparte una certa contraddittorietà delle decisioni (in particolare sull'affidamento del privato: il principio è palesemente smentito nell'ultima decisione appena esaminata, laddove non sono state riconosciute le spese sostenute dopo l'aggiudicazione), emerge la peculiarità delle procedure amministrative rispetto alle comuni trattative negoziali, con conseguenti ripercussioni sui profili risarcitori.

Nel caso della revoca, l'indennizzo deve coprire solo la procedura di gara o anche il contenuto del contratto da aggiudicare? Ai sensi dell'art. art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis* della l. n. 241 del 1990, “Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, *l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente* e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della

²¹⁶ Cfr. F. Pavoni, *Revoca dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto di appalto: quale responsabilità per l'amministrazione?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 11, 2330-2341. Il Consiglio di Stato, con la decisione che si commenta, conferma la natura precontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione in caso di revoca dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto. Il danno risarcibile deve allora ritenersi limitato al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), ed al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione di altri contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedita proprio dalle trattative indebitamente interrotte (*lucro cessante*), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto.

contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico". Il principio di buona amministrazione impone che l'azione amministrativa sia condotta con efficacia e, quindi, con continuità in ragione del fatto che la stessa è necessariamente rivolta a perseguire un interesse pubblico il cui soddisfacimento non può rimanere sospeso o frustrato. La pubblica amministrazione deve, altresì, agire secondo i canoni di ragionevolezza, efficienza ed imparzialità. Per potersi avere il risarcimento del danno occorre la definitività della lesione per la perdita del bene della vita e la violazione dei doveri di correttezza e buona fede.

La questione è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21: *"Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa"*.

Ha chiarito, l'Alto consesso, che con riguardo alla questione, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'Amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c. (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5). La tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristrate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'Amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680). In senso parzialmente diverso si è espressa la Cassazione civile. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (Sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante». L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che l'Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va

svolta in concreto, in ragione del fatto che «il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale» (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831). Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'Amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

In definitiva, nelle procedure ad evidenza pubblica la giustizia amministrativa ha ammesso una sorta di ibridazione derivante dall'applicazione dei canoni del diritto privato, ma tale stato di cose solleva più di una perplessità nella misura in cui viene esteso al diritto pubblico (dove le parti non sono su un piano di parità, perseguendo la p.a. un interesse generale collettivo) uno statuto di regole tipico del diritto privato. L'estensione di detto regime è assai problematica, specialmente in punto di giurisdizione, laddove non sia prevista la giurisdizione esclusiva amministrativa.²¹⁷ Viene infatti a sfumare la già labile distinzione fra gli atti di amministrazione *iure imperii* e *iure communi privatorum*.

²¹⁷ In assenza di un atto provvedimentoale, il giudice ordinario è competente a conoscere della domanda risarcitoria per mera violazione degli obblighi di buona fede e correttezza da parte della stazione appaltante nella fase antecedente la stipula del contratto. Così TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 13 ottobre 2020, n. 1202: cfr. S. Francario, *Sul riparto di giurisdizione nel caso di violazione degli obblighi di buona fede e correttezza della PA durante la fase precontrattuale*, in *l'amministrativista.it*, 22 ottobre 2020. La ricorrente premetteva: a) di aver partecipato alla gara indetta dalla Provincia per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione di un Istituto Scolastico; b) che la commessa sarebbe stata in un primo momento aggiudicata all'impresa controinteressata; c) che in seguito la aggiudicazione provvisoria sarebbe stata annullata in via di autotutela per irregolarità riscontrate nella posizione previdenziale della impresa aggiudicataria; d) che la Provincia avrebbe quindi disposto la aggiudicazione alla seconda classificata (cioè la ricorrente) con invito alla stessa di stipulare la polizza a titolo di cauzione definitiva; e) che in vista della esecuzione dell'appalto essa avrebbe preso in locazione un immobile nell'ambito del territorio senese; d) che, tuttavia, il contratto di appalto non sarebbe stato stipulato a seguito del sopravvenire di provvedimenti giurisdizionali che avrebbero prima sospeso e poi annullato gli atti caducatori della prima aggiudicazione; tutto ciò premesso la ricorrente agiva per ottenere i danni causatigli dal comportamento della Amministrazione per averla coinvolta in trattative che non hanno condotto alla stipula del contratto. Per il TAR il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del g.a.: il fatto illecito che il ricorrente pone alla base della domanda risarcitoria non è costituito da un provvedimento illegittimo ma da un comportamento tenuto dalla Provincia nella fase preliminare alla stipula di un contratto che poi non ha avuto luogo; comportamento che non è quindi qualificabile in termini di scorretto esercizio di un potere amministrativo costituendo, invece, violazione dei generali obblighi di buona fede e correttezza di cui può conoscere solo il giudice ordinario (Cassazione civile Sez. un., 04/07/2017, n.16419). Detta decisione non convince affatto. Ai sensi dell'art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento) del d.lgs. n. 50/2016: l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8 (comma 6); l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti (comma 7); e nel comma 8 si prevede che "Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. *La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.* Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. *Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.* Nel caso di lavori, se è intervenuta la

In realtà, più che alla correttezza e alla buona fede di stampo privatistico, occorre guardare ai principi di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto amministrativo di cui all'art. 41 della Carta di Nizza e art. 5 TUE, recepiti tramite l'art. 1 della l. 241/90.²¹⁸ L'evoluzione dei limiti posti all'esercizio del potere autoritativo dello Stato nei confronti del cittadino nella giurisprudenza europea e nazionale, tuttavia, sembra essersi ormai orientata in un'altra direzione.

Innanzitutto, si fa presente come il giudizio di buona fede e correttezza civilistica sia di fatto non facilmente distinguibile da quello di buon andamento e correttezza amministrativa.²¹⁹ Ciò perché i

consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari" (comma così modificato dall'art. 4, comma 1, della legge n. 120 del 2020, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 76/2020). È evidente che nel periodo di tempo che precede la stipulazione del contratto la p.a. procede nell'esercizio del potere pubblico al fine di individuare il miglior contraente (tanto che è prevista *expressis verbis* la possibilità di agire in autotutela e in caso di criticità della fase ad evidenza pubblica compete al giudice amministrativo dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi degli art. 121-122 c.p.a.). Solo a partire dalla stipulazione del contratto si instaura un rapporto paritetico con giurisdizione del giudice ordinario. È proprio la stipula del contratto a segnare la cesura fra la fase ad evidenza pubblica (in cui la p.a. opera in veste autoritativa) e quella negoziale (ove le parti sono su un piano di tendenziale parità, salve le prerogative speciali della p.a.): cfr. Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir. (v. *infra*). V. anche Cass. civ., Sez. un., 23/07/2013, n. 17858, in *Giustizia Civile Massimario 2013* e *Foro Amministrativo - C.d.S.* (II), 2013, 10, 2671: in tema di appalti pubblici, qualora alla deliberazione di aggiudicazione dell'appalto non segua la stipula della convenzione di disciplina tra le parti, bensì, all'esito di una fase interlocutoria volta alla eventuale rinegoziazione dell'oggetto dell'instaurando rapporto, la decadenza dalla stessa aggiudicazione, la controversia introdotta dall'aggiudicatario decaduto per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento dell'ente agli obblighi contrattuali e la sua condanna alla restituzione delle cauzioni versategli, oltre rivalutazione ed interessi, nonché al risarcimento del danno asseritamente patito nel corso della trattativa precontrattuale, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi la fattispecie svolta ed esaurita tra l'originaria aggiudicazione e la stipula del contratto, mai avvenuta.

²¹⁸ Ragionevolezza e proporzionalità non sono riducibili alla razionalità sillogistica deduttiva di tipo matematico, alla quale per lungo si è tentato di ricondurre la funzione giurisdizionale nella tradizione di *civil law*. Sul punto deve citarsi C. Perelman, (1979) "*The Rational and the Reasonable*", in *Philosophic Exchange*: Vol. 10: No. 1, Article 5. Available at: http://digitalcommons.brockport.edu/phil_ex/vol10/iss1/5: "The unreasonable is the limit that any legal exercise of power cannot transgress: the power that is given implies a possible choice between different eventualities, but only up to a certain limit; in cases of trespass, the unreasonable use of legal authority will be censured. The rational in law corresponds to adherence to an immutable divine standard, or to the spirit of the system, to logic and coherence, to conformity with precedents, to purposefulness; whereas the reasonable, on the other hand, characterizes the decision itself, the fact that it is acceptable or not by public opinion, that its consequences are socially useful or harmful, that it is felt to be equitable or biased.". V. anche G. Villanacci, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020, e G. Marino, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto amministrativo – L'evoluzione dei limiti all'esercizio del potere autoritativo dello Stato nei confronti del cittadino nella giurisprudenza europea e nazionale*, pubblicato in *Altalex* il 24/02/2021.

²¹⁹ Cfr. art. 107 (Funzioni e responsabilità della dirigenza), comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – Testo unico degli enti locali (TUEL): "I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della *correttezza amministrativa*, della efficienza e dei risultati della gestione" e art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni), comma 1, del d.lgs. n. 50/2016: "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e *correttezza*. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui

principi di economicità, efficienza, efficacia e ragionevolezza dell'azione amministrativa costituiscono regole di azione che svolgono un essenziale effetto conformatore ed una funzione di limite alla libertà di valutazione della p.a.; la loro osservanza è materia di sindacato giurisdizionale, attenendo ciò alla sfera di legittimità e non a quella propriamente discrezionale.

Il problema del controllo di esistenza e liceità della condotta che causa in concreto il danno sorge sia per gli atti di amministrazione *iure imperii* che *iure communi privatorum* e tale vaglio viene effettuato a prescindere che il titolo sia nominato interesse legittimo ovvero diritto soggettivo; solo in questo secondo caso però dovrebbero trovare attuazione i doveri di correttezza e buona fede di matrice civilistica, mentre nel primo vige il principio generale di buon andamento ex art. 97 Cost. (che non esclude affatto la buona fede e correttezza civilistica, ma ne amplia l'ambito di riferimento, dovendosi prendere in considerazione anche gli interessi dei terzi e della collettività).

Il principio del legittimo affidamento del destinatario non rende bilaterale il rapporto amministrativo.²²⁰

4.5 - Ulteriori profili della responsabilità civile della p.a.

Come noto, l'art. 30 c.p.a. ("Azione di condanna") ha introdotto nell'ordinamento giurisdizionale amministrativo la possibilità di proporre l'azione di condanna "anche in via autonoma" (comma 1). Con riferimento specifico alla domanda di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, il legislatore ha però posto un termine di decadenza per la sua proposizione. Infatti, l'art. 30 c.p.a., al comma 3, così recita: "*La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo...*".

L'azione risarcitoria autonoma è stata introdotta nel processo amministrativo, per la prima volta, dal d.lgs. n. 104 del 2010 e ha caratteristiche del tutto peculiari. Come già accennato, da un lato il

è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico", mentre al comma 8 dell'art. 30 è previsto che "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile" (comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020). Emerge *per tabulas* che la disciplina civilistica si applica solo "alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione", per il resto applicandosi la disciplina di diritto amministrativo (d.lgs. n. 50/2016 e l. n. 241/1990).²²⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2021, n. 5758. Da ultimo, vedasi Cassazione Sez. Un. Civili, 11 maggio 2021, n. 12428. In tema di devoluzione in arbitrato rituale di controversie con la pubblica amministrazione, la convenzione urbanistica, quale accordo sostitutivo ex art. 11 l. n. 241 del 1990, non è suscettibile – per tutto ciò che non è disposto dal regolamento contrattuale – di produrre obblighi per la pubblica amministrazione correlati a diritti soggettivi del privato attraverso l'integrazione legale dell'accordo, in ragione della incompatibilità del principio di integrazione del contratto sulla base della buona fede con la norma attributiva del potere amministrativo. Ne consegue che la controversia derivante dalla mancata adozione di provvedimenti da parte della pubblica amministrazione che abbia determinato la non eseguibilità della convenzione urbanistica non può essere risolta mediante arbitrato rituale in quanto è afferente ad interessi legittimi. La controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, in quanto concernente diritti soggettivi, può essere compromessa mediante arbitrato rituale, a condizione che sia identificabile un comportamento della P.A., diverso dalla mera inerzia o dalla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico ovvero che abbia indotto il privato a non esperire gli strumenti previsti per la tutela dell'interesse legittimo pretensivo a causa del ragionevole affidamento riposto nell'emanazione del provvedimento non più adottato (nella specie, la S.C. ha ravvisato nella inerzia dell'Amministrazione, consistita nell'omessa sottoscrizione del nuovo schema di convenzione urbanistica, approvato con delibera del Consiglio comunale, e nel perdurante mancato esercizio del potere di revoca, un comportamento idoneo a indurre il legittimo affidamento del privato sulla conclusione della convenzione).

legislatore ha voluto superare il modello rigido di relazione tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento basata sulla "pregiudiziale amministrativa" e, dall'altro lato, l'autonomia dell'azione risarcitoria è stata controbilanciata con l'assoggettamento della stessa a un termine decadenziale breve, benché più lungo di quello per l'impugnazione dell'atto lesivo, allo scopo preciso di evitare il protrarsi dell'instabilità dei rapporti costituiti dal provvedimento per tutto il periodo quinquennale di prescrizione, durante il quale tale azione avrebbe potuto essere proposta.

Va osservato che, stabilendo un termine di decadenza, il codice del processo ha optato per una soluzione che consentisse di pervenire, in tempi brevi, alla certezza e stabilità del rapporto giuridico amministrativo, potenzialmente pregiudicata anche rispetto a richieste risarcitorie, con una scelta ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale "*poiché essa contempera l'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire, anche a prescindere dalla domanda di annullamento, con l'esigenza di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo e alla stabilità degli effetti giuridici, oltre che alla consolidazione dei bilanci delle pubbliche amministrazioni*" (cfr. sentenza 4 maggio 2017, n. 94, cit.).

Quando non sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può quindi essere formulata entro il termine decadenziale di 120 giorni, che decorre "*dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo*".

Ciò chiarito, va quindi verificato il momento in cui il ricorrente ha avuto effettiva conoscenza dell'esistenza degli atti e della loro potenziale portata lesiva dei propri interessi.

La giurisprudenza ha precisato che "*la conoscenza del provvedimento*", da cui decorrono i termini per impugnare, si realizza quando la parte ricorrente abbia cognizione dell'esistenza del provvedimento, del suo contenuto dispositivo e della sua lesività rispetto ai suoi interessi: "*Nel processo amministrativo il termine per la proposizione dell'azione impugnatoria decorre dalla consapevolezza dell'esistenza del provvedimento e della sua potenziale lesività, mentre l'esistenza di ulteriori vizi o la compiuta conoscenza dei vizi inizialmente riscontrati, acquisita attraverso la conoscenza integrale del provvedimento medesimo o di ulteriori atti del procedimento, consente di proporre motivi aggiunti nell'ambito dell'impugnazione già proposta. Tale conclusione riposa sull'esigenza di certezza dell'azione amministrativa, rispetto alla quale il termine decadenziale per proporre ricorso è consustanziale, ed è tale da non ammettere dilazioni legate all'eventuale incompletezza della cognizione sugli atti del procedimento o sul contenuto integrale del provvedimento impugnato*" (cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2019, n. 2582; nello stesso senso: Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1496; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 600; TAR Emilia-Romagna, Parma, 16 aprile 2019, n. 102; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 884, e TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, 3 febbraio 2021, n. 26, nonché, da ultimo, Corte costituzionale, ordinanza 28 ottobre 2021, n. 204).

Su chi grava l'onere di provare la colpa dell'Amministrazione?

L'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità della p.a., a partire dalle Sezioni Unite n. 500/1999, ha condotto a ritenere che il ricorrente debba fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità, tra cui anche l'elemento soggettivo (come detto, fa eccezione il settore dei contratti pubblici, dove la Corte di Giustizia ha affermato una responsabilità oggettiva della p.a.). Tale approccio ha però posto un problema di effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, giacché in tal modo il ricorrente risultava gravato di un onere particolarmente gravoso.

Si è posta allora l'esigenza di agevolare la posizione del privato che agisca per far dichiarare la responsabilità civile della p.a.

Un primo orientamento perviene ad affermare una nozione oggettiva di colpa della p.a.: sarebbe infatti possibile ravvisare immediatamente la colpa della p.a. in presenza di una violazione grave e manifesta. È quanto avviene nel caso di responsabilità dello Stato per la violazione della normativa

dell'UE e nel campo degli affidamenti pubblici (v. *supra*). Tale impostazione, secondo alcuni, sarebbe applicabile anche nel caso di violazione grave di norme interne che regolano l'attività amministrativa; però, risulta priva di un aggancio normativo.

Secondo la giurisprudenza amministrativa maggioritaria, invece, ferma la natura extracontrattuale della responsabilità, il principio di vicinanza della prova consentirebbe comunque di ritenere l'onere del ricorrente limitato alla dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento o comportamento, essendo rimessa alla p.a. l'incombenza di provare che l'illecito sia dovuto ad errore scusabile. In tal modo, l'illegittimità dell'atto dimostrata dal privato ricorrente costituisce un indice presuntivo di colpevolezza, da valutarsi unitamente ad altri fattori rilevanti nella fattispecie concreta. Ad esempio, nel caso di danno da ritardo o da mancata colposa adozione del provvedimento favorevole, si è affermato che la colpa della p.a. è presunta a fronte della dimostrazione da parte del privato di una palese ed oggettiva inosservanza dei termini procedurali e della spettanza del bene della vita richiesto. Di converso, la p.a. ha l'onere di dimostrare la sussistenza di circostanze impeditive o scusanti. Occorre conclusivamente precisare che quanto osservato vale perlopiù con riferimento alla responsabilità civile della p.a. connessa alla sua attività provvedimentale.

Per la responsabilità civile della p.a. derivante da condotte materiali non connesse all'emanazione di un provvedimento dovrebbero invece trovare applicazione gli ordinari criteri stabiliti dagli artt. 2043 e 2697 c.c. A titolo esemplificativo, colpa relativa a condotte materiali non connesse all'emanazione di un provvedimento sarebbe la *culpa in vigilando o in eligendo* ravvisabile in capo ai componenti degli organi amministrativi. Il Consiglio di Stato, con sentenza del 5 maggio 2016, n. 1808, ha infatti affermato che "Nella ipotesi della *culpa in eligendo o in vigilando*, è del tutto evidente che la responsabilità attribuita all'amministrazione non discende dalla illegittimità dell'atto adottato, ma attiene al più generale comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (*recte*: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario".²²¹

Va infatti ribadito, in tema di responsabilità della p.a. per fatto lesivo cagionato dall'operato dei suoi dipendenti, che non può essere esclusa la sussistenza del rapporto di occasionalità necessaria tra l'attività del dipendente e l'evento lesivo in presenza dell'eventuale abuso compiuto da quest'ultimo o dall'illegittimità anche penale del suo operato, qualora la condotta del dipendente medesimo si innesti, comunque, nel meccanismo dell'attività complessiva dell'ente, sì che il riferimento della condotta del dipendente alla p.a. può venire meno solo quando egli agisca come semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, ed il suo comportamento non sia perciò diretto al conseguimento di fini istituzionali che, in quanto propri della Amministrazione, possono anche considerarsi propri dell'ufficio nel quale il dipendente stesso è inserito (sent. Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2008, n. 2089, citata da Cass. civ., Sez. III, Sent., 16 febbraio 2010, n. 3672).²²² Pertanto,

²²¹ Cfr. F. Cortese, *La responsabilità dell'amministrazione tra legittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 5, 665-671. Con riferimento a una vicenda processuale assai articolata, sorta in coincidenza con un noto caso di cronaca, il Consiglio di Stato coglie l'occasione per ripercorrere alcuni profili centrali del regime della responsabilità della p.a. La pronuncia, in particolare, si sofferma sulla delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo nelle ipotesi in cui la doglianza riparatoria, lungi dal focalizzarsi su conseguenze immediatamente ed esclusivamente riconducibili all'esercizio del potere amministrativo, consista piuttosto in un complessivo rimprovero sull'inazione di una stazione appaltante dinanzi ad attività di natura illecita poste in essere anche da funzionari pubblici nell'ambito della sua sfera di controllo.

²²² Sul tema cfr. V. Tenore, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit.: "Va comunque ribadito che il criterio della "occasionalità necessaria" va escluso in quattro ipotesi-tipo: a) qualora l'autore materiale non sia qualificabile come pubblico dipendente; b) qualora il pubblico dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che siano espressivi di straripamento di potere (incompetenza assoluta); c) qualora il dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che attengano alla sua vita privata

l'ente pubblico committente di un appalto risponde direttamente della condotta dei suoi organi che partecipano alla procedura dell'aggiudicazione ed approvazione del contratto ove ne derivi la violazione della normativa che disciplina la corretta determinazione della misura del prezzo dei lavori per opere pubbliche (arg. ex *legibus* nn. 14/1973, n. 584 del 1977, n. 741 del 1981 e successive modificazioni: Cass. civ., Sez. III, Sent., 16 febbraio 2010, n. 3672, cit.).²²³

Altra e differente questione concerne invece la possibile interruzione del nesso funzionale con il pubblico potere. Affinché ricorra la responsabilità della p.a. per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente – responsabilità il cui fondamento risiede nel rapporto di immedesimazione organica – deve sussistere, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, anche la riferibilità all'Amministrazione del comportamento stesso, la quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente pubblico, e

e/o che non abbiano alcun riferimento alla sua qualifica di pubblico dipendente (es. fuori dall'orario di servizio); d) qualora il dipendente, pur nell'esercizio di proprie funzioni (es. durante l'orario di servizio), agisca per finalità e motivazioni assolutamente incompatibili con le finalità istituzionali dell'ente di appartenenza". Sul punto v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 575; G. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003, 1741; P. Passerone, *Il requisito della riferibilità all'amministrazione del comportamento illecito del pubblico dipendente nell'accertamento della responsabilità civile della p.a.*, in *Resp. civ.*, 1996, 620; M. Clarich, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1085; V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità*, cit., 12 ss.; V. Tenore, *Responsabilità solidale della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, 1368 ss., a cui si rinvia per una puntuale ricognizione della dottrina e soprattutto della giurisprudenza che ha fatto (spesso distorta) applicazione del principio di occasionalità necessaria. V. le sentenze citate in V. Tenore, *Responsabilità solidale della p.a.*, cit., e, in particolare, Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269, in *Rass. Avv. Stato*, 2000, I, 344, con nota di C. Pluchino, *La banda della Uno bianca: l'interruzione del rapporto organico esclude ogni responsabilità della Pubblica Amministrazione*, e Cass., Sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, 11, pt. 1, 3289, con nota di M. P. Giracca, *Responsabilità civile e pubblica amministrazione: quale spazio per l'art. 2049 c.c.?*, *ibidem*, 3293-3297, secondo cui "...a tale riguardo, l'attività può essere riferita all'Ente se sia e si manifesti come esplicazione dell'attività di quest'ultimo, cioè tenda (pur con abuso di potere) al conseguimento dei suoi fini istituzionali, nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui esso dipendente è addetto; e questo riferimento all'ente può venire meno solo quando il dipendente agisca come un semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, che si rilevi assolutamente estraneo all'amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente (così, sostanzialmente, Cass., 17 settembre 1997, n. 9260; 6 dicembre 1996 n. 10896; 13 dicembre 1995, n. 12786; 7 ottobre 1993, n. 9935; 3 dicembre 1991, n. 12960)".

²²³ Va infatti ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico (nella specie aggiudicazione dell'appalto a licitazione privata) prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981, L. n. 687 del 1984). Se poi la violazione di dette norme è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale – che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione – la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze. Qualora poi l'ente danneggiato agisca nei confronti dell'appaltatore, nell'ambito del rapporto giuridico con lo stesso instaurato, per il risarcimento del danno derivatogli dalla condotta illecita da questo perpetrata, il giudice deve indagare – anche d'ufficio – in base agli atti acquisiti, in ordine alla eventuale cooperazione attiva dello stesso ente danneggiato – cui è direttamente riferibile, come detto, la condotta, anche dolosa, del suo funzionario od impiegato (nella specie nella fase deliberativa e di aggiudicazione dei contratti di appalto) – a norma dell'art. 41 cod. pen. (Cass. nn. 18544/2009, 5127/2004), con conseguente riduzione della responsabilità civile del danneggiante ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, – richiamato dall'art. 2056 cod. civ. per quella extracontrattuale (Cass. nn. 564/2005, 4954/2007) – ove i comportamenti dell'uno e dell'altro abbiano determinato una situazione tale che, senza uno di essi, l'evento non si sarebbe verificato (art. 40 cod. pen.) e che nel reato di corruzione – contestato nei procedimenti penali – l'accordo illecito è raggiunto su un piano di sostanziale parità delle parti. A questi principi si era attenuta la Corte di merito nel considerare equivalenti le condotte dolose dell'appaltatore e del committente nella causazione del danno, sebbene la responsabilità della p.a. sia devoluta alla giurisdizione amministrativa.

cioè tenda, pur se con abuso di potere, al conseguimento dei fini istituzionali di questo nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui il dipendente è addetto. Tale riferibilità viene meno, invece, quando il dipendente agisca come un semplice privato per un fine strettamente personale ed egoistico che si riveli assolutamente estraneo all'Amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente, atteso che in tale ipotesi cessa il rapporto organico fra l'attività del dipendente e la p.a. (Cass. civ., Sez. III, sentenza 8 ottobre 2007, n. 20986).²²⁴

In quest'ultimo caso sì che potrebbe esserci giurisdizione ordinaria sul presupposto dell'interruzione del nesso funzionale con il potere pubblico: venuto meno quel presupposto, la responsabilità ricade nel regime del diritto comune, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, ferma restando

²²⁴ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. civ., 30 gennaio 2008, n. 2089, cit.; Id., 21 novembre 2006, n. 24744; Id., 12 agosto 2000, n. 10803; Id., 17 settembre 1997, n. 9260; Id., 3 dicembre 1991, n. 12960; Id., 17 dicembre 1986, n. 7631; Id., 23 ottobre 1979, n. 5544. Più nel dettaglio, il carattere privato dell'intento che muove il dipendente nel porre in essere la propria condotta è quello del tutto estraneo all'interesse pubblico, di talché il fatto illecito non è in alcun modo riconducibile all'attività amministrativa, essendo avulso dagli scopi istituzionali perseguiti. Tale impostazione è stata seguita anche dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600; Id., Sez. V, 4 marzo 2008, n. 890; TAR Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 11 agosto 2012, n. 536; TAR Sicilia - Catania, 25 luglio 2013, n. 2166) secondo cui la riferibilità all'Amministrazione del comportamento stesso si elide, venendo appunto meno il rapporto di immedesimazione organica, laddove il dipendente pubblico ponga in essere una condotta penalmente rilevante. In proposito, si osservi che parte della giurisprudenza (cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2015, n. 20965) ha, infatti, a lungo ritenuto che il fine criminoso che sostiene la condotta dell'agente pubblico sia di per sé idoneo ad escludere la contestuale presenza del fine istituzionale, essendo quest'ultimo di per sé incompatibile con qualsiasi condotta penalmente rilevante. Con la pronuncia n. 13246/2019, le Sezioni Unite hanno innovato il sistema previgente della responsabilità civile della p.a., introducendo un regime di responsabilità a doppio binario, in cui coesistono due diverse forme di responsabilità a seconda del carattere della finalità perseguita dal dipendente pubblico nella commissione dell'illecito. Si avrà, infatti, la responsabilità diretta della p.a. ex art. 2043 c.c. laddove sussista un interesse istituzionale e, quindi, il rapporto di immedesimazione organica; al contrario, ogni qual volta l'autore dell'illecito sia mosso soltanto da un interesse strettamente personale ed egoistico, la p.a. sarà chiamata a rispondere a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c. : cfr. E. Romani, *La responsabilità civile della p.a. per il fatto penalmente illecito commesso da un proprio dipendente alla luce delle Sezioni Unite n. 13246/2019*, in *federalismi.it*, 2020, 4, 229-257. Dopo aver ricostruito i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono espressi in tema di responsabilità civile della p.a., il lavoro si propone di verificare se la ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite sia condivisibile o se, piuttosto, sarebbe preferibile introdurre alcuni correttivi che tengano conto delle peculiarità della persona giuridica pubblica e dell'esigenza di tutelare le finanze pubbliche. In proposito si ritiene preferibile accogliere l'impostazione tradizionale seguita dalla Cassazione civile (*ex multis*, si rimanda a Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709; Cass. civ., Sez. I, 4 gennaio 2017, n. 80, e Id., 11 giugno 2018, n. 15145, ove si legge: "Né può ipotizzarsi una responsabilità dell'ente ex art. 28 Cost., in quanto tale norma presuppone che l'attività del funzionario sia riferibile all'ente medesimo, mentre la violazione delle regole contabili determina una frattura del rapporto di immedesimazione organica con la pubblica amministrazione") e ritenere che l'art. 28 Cost. si combini unicamente con l'art. 2043 c.c., sul presupposto che la norma costituzionale presupponga e disciplini il rapporto di immedesimazione organica, il quale è incompatibile con la responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., che richiede invece una alterità tra il preponente pubblico e il dipendente. In dottrina, la pronuncia n. 13246/2019 è stata aspramente criticata da V. Tenore, *"Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A. ex art. 2049 c.c. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non condivisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., Sez. un., 16 maggio 2019 n. 13246)*, in *www.giustamm.it*, 2019, 6. Si sono espresse, invece, in senso favorevole alla ricostruzione svolta dalle Sezioni Unite G. Donadio, *La responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto illecito commesso dal dipendente: il sistema a doppio binario e l'effettività della tutela*, in *GiustiziaCivile.com*, 2019, e G. Tursi, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, in *Danno e resp.*, 2019, 4, 502. In buona sostanza, anche in questo caso la Cassazione ha esteso alla p.a. i principi affermati nella propria giurisprudenza ordinaria per cui, ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c., è sufficiente che il fatto illecito sia commesso da un soggetto legato da un rapporto di preposizione con il responsabile, ipotesi che ricorre non solo in caso di lavoro subordinato, ma anche quando, per volontà di un soggetto (committente), un altro (commesso) espliciti un'attività per conto del primo: da ultimo Cass. civ., Sez. II, 19 ottobre 2021, n. 28852. Cfr. *Responsabilità ex art. 2049 c.c.: è sufficiente che per volontà di un soggetto taluno espliciti un'attività per conto del primo*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 26165 - pubb. 13/11/2021.

quella concorrente della Corte dei conti.²²⁵ Tuttavia, a seguito della pronuncia n. 13246/2019 delle Sezioni Unite, non si avrebbe interruzione del nesso funzionale fra p.a. e pubblico dipendente, con conseguente unica sorte per entrambi (giudice amministrativo o ordinario)²²⁶, senza possibilità di risultati asimmetrici per il caso che il dipendente agisca al di fuori della pubblica funzione: pare ragionevole attendersi la giurisdizione ordinaria, stante l'estraneità all'esercizio del pubblico potere (oppure, dovendo rispondere anche la p.a., se si ricade in ambito autoritativo, la questione viene attratta nella giurisdizione amministrativa anche qualora non sia prevista la giurisdizione esclusiva?). Le Sezioni Unite hanno quindi peggiorato la già grave situazione di incertezza del diritto in materia, venendo meno al loro ruolo nomofilattico (si tratta di interessi legittimi o di diritti soggettivi?).

In casi di danni arrecati alla p.a. da un proprio dipendente, l'ente danneggiato potrebbe recuperare il risarcimento attraverso una normale azione civile innanzi al giudice ordinario: in tale evenienza non si pone alcuna interferenza (né pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.) tra l'illecito amministrativo-contabile e quello civile, con l'unico limite del divieto di doppia condanna del dipendente, in sede

²²⁵ Cass. civ., Sez. III, Sent. 16 febbraio 2010, n. 3672, cit., ha pregiudizialmente esaminato il secondo dei motivi articolati dai ricorrenti con il quale veniva tralaticciamente reiterata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, già respinta in entrambe le pregresse fasi di merito, prospettandosi l'inerenza della controversia alla sfera di cognizione della Corte dei conti: "Il rilievo è manifestamente infondato. Infatti, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, la giurisdizione in materia di contabilità pubblica (comprensiva sia dei giudizi di conto che di quelli sulla responsabilità amministrativa patrimoniale) – sussistente, a norma dell'art. 103 Cost., comma 2, nei confronti di dipendenti di enti che maneggiano pubblico danaro (artt. 81, 82 83 R.G. 2440/1923, 43 R.G. 1038/1933, 44 e 52 R.G. 1214/1934; e nella specie L. n. 132 del 1968, artt. 27, 29 e 31; L. n. 833 del 1978, artt. 50 e 51 Corte dei Conti 234/1986; S.U. 3375/1989, 3970/1993, 12708/1998, 1945/2002) – è indipendente dalla giurisdizione civile per il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità contrattuale ed extracontrattuale anche quando il fatto materiale sia il medesimo (S.U. 5943/1993, 22277/2004, 20476/2005). Ed infatti da un lato la costituzione del rapporto processuale nei confronti dell'amministratore o impiegato pubblico è rimessa all'iniziativa del P.G. della Corte dei Conti, tutore dell'interesse generale alla conservazione e alla corretta gestione dei mezzi economici per l'esercizio dell'azione amministrativa e all'osservanza della legge e al corretto esercizio da parte dei pubblici dipendenti delle funzioni e del servizio loro affidati (responsabilità amministrativa patrimoniale di natura contrattuale) nonché dell'interesse particolare dell'ente danneggiato. Dall'altro è da escludere che l'appalto a licitazione privata per la costruzione o ristrutturazione di un ospedale determini l'inserimento dell'impresa appaltatrice nell'esercizio di poteri organizzativi di natura pubblicistica della p.a. per lo svolgimento del pubblico servizio sanitario e dell'assistenza ospedaliera, presupposto necessario per la conseguente giurisdizione contabile sulle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno erariale per effetto di condotte illecite degli amministratori o soci della società appaltatrice (S.U. 22652/2008)". Pertanto, secondo la Cassazione, correttamente è stata ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario per l'accertamento della responsabilità civile della appaltatrice e dei suoi organi. Sulla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa vedasi AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006; M. Atelli, P. Briguori, P. Grasso, A. Laino, *Le responsabilità per danno erariale. Organi politici, personale dipendente ed in rapporto di servizio*, Milano, 2006; P. Novelli, L. Venturini, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008; P. Santoro, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici*, Milano, 2009; M. Andreis, *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, Milano, 2010.

²²⁶ Gli artt. 651-652 c.p.p., nell'attribuire alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o assoluzione, efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo di risarcimento del danno, subordinano tale efficacia all'avvenuta pronuncia della sentenza a seguito di dibattimento, in tal modo escludendo la possibilità di riconoscere il medesimo effetto a quella di non luogo a procedere pronunciata all'esito dell'udienza preliminare. La natura eccezionale delle predette disposizioni e di quella dettata dall'art. 654 c.p.p., aventi carattere derogatorio rispetto al principio di autonomia e separazione che informa la disciplina dei rapporti tra giudizio penale e giudizio civile (o amministrativo), ne esclude l'applicabilità in via analogica, imponendo al giudice civile (o amministrativo) di procedere, con pienezza di cognizione, ad una nuova valutazione dei fatti e della responsabilità, nell'ambito della quale può legittimamente utilizzare come fonte del proprio convincimento gli elementi di prova acquisiti nel giudizio penale, desumendoli dalla relativa sentenza o ricavandoli dagli atti del processo, e sottoponendoli al proprio vaglio critico (cfr. Cass., Sez. VI, 3/07/2018, n. 17316; Cass., Sez. III, 18/11/2014, n. 24475; Cass., Sez. lav., 9/10/2014, n. 21299, e da ultimo Cass., Sez. I, 3 marzo 2021, n. 5795).

civile e contabile, per lo stesso fatto e con eventuale effetto decurtante sulla pretesa della Procura erariale derivante dal parziale recupero intervenuto in sede civile o in sede transattiva).²²⁷

L'indipendenza tra i due giudici (ordinario e contabile), anche quando vengano investiti di un medesimo fatto materiale, comporta una mera interferenza tra giudizi (innegabilmente caratterizzati da regimi sostanziali e processuali assai diversi) e non tra giurisdizioni²²⁸, e la più recente

²²⁷ Più puntualmente, ai sensi dell'art. 23 del d.P.R. n. 3/1957 la responsabilità del pubblico impiegato è circoscritta ai casi in cui la violazione dei diritti dei terzi sia avvenuta con colpa grave o dolo, andando quindi esente da responsabilità nelle ipotesi di colpa lieve. Di contro, trovando applicazione nei confronti della p.a. l'art. 2043 c.c., lo Stato o l'ente pubblico possono essere considerati responsabili anche nei casi di colpa semplice, così introducendo nel sistema un elemento di contraddittorietà. Sui diversi gradi della colpevolezza in caso di responsabilità della p.a. e del dipendente pubblico, si veda F. Fracchia, *Colpa dell'amministrazione e «autoprotezione» da parte del privato-vittima* (nota a Cons. Stato sez. IV 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. Stato sez. VI 19 novembre 2003, n. 7473), in *Foro it.*, 2005, 5, pt. 3, 299, secondo cui questa discrasia tra i regimi "si traduce in uno stimolo ad usare tutti gli strumenti organizzativi (in particolare, di selezione e di formazione del personale, nonché di controllo: si pensi ai controlli interni) onde evitare la colpa lieve di chi in concreto agisce e, cioè, del dipendente"; v. anche Id., *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione* (Relazione al 54 Convegno di Studi amministrativi di Varenna su "La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi"), in *Diritto pubblico*, 2008, 2, 445-534. Giova ricordare, invero, che la Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 371/1998 ha indicato la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lettera a), del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543 (Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti), convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, che sostituisce l'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il quale ha disposto l'innalzamento alla colpa grave del criterio di imputazione soggettiva della responsabilità per il pregiudizio erariale, individuandola nella necessità di funzionalizzare l'attività dei pubblici dipendenti in termini di efficacia, efficienza ed economicità mediando tra la necessità di assicurare una effettiva forma di responsabilità per le attività illegittime e tuttavia evitare la cd. "paralisi gestionale" che potrebbe invero determinarsi per effetto dell'eccessivo rischio restitutorio/sanzionatorio connesso alla responsabilità amministrativo-contabile. Secondo il Giudice delle leggi, "Nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione risponde, perciò, alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo..." (in termini, Sez. Giur. Campania, n. 990/2013).

²²⁸ Cfr. V. Tenore, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit.: sulla non configurabilità di una questione di giurisdizione e di una litispendenza a seguito della previa proposizione di un'azione civile di danni per i medesimi fatti e per la piena legittimità del sistema del cd. doppio binario (azione civile e contabile) per il recupero del danno patito dalla p.a., che consente il promovimento dell'azione giuscontabile anche se ci sia stata costituzione di parte civile in sede penale da parte della p.a. nei confronti dell'autore del danno erariale, o, addirittura, una condanna in sede civile (o penale) sull'*an* del risarcimento (condanna generica), vedasi, tra le tante, C. conti, Sez. riun., 29 ottobre 1986, n. 516, in *Foro amm.*, 1987, 2432; id., Sez. I, 15 maggio 1991, n. 743, in *Riv. C. conti*, 1991, f. 4, 102; id., Sez. riun., 17 febbraio 1992, n. 752/A, in *Sett. giur.*, 1992, IV, 169; C. conti, Sez. I, 23 settembre 1992, n. 200, in *Riv. C. conti*, 1992, f. 5, I, 50; id., Sez. riun., 9 dicembre 1992, n. 816/A, in *Riv. C. conti*, 1993, f. 1, 50; id., Sez. II, 2 novembre 1993, n. 256, *ivi*, 1993, 6, II, 91; id., Sez. Veneto, 2 aprile 1994, n. 29, in *Riv. C. conti*, 1994, 2, II, 182; id., Sez. I Lazio, 18 febbraio 2002, n. 48/A, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 1, 130; id., Sez. I Lazio, 9 aprile 2002, n. 109/A, in *Riv. C. conti*, 2002, 2, 130; id., Sez. I Lazio, 4 giugno 2002, n. 178/A, in *Riv. C. conti*, 2002, 3, 89; id., Sez. Abruzzo, 3 ottobre 2002, n. 699, in *Riv. C. conti*, 2002, 5, 128; id., Sez. Lazio, 23 ottobre 2002, n. 2876, in *Riv. C. conti*, 2002, 5, 117; id., Sez. Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1. La tesi è confermata da Cass., Sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11; 22 dicembre 2009, n. 27092; 12 maggio 2009, n. 10856; 23 novembre 1999, n. 822, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità contabile*, n. 1012; Sez. un., ord. 21 maggio 1991, n. 369, in *Riv. C. conti*, 1991, 5, 235, e Cons. Stato, parere 20 gennaio 1997, n. 1420, in *Cons. Stato*, 1997, III, 1321. Oltre a molte delle sentenze sopracitate, v. anche C. conti, Sez. riun., 2 giugno 1990, n. 670, in *Riv. C. conti*, 1990, 4, 71; C. cost., 7 luglio 1988, n. 773, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1354, e in *Foro it.*, 1989, 2, 368, con nota di L. Verrienti, *In tema di rapporti tra giudizio penale e giudizi di responsabilità amministrativa*, *ibidem*, 368-372. La sentenza ritiene infondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 26 c.p.p., nella parte in cui preclude al procuratore generale della Corte dei conti di esercitare l'azione di responsabilità contro il pubblico dipendente già condannato penalmente e che ha anche liquidato il danno da reato subito dalla p.a. L'A. affronta il più ampio problema inerente al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile, alla luce dell'art. 103, comma 2, Cost.

giurisprudenza della Cassazione a sezioni riunite sembra ormai orientarsi in questo senso.²²⁹ Tale approdo interpretativo è stato sottoposto a serrata critica da parte della dottrina, volta a superare il regime della pluralità di azioni (civile e contabile) fondato sul concorso di norme, rivendicando “l’esclusività” della responsabilità amministrativa, quale sistema chiuso, rispetto a quella civile, anche in considerazione dell’ingiustificato distinguo di regimi sostanziali applicati dai due concorrenti giudici.²³⁰

La responsabilità amministrativa contabile può definirsi come la responsabilità patrimoniale in cui incorrono i pubblici funzionari che, in presenza di un rapporto di impiego, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi di servizio, abbiano causato un danno economico all’Amministrazione. Si tratta di una responsabilità preposta alla salvaguardia delle finanze pubbliche, ossia si mira a garantire che le gestioni finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici si svolgano senza lesioni o pregiudizi. Il giudizio contabile assume, in tal modo, valenza sanzionatoria della cattiva utilizzazione delle risorse provenienti dal gettito fiscale e della gestione superficiale e scorretta dei beni nell’ambito pubblicistico; attraverso la tutela giurisdizionale contabile si esercita il controllo sull’utilizzazione del denaro e dei beni pubblici.²³¹

²²⁹ Il problema della coesistenza dell’azione civile di danno, promossa dinanzi al giudice ordinario, con l’azione di responsabilità amministrativo-contabile dinanzi alla Corte dei conti è stato oggetto di una recente ordinanza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. un., ord. 4 ottobre 2019, n. 24859), che ha negato la sussistenza in materia di una giurisdizione esclusiva della Corte dei conti.

²³⁰ Cfr. V. Tenore, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit.: per l’esclusività della responsabilità amministrativa e l’esclusione di una concorrente azione civile v. F. Pasqualucci, *Introduzione*, in E. F. Schlitzer, *L’evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 26 ss.; E. F. Schlitzer, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, *ibidem*, 43 ss. In giurisprudenza, per la esclusività della giurisdizione contabile è Cass., Sez. un., 2 aprile 2007, n. 8093, secondo cui quando si assuma verificato un danno erariale che si ricollegi a comportamenti di medici specialisti in regime di convenzionamento esterno con Aziende USL riconducibili ad attività amministrativa (come nel caso di prescrizioni di specialità medicinali effettuate in contrasto con istruzioni impartite), in ordine alla relativa responsabilità – che dipende non dall’esercizio della professione del sanitario, bensì dal comportamento illegittimo, doloso o colposo posto in essere nell’ambito del rapporto di pubblico servizio – sussiste la giurisdizione contabile della Corte dei conti e non dell’a.g.o. in sede civile (*in terminis*, Cass., Sez. un., 13 novembre 1996, n. 9957, 21 dicembre 1999, n. 922, e 13 marzo 2001 n. 114). Sul punto v. anche Cass., Sez. un., n. 201 del 2001 e n. 98 del 2000, nonché C cost., 13 luglio 2007, n. 272, in *Giust. civ.*, 2007, 10, 2062.

²³¹ Cfr. P. Petroni, *Responsabilità amministrativo-contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della corte dei conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali*, in *www.diritto.it*, 18 gennaio 2007. La Corte dei conti ha costantemente fondato sull’art. 103 Cost. la vis espansiva della propria giurisdizione, allargando l’ambito giurisprudenziale di partenza al fine di esercitare in modo pieno ed esclusivo il giudizio di responsabilità nei confronti di nuove categorie di soggetti, prima non ricomprese nella sfera della propria giurisdizione. In tale quadro evolutivo, si inserisce la sentenza della Corte dei conti, III Sez. giurisdizionale, 27 febbraio 2002 n. 63, che ha enunciato che l’attività del privato professionista, che rende la propria opera professionale a favore di una pubblica amministrazione, è sempre sindacabile dal giudice contabile. Sono in tendenza decisamente crescente i settori per i quali è enunciato, con frequenza il principio secondo cui non rileva la natura privata o pubblica del soggetto, ma solo il fatto che questi agisca nell’interesse della collettività (funzione pubblica), anche se non assoggettato al potere autoritativo dell’Amministrazione. Nel campo dei servizi pubblici, come nell’ambito delle procedure di affidamento lavori, servizi e forniture, è sempre più diffuso il fenomeno dell’intervento di soggetti privati in luogo delle pubbliche amministrazioni in senso soggettivo. Di fronte ad atti compiuti da società costituite da enti locali, da concessionari di lavori pubblici o di pubblici servizi, da enti pubblici economici, da società con capitale pubblico in misura anche non prevalente e, in generale, da tutti i soggetti privati che partecipano all’attività amministrativa, si è posto il problema della situazione giuridica soggettiva loro imputabile e del criterio di riparto di giurisdizione (v. nota n. 157 ss. *supra*). Gli stessi atti posti in essere dall’Amministrazione non sono più riconducibili, *sic et simpliciter*, al modello classico di atto amministrativo inteso come atto autoritativo. Il provvedimento amministrativo è oggi solo uno dei possibili atti che le pubbliche amministrazioni possono adottare per il perseguimento dei propri fini; ad esso si accompagnano modelli procedurali più vicini al diritto privato: accordi con cui si negozia il contenuto di un provvedimento o che ad esso si sostituiscono. Ed è soprattutto alla luce di questa nuova veste della pubblica amministrazione, che la preferenza deve essere accordata ad una nozione oggettiva di attività amministrativa, per cui va ricondotta a tale tipologia di attività ogni atto e/o operato che consista nello svolgimento di una

Tra le diverse figure di costruzione pretoria della giurisprudenza della Corte dei conti (lesione all'immagine, danno da tangente, lesione alla concorrenza, *et cetera*), in questo momento storico, merita una riflessione il danno da disservizio, figura legata tanto a profili di illegittimità quanto alla disorganizzazione interna all'Amministrazione.²³²

Ebbene, davanti a comportamenti illegittimi e/o scorretti del dipendente pubblico, emerge, comunque, un profilo di disorganizzazione dell'Amministrazione, perché determinati comportamenti non sono solo l'esito di improvvisazioni personali, ma anche il frutto dell'assenza di controlli efficienti in grado di prevenire o contenere i comportamenti illeciti.²³³

pubblica funzione o di un pubblico servizio, indipendentemente se l'atto commesso o la forma utilizzata appartengano al diritto privato o al diritto pubblico in quanto è condivisibile l'assunto posto dalla richiamata ordinanza della Corte di cassazione n. 19667/2003, secondo cui "*l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato*". Ne deriva che, ai fini del promovimento dell'azione di responsabilità dinnanzi alla giurisdizione contabile, non è più essenziale accertare l'esistenza di un rapporto di servizio tra soggetto ed ente ma è necessario e sufficiente il verificarsi di un pregiudizio ingiusto in danno della finanza pubblica. Non a caso le motivazioni dell'ordinanza della Corte di cassazione n. 19667/2003 sono state fatte proprie ed ampliate da successive pronunce del giudice di legittimità, che hanno pure valorizzato la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, che ha definitivamente chiarito che il solo fatto che la pubblica amministrazione sia parte in causa non ha rilievo determinante quanto al riparto di giurisdizione, che va compiuto sempre in ragione della concreta situazione giuridica dedotta in giudizio. In particolare, le Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'ordinanza n. 3351 del 19 febbraio del 2004, hanno affermato la soggezione alla giurisdizione del giudice contabile anche degli amministratori e dei dipendenti delle aziende municipalizzate. Rilevato che sempre più Comuni gestiscono servizi pubblici locali attraverso aziende speciali, che svolgono attività economica con modalità e strumenti tipicamente imprenditoriali, si è evidenziato che applicando il precedente e tradizionale orientamento della giurisprudenza di legittimità si sarebbero dovuti sottoporre, da una parte, alla giurisdizione del giudice ordinario gli atti espressione di attività gestionale attraverso moduli imprenditoriali e, dall'altra, alla giurisdizione della Corte dei conti gli atti espressivi di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche. Al contrario, in tal recente pronuncia, si ritiene come sia l'intero operato degli amministratori e dei dipendenti delle aziende speciali che sia da ricondursi, in via esclusiva alla giurisdizione contabile perché l'eventuale danno da essi commesso reca un pregiudizio ingiusto alla contabilità pubblica, la cui tutela giurisdizionale spetta unicamente alla Corte dei conti. E ad identica conclusione pervengono le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione per le società di diritto privato partecipate, in modo quasi totalitario, dal Comune esercente un pubblico servizio (sentenza n. 3899 del 26 febbraio 2004, in *LexItalia.it*, 2004, 1, con commento di M. Perin); nonché per le società per azioni a prevalente e/o intera partecipazione pubblica quanto all'operato dei sindaci e alle loro responsabilità (Cass. Sez. un., 22 luglio 2004, n. 13702, con nota di A. Canale, *Società per azioni a capitale pubblico: riflessioni in merito alla sentenza n. 13702/04 del 22 luglio 2004 delle Sezioni Unite Civili della Cassazione*, in *www.diritto.it*, 14 ottobre 2004).

²³² Cfr. M. Perin, *Danno da disservizio e disorganizzazione nell'amministrazione*, in *LexItalia.it*, 2013, 2. Già la dottrina amministrativista metteva in relazione la disorganizzazione dell'apparato e della gestione amministrativa con i comportamenti dei funzionari scorretti: cfr. V. Italia, *Danno da disservizio, urge chiarimento normativo* (commento di Consiglio di Stato – Sezione IV – Sentenza 11 gennaio-2 marzo 2011, n. 1335), in *Guida agli enti locali. Il Sole 24 ore*, 2011 – Vol. 15 – Fasc. 18, 65-66. Infatti, innanzi a comportamenti illeciti di dipendenti pubblici che avevano prodotto pregiudizi economici per le persone e/o imprese entrate in contatto con l'Amministrazione, la giustizia amministrativa riteneva che sussistesse una colpa chiamata "*colpa d'apparato*", la quale comportava il diritto al risarcimento per il danneggiato (cfr. TAR Lombardia, sentenza n. 3877 del 19 ottobre 2005). Quest'orientamento non è consolidato nella giurisprudenza amministrativa, poiché è stato ritenuto che, quando il comportamento del dipendente pubblico è caratterizzato dal fine egoistico e strettamente personale, tipico dei reati contro l'Amministrazione, esso non è riconducibile agli scopi dell'ente (v. nota n. 224 *supra*). Pertanto, con il fine egoistico si spezza il rapporto organico esistente tra la p.a. datrice di lavoro e il dipendente, con la conseguenza che le attività illegittime e/o illecite non possono ricadere sull'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 2 marzo 2011, n. 1335).

²³³ Cfr. C. Amiconi, *Esegesi della corruzione amministrativa - Il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati (interesse proprio o di terzi) delle funzioni pubbliche attribuite (cd. *maladministration*)*, pubblicato in *Altalex* il 22/01/2021. L'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (cd. T.U. sul pubblico impiego), che declina la tutela del segnalante (cd. *whistleblowing*), fa presumere in senso molto ampio il concetto di "condotta illecita", oggetto di segnalazione agli organismi tutori. La norma ha l'obiettivo di prevenire

o contrastare fenomeni che vanno dalla gamma di tutti i reati contro la pubblica amministrazione, agli illeciti civili o amministrativi, passando per la cd. corruzione amministrativa, ovvero quelle irregolarità che costituiscono sintomo di mal funzionamento dell'Amministrazione a causa dell'uso a fini privati (interesse proprio o di terzi) delle funzioni pubbliche attribuite (cd. *maladministration*) e che sono fonte di responsabilità di altro tipo, ad es. la responsabilità deontologico/disciplinare, o non soggetta ad alcuna sanzione, ma comunque sgradita all'ordinamento giuridico. Per qualificare e identificare la disfunzione amministrativa vengono in genere utilizzate varie locuzioni – comunque espressioni lo stesso concetto giuridico – quali “abuso di pubbliche funzioni per finalità personali, “interesse improprio che orienta l'azione pubblica”, “assunzione di decisioni devianti dalla cura dell'interesse generale a causa di condizionamenti abusivi” *et similia*. In tal senso si sono espressi atti amministrativi a carattere generale, quali la Circolare della Funzione pubblica del 25 gennaio 2013, n. 1, e gli atti dell'ANAC: vedasi i PNA - Piani nazionali anticorruzione, la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 contenente *Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti* (cd. *whistleblowing*) e, da ultimo, la seconda Determinazione ANAC sulla tutela del segnalante emanata nel settembre 2019 (e al momento in corso di effettiva adozione) che abroga la precedente (in sede di rilascio del parere su quest'ultima Determinazione dell'ANAC, il parere del Consiglio di Stato, 1° Sez. Consultiva, 24 marzo 2020, n. 615, ha statuito che le Linee guida sul *whistleblowing* non hanno natura vincolante per le p.a., che hanno comunque l'onere di motivare eventuali scelte diverse). A differenza della corruzione penale di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 320 e 322 del codice penale, la corruzione amministrativa non è nozione esattamente legificata, ma di sicuro nozione più estesa, atteso che la corruzione penale è un reato-contratto che postula un accordo tra un pubblico ufficiale e un terzo, in base al quale il primo in relazione alle proprie funzioni, accetta denaro o altre utilità dal secondo (cd. *pactum sceleris*). Per calare la corruzione amministrativa come concetto giuridico astratto, nella materialità dei casi della vita amministrativa e a titolo meramente esemplificativo l'ANAC ha citato condotte, quali “nepotismo, clientelismo, partigianeria, conflitti di interesse, assunzioni non trasparenti, false dichiarazioni, violazioni di norme sulla sicurezza, occupazione di cariche pubbliche, sprechi, scarsa attenzione alle domande dei cittadini, demansionamento, comportamento non conforme ai doveri di ufficio (es. mancato rispetto delle disposizioni di servizio, accesso indebito ai sistemi informativi (anche mediante l'utilizzo di credenziali altrui), utilizzo improprio di istituti a tutela del dipendente (es. malattia, garanzie e tutele ex legge 5 febbraio 1992, n. 104, congedi, permessi sindacali) irregolarità e utilizzo distorto del potere discrezionale nell'ambito di procedure di affidamento di contratti pubblici, irregolarità nello svolgimento di procedimenti amministrativi che comportano uno scorretto utilizzo dell'esercizio del potere discrezionale a fini meramente privati, in contrasto con il fine pubblico, rapporti/frequentazioni inopportune tra dipendenti ed “esterni” per il raggiungimento di fini privati, mediante l'abuso della posizione pubblica attribuita (es. contribuenti, utenti, consulenti), autorizzazione e liquidazione indebita di spese relative al personale”. La dottrina si è spinta anche ad associare la corruzione amministrativa “al trattare le persone (dipendenti e cittadini) senza il dovuto rispetto e gentilezza” (cfr. R. Cifarelli, *Corruzione amministrativa e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 17 maggio 2013) e su questa falsariga è plausibile possa rientrarvi a *fortiori* la violazione dell'integrità morale e psicologica delle persone. L'A. ha osservato che a differenza del profilo oggettivo, il profilo soggettivo ovvero l'elemento psicologico della disfunzione amministrativa, così come sopra declinata, non sembra essere tematica sin ad ora sufficientemente approfondita. Non pare tuttavia sussumersi nella mera colpa, bensì nel dolo intenzionale (o quanto meno nel dolo generico): quindi la corruzione amministrativa emergerebbe, non tanto quando la *malagestio* è espressione *ex se* di imprudenza, imperizia e trascuratezza, ma quando è finalizzata a realizzare un interesse proprio, o di altri soggetti e non solo in termini di utilità materiale, ma anche di utilità morale (se non esclusivamente, quanto meno prevalentemente). Non può sottacersi che la connotazione dolosa del profilo psicologico sotteso alla disfunzione amministrativa tende a richiamare – nel quadro dei vizi di legittimità degli atti amministrativi – la figura sintomatica dell'eccesso di potere per sviamento – ovvero sviamento dal fine che la legge ha previsto per l'esercizio dell'azione amministrativa, pur in presenza di procedimenti formalmente corretti. Sul punto corre l'obbligo di sottolineare che la corruzione amministrativa può albergare anche negli atti di diritto privato della pubblica amministrazione, in quanto pur essendo i medesimi estranei alla sintomatologia dell'eccesso di potere che caratterizza esclusivamente atti e provvedimenti amministrativi, la disfunzione amministrativa ben può risiedere nella violazione degli obblighi di buona fede, lealtà e correttezza che gravano sul datore di lavoro pubblico nell'esercizio dei suoi poteri privatistici cd. *more gestionis*. Va poi altresì rilevato come l'aspetto psicologico induca a stabilire un nesso con quell'“interesse privato in atti d'ufficio”, quale reato ex art. 324 c.p., poi abrogato per genericità dalla L. n. 86/90 e confluito nel delitto di abuso di ufficio (cfr. Cass. pen., Sez. II, 4 dicembre 1997, con note di M. Gambardella, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cassazione penale*, 1998, 9, 2335-2342; di A. Tesauro, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della cassazione*, in *Foro it.*, 1998, 4, pt. 2, 258-269, e di O. Forlenza, *La violazione di legge assume un rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale*, in *Guida al diritto*, 1998, 9, 67; sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale con l'ordinanza 14 luglio 2016, n. 117, su cui cfr. M. Galdi, *Un'anomala ordinanza della Consulta in tema di abuso d'ufficio e... di eccesso di potere*, in

La disorganizzazione dell'Amministrazione è sicuramente un fatto oggettivamente dannoso, sia per lo spreco delle risorse pubbliche, sia per i disagi subiti dall'utenza e dai cittadini.²³⁴

www.giustamm.it, 2016, 9), ma con requisiti di punibilità ben più restrittivi sul piano oggettivo e soggettivo, al fine di garantire il rispetto dei settori riservati alla discrezionalità amministrativa. E il richiamo al reato abrogato di interesse privato in atti d'ufficio attesta ulteriormente che la nozione di corruzione amministrativa è più dilatata e indeterminata della nozione di corruzione penale, ancorata inevitabilmente per ragioni di costituzionalità e garanzia, agli stringenti limiti del principio della sufficiente determinatezza della fattispecie penale (l'illecito penale come illecito tipico e formale). Ma vi è di più. Il vivace dibattito sulla materia alimentato di recente da Raffaele Cantone, ex Presidente ANAC e da altri autorevoli commentatori (es. Stefano Toschei) ha precisato che la differenza tra corruzione amministrativa e corruzione penale non è solo una questione di "spessore", ma anche "di finalità". Difatti sul piano teleologico la legislazione penale ha lo scopo di reprimere i reati di corruzione, mentre la L. n. 190/2012 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" e il decreto legislativo n. 33/2013 recante "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" si pongono come obiettivo di prevenire i reati di corruzione, perseguendo con buone pratiche la cattiva amministrazione, che può essere fertile terreno di coltura di attività delittuosa. La concezione penale è stata definita come una fattispecie *ex post*, mentre la concezione amministrativa come fattispecie *ex ante*, e si è felicemente creata la metafora medica secondo cui "se il processo penale è la cura farmacologica, i piani anticorruzione a livello nazionale (PNA) e locale (PTPCT - piani triennali di prevenzione della corruzione e per la trasparenza) sono la cura in termini di prevenzione, nel senso che devono predisporre un ambiente sterile, ove non prosperino virus e batteri". A più riprese si è espresso poi un concetto che costituisce la scaturigine e la *ratio essendi* della L. n. 190/2012, ovvero che, se la corruzione è sistemica e strutturale, non basta l'afflizione/repressione, che è attività a valle, ma occorre prevenzione e curatela, cioè l'attività a monte. L'emersione del concetto di corruzione amministrativa in termini disfunzionali è sicuramente utile e strumentale all'esigenza di rafforzare la dimensione etica nell'azione pubblica. In dottrina il tema e il concetto di corruzione amministrativa sono stati affrontati in particolare negli scritti di S. Cassese (*"Maladministration" e rimedi*, in *Foro Italiano*, 1992, 9, pt. V, 243-250 - Relazione al Convegno dell'Università commerciale Luigi Bocconi su "Trasparenza amministrativa e riforme istituzionali: proposte per l'Italia in chiave europea" (Milano, 14 luglio 1992), pubblicata parzialmente, con il titolo *La morfologia della "maladministration"*, in *Menabò di etica ed economia*, 1993, 4, 4; e Id., *Idee per limitare la corruzione politica*, in *Corriere giuridico*, 1992, 7, 701-702), V. Cerulli Irelli (*Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Volume Astrid, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010), B. G. Mattarella (*La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pellissero, Torino, 2013; vedasi in particolare G. M. Racca, *La prevenzione e il contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*) e G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 7, 749-750; M. Perin, *Legge anticorruzione e gli obblighi del responsabile della prevenzione della corruzione con riferimento alla lesione dell'immagine pubblica*, in *LexItalia.it*, 2013, 1, nonché D. Tulino, *La corruzione: cause di un fenomeno dilagante*, in *Salvis Juribus*, 14 aprile 2020.

²³⁴ In questo clima di disorganizzazione si assiste anche a iniziative giudiziarie che possono apparire stravaganti, ma che dietro celano, comunque, un disagio che non può essere trascurato: cfr. F. Toschi Vespasiani, *L'avvocato accusa danni esistenziali da stress per ritardi dell'ufficio copie...e il Ministero della Giustizia paga!*, in *La Responsabilità Civile*, 2007, 5, 456-460. Tuttavia, Cass. civ., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 21725, esclude che esista un diritto al tempo libero risarcibile, perché leso dalla perdita di tempo alla quale era sottoposto un avvocato per la perdita, appunto, del tempo libero imputata a disservizi degli uffici giudiziari. Comunque, disservizi nell'Amministrazione o nei servizi dell'Amministrazione (es. trasporti) sono frequenti, con la conseguenza che quando non contenuti a livelli fisiologici possono ampliare richieste risarcitorie di questo tipo. Cfr. L. Frata, *Non esiste un diritto fondamentale al "tempo libero" ... nemmeno per l'avvocato*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 4, pt. 1, 335-340; G. Ponzanelli, *Disservizi dell'amministrazione giudiziaria e danno non patrimoniale*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 3, 296-298; A. Viglianisi Ferraro, *Lesione del tempo libero, violazione di un diritto immaginario o di un interesse (primario) della persona?*, in *I Contratti*, 2013, 8-9, 770-786. Per l'A. la recente evoluzione del sistema italo-europeo di tutela dei diritti fondamentali, che pone in posizione centrale la dignità dell'uomo e la qualità della vita umana, ed una moderna, e più corretta, lettura, in chiave "para-contrattuale" del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, impongono in capo a quest'ultima una serie di doveri di protezione nei confronti dei cittadini. Evitare inefficienze ed inutili perdite di tempo rientra tra gli obblighi derivanti da un corretto adempimento dei propri obblighi istituzionali. Non convince, pertanto, la scelta della Corte di cassazione di escludere che il privato possa agire in giudizio per la tutela di un diritto (quello ad una buona amministrazione e al tempo libero) definito, forse troppo sbrigativamente, come puramente immaginario.

La disorganizzazione crea disservizi e questi ultimi hanno un costo per la collettività, poiché l'Amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione deve essere efficiente e usare le risorse economiche in maniera corretta evitando sia gli sprechi sia profitti privati ingiustificati a carico della collettività. In quest'ottica la giurisprudenza della Corte dei conti ha formulato la voce di danno erariale collegata al disservizio nell'Amministrazione.²³⁵

Il danno da disservizio è quindi una figura elaborata in base alla circostanza accertata che l'Amministrazione sostiene spese, ma non consegue risultati utili. Ovviamente, si tratta di un pregiudizio sempre collegato a una determinata fattispecie dannosa esaminata e trattata da un'istruttoria della Procura contabile. La voce "*danno da disservizio*" fa comunemente riferimento o alla mancata prestazione del servizio oppure allo svolgimento del servizio in modo tale che all'accertato impiego di risorse non corrisponda alcuna utilità. Pertanto, si è in presenza di un "*servizio apparente*", perché manca il collegamento teleologico tra l'utilità connessa al servizio ed il bene che ne sarebbe dovuto derivare (cfr. Corte dei conti, Sez. Piemonte n. 52 del 2011).

L'esistenza del danno da disservizio emerge sicuramente in caso di condotte, sotto il profilo causale, intenzionalmente dannose e/o dolose, perché l'art. 13 del d.P.R. n. 3/1957 impone il preciso obbligo, promanante dal rapporto di servizio di agire in conformità delle leggi, con diligenza, così da curare l'interesse dell'Amministrazione per il bene pubblico. Infatti, l'impiegato è tenuto a prestare tutta la sua opera nelle mansioni affidate curando, in conformità delle leggi, con la diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene. In sostanza, la predetta norma pone in pratica i principi di buon andamento nello svolgimento del lavoro pubblico che il Costituente aveva perseguito con l'art. 97 Cost. L'obbligo di agire per il bene pubblico e, quindi, nell'interesse della collettività, oggi più che mai, non è solamente limitato al rapporto di servizio in senso stretto, ma è indispensabile nello svolgimento di una funzione pubblica da parte di tutti coloro che ne sono investiti, comprese le parti private quando sono affidatarie di *munera* o di finanziamenti erogati per il raggiungimento di pubbliche finalità.²³⁶

Il danno da disservizio emerge come autonoma figura di danno erariale a contenuto patrimoniale in correlazione allo svolgimento del pubblico servizio (cfr. Corte dei conti, III Sez. centrale d'appello, n. 789 del 6 dicembre 2012): questo pregiudizio esprime una mancanza qualitativa particolarmente

²³⁵ Cfr. E. Tomassini, *Il danno da disservizio*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2005, 3, pt. 4, 334-339; S. Girella, *Il disservizio come forma di responsabilità amministrativo-contabile*, in *Informator*, 2004, 4, 9-13; C. Montanari, *Il danno da disservizio*, in *Comuni d'Italia*, 2000, 12, 1703; C. Montanari, *Il danno da disservizio*, in *La Finanza locale*, 2000, 11, 1633-1637. V. anche M. Interlandi, *Brevi considerazioni sul danno erariale "da disservizio"* in *GiustAmm.it*, 2018, 3; G. Mancini Palamoni, *La tipizzazione del danno erariale nella giurisprudenza della Corte dei conti in ambito sanitario: più rigore per una maggiore qualità del servizio (The typing of public damage in the case-law of the "Corte dei conti" in the health field: more rigor for a higher quality of service)*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 4, 1179-1225; G. Crepaldi, *Il danno da disservizio: nozione e forme di tutela ([The damage from disservice: concept and forms of protection])*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 3, 781-797. Per ogni approfondimento si rinvia a M. Nunziata, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza*, Torino, 2018.

²³⁶ Ebbene, la giurisprudenza (cfr. Corte dei conti, Sez. Abruzzo, sentenza n. 377 del 25 ottobre 2012) afferma che l'illecita appropriazione e lo sviamento dei contributi pubblici dalla finalità del sostegno all'economia è pregiudizio che comporta anche la vanificazione delle risorse pubbliche dedicate alla gestione delle pratiche di finanziamento, con la conseguenza che il danno per l'Amministrazione non si esaurisce nel solo importo del contributo fraudolentemente ottenuto, ma ricomprenda anche i costi sopportati e le risorse vanamente impiegate nell'ambito complessivo dell'istruzione, dell'erogazione, della gestione, della revoca e del recupero del contributo stesso. Nelle fattispecie concernenti l'illecita apprensione di fondi pubblici è certo il danno patrimoniale conseguente alla perdita delle risorse intercettate fraudolentemente, ma è certo anche il danno da disservizio da liquidare equitativamente ex art. 1226 c.c.

grave del servizio pubblico, esprimendo una prestazione lavorativa che esiste solo formalmente, come servizio apparente.²³⁷

A questo punto la giurisprudenza nell'accertare tale voce di danno tiene conto, di regola, delle spese sostenute dall'Amministrazione per lo svolgimento del lavoro carente di utilità, ma dovrebbe fare un ulteriore sforzo perché dovrebbe poter essere pienamente ristorato anche il pregiudizio per le conseguenze create dal disservizio.²³⁸ La struttura di questo pregiudizio presenta almeno due lati: l'inutilità della spesa pubblica, per il mancato raggiungimento delle finalità pubbliche e le spese affrontate per ripristinare i disservizi prodotti. Infatti, il ragionamento non può non richiamare una fattispecie come quella conseguente ad attività illegale nell'Amministrazione, perché è sicuramente inutile la spesa sostenuta per la retribuzione del dipendente che commette reati contro la p.a., ma è anche pregiudizievole per il bilancio pubblico la spesa sostenuta per verificare e ricostruire tutta l'attività compiuta dal dipendente infedele (ispezioni, rivisitazione dei procedimenti, spostamento di altri dipendenti presso l'ufficio oggetto delle condotte illecite, e via dicendo). Questi sono i motivi per cui il disservizio è un pregiudizio che presenta profili che vanno al di là del mero mancato raggiungimento degli scopi dell'Amministrazione. È sempre vero che il disservizio si realizza per una violazione dei parametri della corretta e sana gestione, perché, in sostanza, all'ammontare delle somme destinate a una determinata finalità, non corrisponde un valido risultato, con la negativa alterazione nel rapporto tra risorse pubbliche impiegate ed effetti ottenuti. La giurisprudenza, infatti, è pervenuta alla conclusione che il danno da disservizio richiede la necessaria attività di ripristino dell'ordine legale violato per mezzo di procedure in autotutela.²³⁹ Tutto ciò rappresenta una spesa

²³⁷ La giurisprudenza ha definito il disservizio come un servizio pubblico "desostanziato" delle sue caratteristiche essenziali di pubblica utilità, così Corte dei conti, Sez. Umbria, sent. n. 1087/1998, ovvero come "un servizio privo dei necessari requisiti essenziali e, quindi, scadente", ancora Corte dei conti, Sez. Umbria, sentenze nn. 39/2002 e 371/2004.

²³⁸ Corte dei conti, Sez. Veneto, sentenza 20 maggio 2005, n. 866, ha affermato che il danno da disservizio è correlato al minore risultato conseguito dall'apparato organizzativo, a seguito di un'omessa o carente prestazione lavorativa del dipendente, con conseguente ulteriore danno in termini di efficienza, efficacia, economicità e quindi di resa dell'azione amministrativa. Il danno da disservizio è un *quid pluris* rispetto al danno subito dall'ente pubblico per la retribuzione erogata al dipendente assenteista che ha violato il rapporto sinallagmatico fra controprestazioni e si configura come danno da disfunzione organizzativa che ricade anche sull'utente del servizio pubblico. Corte dei conti, Sez. Emilia Romagna, sentenza 16 dicembre 2004, n. 2269, ha affermato che sussiste anche un danno da disservizio, determinato dall'indebolimento della capacità operativa, necessaria per il perseguimento dei fini di istituto, a causa dell'assenza di due dipendenti della Polizia di Stato per la sospensione dal servizio o allontanamento per destituzione che è all'origine del pregiudizio erariale e che è diretta conseguenza della condotta penalmente rilevante dei convenuti medesimi. Corte dei conti, Sez. Abruzzo, sentenza 18 febbraio 2002, n. 94, ha affermato che il danno da disservizio consiste nella lesione dei valori del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa ed è riscontrabile quando amministratori e/o agenti pubblici, abusando delle loro funzioni, abbiano alterato la prestazione di un appalto pubblico per proprio personale profitto. In siffatto caso si tratta, quindi, di una vera e propria strumentalizzazione delle funzioni pubbliche, con evidente violazione delle prescrizioni penali, amministrative e dei precetti costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione. La stessa sentenza 18 febbraio 2002, n. 94, ha altresì affermato che l'affidamento di un servizio pubblico a un soggetto privato, determina l'obbligo per quest'ultimo di adempierlo con correttezza e, di conseguenza, l'aver consentito l'elusione dagli obblighi tributari da parte di un consistente numero di contribuenti, oltre a costituire un pregiudizio erariale per la pubblica amministrazione anche sotto il profilo del disservizio, favorisce, al contempo, l'evasione fiscale nonché una pressione fiscale maggiore sui contribuenti che adempiono le proprie obbligazioni, i quali, nella sostanza, devono provvedere a pagamenti per tributi più elevati rispetto a quelli cui soggiacerebbero, ove tutti i consociati rispettassero i propri obblighi tributari. Cfr. M. Perin, *Tipologia dei danni erariali conseguenti ad attività di corruzione e concussione nella p.a.: danno da tangente, danno da disservizio e lesione all'immagine pubblica*, in *Giustizia amministrativa*, 2002, 2, 391-395.

²³⁹ Corte dei conti, Sez. Piemonte, n. 7 del 21 gennaio 2013, contrasta l'affermazione della Corte dei conti, Sez. III centrale d'appello, n. 789 del 6 dicembre 2012, che ancora il pregiudizio al solo svolgimento privo di utilità del servizio pubblico, tralasciando o dimenticandosi che i problemi del disservizio non sono solamente limitati all'inutilità del servizio, ma anche ai costi di ripristino e, probabilmente, alla disaffezione che il servizio

la cui responsabilità del danno deve essere addebitata ai responsabili dello stesso, perché il danno alla finanza pubblica ammonta all'importo della retribuzione percepita dal dipendente nel periodo di attività illecita, nei costi per l'accertamento delle responsabilità degli illeciti, nei benefici pensionistici connessi a retribuzioni erogate con causa illecita, ma anche nelle conseguenze dell'attività illecita e/o illegittima. Inoltre, si aggiunge lo sviamento nell'uso delle risorse pubbliche, il disservizio creato all'utenza, che comportano spese per il ripristino della legalità violata.

Il danno da disservizio consiste nel pregiudizio ulteriore rispetto al "*danno patrimoniale diretto*" arrecato al corretto funzionamento dell'apparato pubblico e si concreta nel mancato conseguimento della legalità, della efficienza, della efficacia, della economicità e della produttività dell'azione e dell'attività di una pubblica amministrazione (cfr. Corte dei conti, Sez. Umbria, sentenza n. 346 del 28 settembre 2005). Ebbene, il pregiudizio conseguente al disservizio nell'Amministrazione, dovrà tenere conto, appunto, della violazione dell'efficienza, dell'economicità e dell'efficacia dell'azione amministrativa e, dunque, del buon andamento, con la conseguenza che possono aprirsi nuove strade per contrastare la disorganizzazione della p.a. La disorganizzazione è un concetto che rivela confusione, disordine, sfacelo amministrativo e inefficienza, mentre il suo esatto contrario è costituito da buon andamento, organizzazione, produttività e rendimento. Contro la disorganizzazione nell'Amministrazione questa voce di danno può essere di contrasto alle criticità presenti negli apparati pubblici, anche se si dovrà senz'altro tenere conto (come esimente) degli elementi negativi portati dalla legislazione caotica e farraginoso degli ultimi anni che ha fornito un contributo "*disorganizzativo*" certamente rilevante.

In definitiva per superare la disorganizzazione e non produrre danni da disservizio è necessario operare bene e con efficienza. Per fare questo è utile il richiamo al pensiero di un'attenta dottrina²⁴⁰,

pubblico reso malamente crea nei cittadini e negli utenti, che avvertono l'Amministrazione come un'organizzazione priva di controlli.

²⁴⁰ S. Giacchetti, *Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La legge n. 205 del 2000 gioca a dadi*, sul sito *online* della giustizia amministrativa, e in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 3, 177 ss., avverte che il rischio maggiore al quale sono attualmente esposti i giuristi è quello di non rendersi del tutto conto che le categorie mentali e gli schemi sistematici tradizionali che continuiamo ad usare – diritto amministrativo, diritto soggettivo, interesse legittimo, pubblica amministrazione, pubblico servizio e simili – oggi sono da considerare organismi geneticamente modificati, e modificati a fondo: "Di conseguenza per le categorie giuridiche è forte il rischio, per l'implicito condizionamento ideologico determinato dall'uso di una terminologia che formalmente continua ad essere identica, di cadere nell'errore che a quell'identità formale di terminologia continui a corrispondere un'identità sostanziale di contenuto anche quando questo contenuto – in realtà – è cambiato a fondo. Mi sembra quindi non inutile esaminare se le profonde trasformazioni verificatesi nel nostro ordinamento nell'ultimo trentennio, e concluse – al momento – dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, abbiano determinato non solo un regolamento di confine, dall'esterno, tra giudice civile e giudice amministrativo ma anche una trasformazione, dall'interno, di alcuni concetti chiave che pur continuiamo ad utilizzare. Profonde trasformazioni ha avuto innanzi tutto il generale quadro di riferimento del diritto amministrativo, che ha la sua stella polare nel principio di buon andamento enunciato dall'art. 97 della Costituzione. ... L'amministrazione tradizionale doveva operare mirando essenzialmente alla legittimità; ed era pubblica in senso soggettivo (personalità di diritto pubblico) strumentale (attività svolta con strumenti di diritto pubblico) e funzionale (preordinazione al soddisfacimento dell'interesse pubblico). Invece l'amministrazione attuale deve operare mirando essenzialmente all'efficienza e all'efficacia; e può non esser pubblica né in senso soggettivo (come sono, di regola, i concessionari di pubblici servizi) né in senso strumentale (essendo addirittura destinata, a quanto pare, ad operare prevalentemente con gli strumenti del diritto privato) né funzionale (perché il gestore privato di pubblici servizi opera esclusivamente per propri fini di lucro. Che poi il servizio, per le modalità operative che gli sono state imposte, consegua anche finalità di pubblico interesse è una conseguenza indiretta e riflessa che per il gestore è del tutto irrilevante). La differenza tra nuova amministrazione e vecchia amministrazione non potrebbe essere più netta, con la conclusiva teorizzazione di un'amministrazione "per risultati" logicamente alternativa ad un'amministrazione "per atti". Si sta così creando un corpo nuovo in un abito mentale che in gran parte è ancora vecchio. ... Analoga trasformazione sta avvenendo per i diritti dell'amministrazione e per gli interessi legittimi dei privati. In primo luogo, l'amministrazione ha ancora "diritti" in senso tecnico e cioè intesi come "sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà"? C'è da dubitarne. ... Correlativamente muta la posizione dei privati. Di fronte a diritti non possono esistere, com'è

la quale ha sostenuto che il significato del “buon andamento” si è spostato da quello di andamento formalmente corretto a quello di andamento sostanzialmente buono.²⁴¹

Non è chi non veda come il danno da disservizio altro non sia che il riflesso della responsabilità da contatto sociale per lesione dell'affidamento del privato nel corretto esercizio di pubbliche funzioni.

Avuto riguardo alla importanza delle questioni *de quibus* ed all'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, appare senz'altro ragionevole auspicare una soluzione chiarificatrice. Ne consegue che per garantire la coerenza interna dell'ordinamento occorre intraprendere un percorso differente teso a conciliare equamente le varie istanze coinvolte (*scilicet* tutela giudiziale e funzionamento della burocrazia). Il miglior viatico per addivenire a tale scopo è rappresentato dalla disamina delle circostanze del caso concreto, ma al contempo può essere utile analizzare il precipitato attuale della scienza del diritto al fine di verificarne la effettiva validità.

Basti pensare alla vicenda della risarcibilità dell'interesse legittimo.

noto, posizioni soggettive di interesse legittimo. Ma di fronte a potestà sì. Quindi la trasformazione dei diritti in potestà conseguente all'ampliamento della giurisdizione esclusiva trasforma i precedenti interessi di fatto dei privati in interessi legittimi, giuridicamente tutelabili: l'ampliamento della giurisdizione esclusiva comporta un forte ampliamento dell'area degli interessi legittimi. Solo che adesso c'è il *quid novum* di interessi legittimi di diritto privato, che si vanno ad aggiungere ai tradizionali interessi legittimi di diritto pubblico. Tutto questo non può non refluire sulla giurisdizione amministrativa. Il giudice amministrativo, in ultima analisi, è il giudice del “buon andamento” – e cioè del corretto funzionamento – dell'amministrazione; sicché la sua attività è logicamente correlata alla concezione che storicamente si ha di questo “buon andamento”. E se oggi il buon andamento è essenzialmente quello migliore sotto il profilo dell'economicità e dell'efficacia, e se quindi il corretto esercizio della funzione amministrativa è non solo e non tanto quello formalmente (e cioè giuridicamente) ineccepibile ma anche e soprattutto quello sostanzialmente migliore (e cioè quello più economico e più efficace), anche il giudice amministrativo, in quanto giudice di questo corretto esercizio, deve collocarsi in questa nuova lunghezza d'onda; e deve quindi imparare a ragionare – e a giudicare – anche in termini di economicità ed efficienza. Tende quindi a scolorire la distinzione tra legittimità e merito (tenuto anche presente che le indicate iniziative legislative in corso mirano in pratica ad eliminare, almeno in parte, i tradizionali vizi di legittimità) e tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica; e tende di conseguenza a spostarsi in avanti la frontiera della giurisdizione amministrativa.”. Dello stesso autore vedasi *Gli appalti pubblici di servizi, questi sconosciuti*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1996, 865 ss.

²⁴¹ M. Perin, *Danno da disservizio e disorganizzazione nell'amministrazione*, cit., conclude che “L'affermazione esplicita di ciò è contenuta nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e successive modifiche, secondo cui l'attività amministrativa è retta dai principi generali di economicità e di efficacia, oggi correntemente ritenuti principi di costituzione materiale economica, con la conseguenza che la giurisprudenza deve proiettarsi verso posizioni che abbandonano la concezione di buon andamento inteso solo come comportamento dell'Amministrazione non macchiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere”.

5. Responsabilità precontrattuale o per violazione dei principi della funzione? Considerazioni per una tutela meno incerta

La necessità di redigere il presente studio sorge dalla lettura costituzionalmente orientata della giurisprudenza recente la quale sostiene una esegesi della responsabilità amministrativa che deriva, oltre che dalle norme di legge e di regolamento vigenti in materia, e dalle pattuizioni contrattuali stipulate fra le parti, in particolare dalla necessità di attenersi ad un obbligo di buona fede nel corso del rapporto. Le disposizioni di cui agli articoli 1375 e 1175 cod. civ., attinenti – rispettivamente – agli obblighi di buona fede e correttezza, sono state nel tempo omologate e sovrapposte dall'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, assolvendo gradualmente alla funzione di strumento di integrazione dell'obbligazione, richiamate per esigere dal debitore e dal creditore condotte ulteriori rispetto a quelle che riguardano l'adempimento delle rispettive obbligazioni.²⁴² Il concetto di buona fede così delineato si accompagna inoltre al canone di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ. (ossia al dovere di impegno richiesto alle parti in vista dell'esecuzione della prestazione), sicché anche con riguardo a tali obblighi integrativi sopra delineati deve ritenere sia ipotizzabile un agire negligente delle parti. La buona fede, infatti, impone obblighi e tutela diritti nel corso dell'esecuzione del negozio giuridico, che vanno al di là delle prestazioni dedotte, ponendosi la stessa quale principio generale dei rapporti contrattuali.²⁴³

La giurisprudenza della Corte di Cassazione (fra le altre, vedasi in particolare l'ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586²⁴⁴, e la sentenza Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188²⁴⁵, successivamente ripresa anche da Cass. n. 25644/2017), dando continuità all'indirizzo inaugurato con le tre ordinanze "gemelle" nn. 6594, 6595 e 6596 del marzo 2011, hanno confermato che rientra nella giurisdizione ordinaria l'azione risarcitoria promossa nei confronti della pubblica amministrazione da chi assuma leso il suo diritto all'affidamento sulla legittimità dell'attività amministrativa, conseguente all'intervenuto annullamento in sede di autotutela o in sede giurisdizionale di un atto favorevole, ovvero a causa della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa. In tal caso la responsabilità non sorge in assenza di rapporto, come quella aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della

²⁴² Con riferimento al *munus* notarile la giurisprudenza di legittimità configura ormai in capo al notaio anche speciali obblighi di protezione in favore dei soggetti che fossero formalmente terzi rispetto agli atti da lui rogati, ma coinvolti dalle relative prevedibili conseguenze (come nel caso di negligente autenticazione di una procura speciale a vendere preparatoria del successivo contratto traslativo, in cui, in applicazione dei principi in tema di cd. contatto sociale qualificato, il notaio può essere chiamato a rispondere pure dei danni cagionati al terzo interessato all'acquisto in conseguenza di tale negligente identificazione, poiché il contratto d'opera professionale finalizzato al rilascio della procura speciale, benché formalmente concluso fra il notaio e il futuro venditore ed avente ad oggetto un negozio unilaterale, è fonte di obblighi di protezione pure nei confronti dell'aspirante compratore, il quale va qualificato come "terzo protetto dal contratto": Cass. ord. 08/04/2020, n. 7746; su analoghe posizioni la giurisprudenza sugli obblighi di protezione di peculiari categorie di terzi, sia pur con maggior enfasi verso la configurabilità di un contratto a favore di terzi: Cass. nn. 14865/2013 o 15305/2013, ovvero 9320/2016): cfr. Cass. civ., Sez. III, 17 novembre 2020, n. 26192. V. *Liquidazione del danno al cliente per omessa verifica da parte del notaio di iscrizioni ipotecarie e pignoramenti sull'immobile compravenduto*, in *ILcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24992 - pubb. 13/03/2021.

²⁴³ V. note nn. 37-38 e 202 ss. *supra*.

²⁴⁴ V. note nn. 21 e 26 *supra*. Con l'ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586, le Sezioni unite della Corte di cassazione, dando continuità all'indirizzo inaugurato con tre ordinanze del marzo 2011, hanno confermato che rientra nella giurisdizione ordinaria l'azione risarcitoria promossa nei confronti della pubblica amministrazione da chi assuma leso il suo diritto all'affidamento sulla legittimità dell'attività amministrativa, conseguente all'intervenuto annullamento in sede di autotutela o in sede giurisdizionale di un atto favorevole. M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, cit., dissente, ritenendo che vengano comunque in rilievo le modalità di esercizio del potere amministrativo e che, pertanto, dovrebbe radicarsi la giurisdizione amministrativa.

²⁴⁵ V. note nn. 40, 172 e 203-204 *supra*.

pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina (v. note nn. 197 ss. *supra* e 312 ss. *infra*), non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto.

Deve pertanto affermarsi che i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, *“il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione. In questo caso, infatti, i detti principi valgono con maggior forza, perché l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento (quella “dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato” a cui si è fatto riferimento nell'ultima parte del paragrafo 27.1), nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo”*. Questa è la conclusione a cui è pervenuta da ultimo Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, perpetuando lo *stare decisis* sul proprio “orticello”.

La dottrina più avveduta dissente, ritenendo che vengano comunque in rilievo le modalità di esercizio del potere amministrativo e che, pertanto, dovrebbe radicarsi la giurisdizione amministrativa.²⁴⁶

²⁴⁶ Una parte della dottrina contesta la tenuta della ricostruzione perorata dalla Suprema Corte. Cfr. V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, cit.: “Ricostruire la responsabilità della pubblica amministrazione quale responsabilità da contatto qualificato, come già detto in passato, non vale a trasformare in modo innaturale la posizione del privato da interesse legittimo a diritto soggettivo. Al contrario, serve a dare il giusto risalto all'importanza del potere amministrativo (necessario per perseguire doverosamente l'interesse pubblico), senza la mediazione del quale, non può adeguatamente valutarsi la posizione del privato. Valorizzare la relazione è importante per conservare la categoria dell'interesse legittimo che indiscutibilmente nasce, e si confronta, con il potere pubblico... Ciò, sotto altro e concomitante profilo, meglio spiega e giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo: se, come ritiene chi scrive, si tratta di responsabilità inerente alla violazione degli obblighi di relazione intercorrenti tra l'amministrazione e il privato, la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo, sgombrando il campo ad ogni ipotesi di ricostruzione in termini di diritti soggettivi.”

Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, ha sottoposto all'Adunanza plenaria l'individuazione del giudice competente a decidere sul risarcimento danni conseguente all'annullamento giurisdizionale di una variante e dei conseguenti permessi di costruire (affidamento incolpevole). Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria le questioni se: a) sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio); b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento ‘incolpevole’ che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore ‘tempo’; c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand’anche si sia in presenza di un affidamento ‘incolpevole’ del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione. La Sezione ha dato atto che sulla questione è insorto un contrasto di giurisprudenza sia tra i giudici ordinari che tra quelli amministrativi. Le tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato la giurisdizione del giudice civile nelle controversie avente per oggetto le domande risarcitorie formulate: - dal beneficiario di una concessione edilizia poi legittimamente annullata in sede di autotutela, il quale lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6594 del 2011); - da chi aveva ottenuto dapprima una attestazione sull'edificabilità di un'area (utile per valutare la convenienza di un acquisto, rivelatasi insussistente) e poi una concessione edilizia legittimamente annullata

in sede giurisdizionale, il quale anche in tal caso lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6595 del 2011); - da chi aveva ottenuto una aggiudicazione di una gara d'appalto di un pubblico servizio, annullata in sede giurisdizionale, il quale anche in tal caso lamentava la lesione di un suo affidamento (si tratta della ordinanza n. 6596 del 2011). Le Sezioni Unite hanno superato il proprio precedente orientamento (la sentenza n. 8511 del 2009), per il quale – per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa – rileva la riconducibilità della controversia ad una delle materie indicate dalla legge, rientrandovi anche tutte le controversie di natura risarcitoria; hanno evidenziato che chi aveva proposto le domande risarcitorie non poneva in discussione la legittimità degli atti di annullamento (in via amministrativa o giurisdizionale) di quelli ampliativi della loro sfera giuridica (questione ovviamente esaminabile dal giudice avente giurisdizione sugli atti autoritativi, e cioè dal giudice amministrativo, che peraltro in almeno due dei casi sopra indicati aveva annullato gli atti impugnati), ma lamentava la 'lesione dell'affidamento' riposto nella legittimità degli atti annullati e chiedeva il risarcimento dei danni subiti per aver orientato sulla base di questi le proprie scelte negoziali o imprenditoriali; hanno ritenuto che sarebbe ravvisabile un 'diritto all'integrità del patrimonio', la cui lesione, cagionata con la 'lesione dell'affidamento', determinerebbe la sussistenza della giurisdizione del giudice civile. Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno poi affermato principi anche divergenti da quelli posti a base delle citate ordinanze del 2011. Alcune pronunce (nn. 17586/2015, 12799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019, 6885/2019 e 12635/2019) si sono poste in linea di continuità con le ordinanze del 2011 ed hanno affermato che: a) la controversia sulla domanda risarcitoria formulata da chi abbia fatto 'incolpevole affidamento' su di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, rientrerebbe nella giurisdizione del giudice civile, perché avrebbe ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo, bensì di un diritto soggettivo; b) tale diritto sarebbe quello alla 'conservazione dell'integrità del patrimonio', leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi annullato. Altre pronunce delle Sezioni Unite, invece, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa: - per Sez. Un., n. 8057 del 2016, "l'azione amministrativa illegittima - composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi - non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione"; - per Sez. Un., n. 13454 del 2017, "la giurisdizione esclusiva prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative ad interessi legittimi della fase pubblicistica, sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase predetta, realizzandosi quella situazione d'interferenza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto"; - per Sez. Un., n. 13194 del 2018, i principi fissati nelle ordinanze del 2011 non sono applicabili quando non vi sia stato un provvedimento ampliativo della altrui sfera giuridica. Anche la giurisprudenza del giudice amministrativo è divisa sul punto, atteso che in alcune pronunce (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2016, n. 3997; id., Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293, e 20 dicembre 2017, n. 5980; id., Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011) si è aderito alla traiettoria argomentativa sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con le ordinanze del 32 marzo 2011, numeri 6594, 6595 e 6596, e con altre ordinanze (4 settembre 2015, n. 17586, 22 maggio 2017, n. 12799; 22 giugno 2017, n. 15640, 2 agosto 2017, n. 19171, 23 gennaio 2018, n. 1654, 2 marzo 2018, n. 4996, 24 settembre 2018, n. 22435, 13 dicembre 2018, n. 32365, 19 febbraio 2019, n. 4889, 8 marzo 2019, n. 6885, 13 maggio 2019, n. 12635, e 28 aprile 2020, n. 8236) si è affermato che la domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (anche nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure (più recentemente) di una lesione all'affidamento incolpevole quale situazione giuridica soggettiva autonoma, dove l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento. Per contro, in altre pronunce (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857; TAR Pescara 20 giugno 2012, n. 312) si è affermato che, nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo; in tal senso si sono peraltro espresse le sezioni unite della Corte di cassazione con le ordinanze 21 aprile 2016, n. 8057, e 29 maggio 2017, n. 13454 (per l'ipotesi di annullamento in autotutela di provvedimento di affidamento di servizio pubblico)". La Sezione – nel rimettere all'esame dell'Adunanza plenaria la questione di giurisdizione – ritiene che in linea di principio si dovrebbe affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ai sensi degli artt. 7 e 133 c.p.a., potendo non risultare convincenti le considerazioni sostanziali e quelle processuali poste a base del 'primo orientamento'.

L'interesse legittimo pretensivo esprime, ad un tempo, sia l'interesse sostanziale rappresentato dalla pretesa ad ottenere un 'bene della vita', sia l'interesse procedimentale per cui il provvedimento finale sia emanato seguendo il procedimento previsto dalla legge. Non si tratta di un mero interesse 'occasionalmente protetto' (adoperando una espressione tipica degli albori della giustizia amministrativa), cioè protetto per il tramite della tutela primaria della legalità amministrativa, bensì di una situazione giuridica immediata, diretta, concreta e personale del privato (per i relativi approfondimenti, v. anche la sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza plenaria). Può risultare dunque artificioso il sovrapporre a una tale posizione giuridica soggettiva – riferibile ad un rapporto di diritto pubblico tra il richiedente e l'Amministrazione - una diversa situazione sostanziale (da richiamare per individuare una 'diversa' giurisdizione), basata sul principio del *neminem laedere* (il cui ambito di efficacia prescinde dalla esistenza di un preesistente rapporto tra danneggiante e danneggiato) o anche su un 'contatto sociale' (categoria che può giustificare nell'ambito della giurisdizione civile la soluzione secondo giustizia di determinate tipologie di controversie senza alterare i criteri di riparto della giurisdizione, ma che di per sé è incongruamente richiamata quando si tratti dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere, come ha chiaramente evidenziato anche la citata sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza plenaria). Ha aggiunto, la Sezione, che allorché sia stato annullato l'atto abilitativo e dunque non sia più configurabile il diritto ad esso conseguente, l'originario richiedente torna ad essere titolare di un interesse legittimo. In fondo, si tratta del ripristino della dinamica delle posizioni giuridiche, già segnalata dalla Sezione II, con l'ordinanza n. 2013 del 2021: il ricorrente ed il controinteressato, beneficiario in quanto tale dell'atto abilitativo impugnato, sono titolari di contrapposti interessi legittimi nel corso del procedimento, sicché – una volta che la sentenza amministrativa abbia annullato il titolo abilitativo – il controinteressato non risulta più titolare del diritto che era sorto con l'atto ormai annullato. In altri termini, il controinteressato soccombente va qualificato come titolare di una posizione soggettiva contrapposta e speculare a quella del ricorrente vittorioso, in un quadro nel quale tra di loro e nei confronti dell'Amministrazione non vi sono diritti soggettivi da fare valere. Qualora il controinteressato soccombente nel giudizio di legittimità intenda formulare una domanda risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione anch'essa soccombente, la relativa *causa petendi* riguarda proprio il come è stato in precedenza esercitato il potere amministrativo e si deve verificare se il vizio dell'atto – oltre ad aver comportato il suo annullamento – deve avere conseguenze sul piano risarcitorio. Per un principio di simmetria, la lesione arrecata all'interesse legittimo è configurabile sia quando l'istanza non sia accolta e vi sia un diniego poi annullato su ricorso del richiedente, sia quando l'istanza sia accolta e il titolo abilitativo sia annullato su ricorso di chi vi abbia interesse. In entrambi i casi, non sono ravvisabili (*ab origine* o a seguito dell'atto o della sentenza di annullamento) diritti soggettivi e rileva l'art. 7, comma 1, c.p.a., per il quale *'sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni'*. La pretesa risarcitoria – quando si basa su quanto è accaduto in sede di esercizio del potere amministrativo 'autoritativo' o nel corso del procedimento amministrativo – non è riconducibile ad un comportamento o a una condotta di rilievo privatistico o svolta 'in via di mero fatto' e che potrebbe essere serbata da un *quisque de populo* in spregio al principio del *neminem laedere*, ma si duole dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere amministrativo, disciplinato dal diritto pubblico: a) sotto l'aspetto soggettivo, si tratta di provvedimenti e di attività della pubblica Amministrazione; b) sotto l'aspetto oggettivo, si tratta di poteri disciplinati dalla l. n. 241 del 1990 e dalle altre leggi amministrative; c) sotto l'aspetto funzionale, si tratta di verificare le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere. Sotto l'aspetto normativo, la domanda risarcitoria – nel caso in esame – si basa non sulla illiceità di un 'comportamento' (comunque riconducibile all'esercizio del potere), bensì sull'emanazione sia pure illegittima del provvedimento autoritativo, con la conseguente applicazione degli artt. 7, comma 1, e 133, comma 1, lettera f), c.p.a., per il quale sussiste la giurisdizione esclusiva sulla medesima domanda risarcitoria: è ben difficile sostenere che la domanda risarcitoria non abbia per 'oggetto' il 'come' sia stato esercitato il potere amministrativo con il provvedimento annullato (e nella materia urbanistica, nel caso in esame), per i chiari enunciati degli artt. 7 e 133 c.p.a. A questo proposito, la menzionata ordinanza n. 2013 del 2021 della Sezione Seconda del Consiglio di Stato ha già osservato che è prioritario qualificare l'illecito in senso logico ed eziologico, anziché in senso meramente cronologico ("atteso che l'ordinamento attribuisce, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, alla cognizione del giudice amministrativo tutti gli strumenti processuali idonei a tutelare la posizione lesa dall'esercizio dei pubblici poteri di cui è titolare l'amministrazione e che la circostanza che il danno non sia direttamente cagionato dal provvedimento, ma derivi dal suo annullamento, attiene soltanto al piano cronologico e non, per contro, a quello logico ed eziologico, stante la riconducibilità diretta del pregiudizio al provvedimento amministrativo"). Il criterio di riparto della giurisdizione, che trascina con sé la cognizione sull'azione risarcitoria intesa come tecnica di tutela e non come autonoma materia a sua volta da ripartire, non si basa sulla satisfattività o meno della situazione soggettiva, ma sulla sua natura giuridica ("In sostanza, l'orientamento favorevole alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria si basa sul presupposto per cui vi sarebbe l'interesse legittimo soltanto a fronte della

illegittima negazione di un bene della vita e non dinanzi all'illegittimo – e, pertanto, necessariamente instabile – riconoscimento di siffatto bene. Quest'impostazione, tuttavia, non appare in sintonia con il generale criterio di riparto sancito dalla Costituzione che non condiziona la natura delle situazioni soggettive (diritto soggettivo/interesse legittimo), rilevante per la concreta applicazione del criterio, al carattere satisfattivo o non satisfattivo del provvedimento amministrativo). Ragioni di coerenza sistematica – di per sé rilevanti anche per ravvisare la ragionevolezza delle soluzioni legislative (o delle loro esegesi), ponendosi altrimenti serie questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 97 e 103 Cost. – sembrano imporre di ritenere che – una volta annullato un atto abilitativo – il giudice amministrativo ha giurisdizione su ogni domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'Amministrazione: - quella formulata da quel vicino che impugni il permesso di costruire (con il medesimo ricorso introduttivo o con una domanda proposta dopo la sentenza di annullamento); - quella formulata dal titolare del permesso di costruire, che sia la parte controinteressata nel giudizio di cognizione proposto contro tale provvedimento (con un ricorso incidentale condizionato all'accoglimento eventuale dalla domanda di annullamento o – come nel caso di specie – con un ricorso autonomo dopo l'annullamento del permesso). Affermare la sussistenza della giurisdizione del giudice civile sembra dunque contrastare anche con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale il giudice amministrativo è il 'giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica': tale funzione si deve necessariamente sindacare quando si esamina la domanda risarcitoria, formulata dal controinteressato risultato soccombente nel giudizio amministrativo di legittimità. D'altra parte, qualora fosse ravvisata la giurisdizione del giudice civile, risulterebbe sottratta al giudice amministrativo la cognizione di controversie di indubbia natura pubblicistica, anche con l'inconveniente per il quale un altro ordine giurisdizionale – in disarmonia con gli artt. 7 e 133 c.p.c. – dovrebbe per di più esaminare la portata ed il significato anche conformativo delle pronunce del giudice amministrativo, se non altro allo scopo di qualificare i fatti e di ravvisare la sussistenza o meno degli elementi costitutivi di un illecito, di cui un elemento decisivo da valutare è proprio il *decisum* della sentenza di annullamento emessa dal giudice amministrativo per verificare se in concreto vi sia una rimproverabilità eccedente la mera illegittimità dell'atto. Ha ancora affermato, la Sezione, che non qualsivoglia affidamento del privato può essere posto a base di una domanda risarcitoria, per il solo fatto dell'annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole. Infatti, occorrerebbe sempre tenere conto delle peculiarità della fattispecie concreta, da apprezzarsi caso per caso, alla luce degli accadimenti effettivamente svoltisi nel corso del procedimento amministrativo e tenendo conto delle modalità con cui è stata presentata l'istanza poi accolta dall'Amministrazione con l'atto poi annullato.

L'ordinanza Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3701, è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20: *“Sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia «urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio», devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. È devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; ed inoltre che «nelle particolari materie indicate dalla legge» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. - essa si manifesta «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione*”. L'Adunanza plenaria n. 20 reitera anche i principi espressi dalla Adunanza plenaria 29 novembre 2021, n. 19. Ha chiarito l'Alto consesso che nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la “regola possesso vale titolo” ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'erede apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ., il cui denominatore comune consiste nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo. Sorto in questo ambito, l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo. È in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto

A ben vedere, oltre alla propensione della Cassazione a colmare le lacune del diritto positivo con le conoscenze abituali e consuetudinarie (cd. *path dependence*), si constata una certa preferenza per le istituzioni del diritto privato a scapito di quelle del diritto pubblico, che hanno sempre rivestito un elemento di impreteribile importanza. In tal guisa, si spiegherebbe il motivo per cui la Cassazione tende a privilegiare la giurisdizione ordinaria su quella amministrativa (a meno che non si voglia

giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive» e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima. Deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile, dunque, all'amministrazione che «agisce in veste di autorità» e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa. Non può dunque essere seguita l'impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico ma è rimasto a livello di comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario; questa è per contro ipotizzabile solo a fronte di comportamenti «meri», non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo. In tale contesto, non sembra possa sostenersi, in assenza di base testuale, che l'ambito di applicazione dell'art. 7, comma 1, c.p.a. sia circoscritto al solo risarcimento del danno da provvedimento sfavorevole, azionabile dal ricorrente con l'azione di annullamento, mentre nella situazione assolutamente simmetrica alla precedente e del pari inserita nella vicenda relazionale governata dal diritto amministrativo, sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, «degradato» a mero fatto. Non è pertanto possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune, dal momento che gli stessi sono invece comuni al diritto civile e al diritto amministrativo, ovverosia ai rapporti paritetici di diritto soggettivo così come a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. In altri termini, la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta «qualificata» dall'inerenza al pubblico potere. Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad «*interessi legittimi (...) concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*» ai sensi dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo. Come infatti testualmente previsto dalla disposizione in parola, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo non solo nel caso in cui il potere sia stato esercitato, ma anche nel caso contrario di mancato esercizio. Non è conseguentemente possibile scindere sul piano del riparto giurisdizionale le due ipotesi, che peraltro possono in astratto dare luogo a profili diversi di addebito sul piano diacronico (per il fatto ad esempio di avere esercitato il potere tardivamente e di averlo poi esercitato illegittimamente), la cui cognizione va concentrata presso un unico giudice, ovvero quello amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa. Ha affermato l'Adunanza plenaria che il possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato in punto di giurisdizione con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'art. 111 Cost. delle sentenze del Consiglio di Stato, le quali sono nel frattempo tenute all'osservanza del principio di diritto (salva nuova rimessione) ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

immaginare un recondito interesse a conservare il più pregnante ruolo di giudice di legittimità rispetto a quello di mero giudice della giurisdizione).

La giurisprudenza di legittimità si è trovata più volte, nel corso del tempo, ad affrontare problematiche connesse all'applicazione di una fattispecie connotata, per certi versi, da una commistione fra elementi di diritto pubblico e di diritto privato. Si pone, dunque, la problematica inerente al bilanciamento tra principio di legalità e giustizia del caso concreto, anche in relazione alla corretta individuazione del giudice naturale.

Basti pensare alla distinzione tra comportamenti della p.a., riconducibili mediatamente all'esercizio del potere, e meri comportamenti posti in essere in occasione di tale esercizio.²⁴⁷

Per individuare l'ampiezza della giurisdizione amministrativa, come detto, bisogna tener conto dell'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo, che individua due ambiti principali: giurisdizione di legittimità per gli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, giurisdizione esclusiva su interessi legittimi e diritti soggettivi. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

Non tragga in inganno la formulazione dell'art. 7 in parola, secondo cui nelle materie di cd. giurisdizione esclusiva sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione *“di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

²⁴⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. un., ord. 3 febbraio 2016, n. 2052: “La domanda di risarcimento del danno del proprietario di area contigua a quella in cui è realizzata l'opera pubblica (nella specie, la linea ferroviaria dell'alta velocità) appartiene alla giurisdizione ordinaria ove, nella prospettazione dell'attore, fonte del danno non siano né il “se” né il “come” dell'opera progettata, ma le sue concrete modalità esecutive, atteso che la giurisdizione esclusiva amministrativa si fonda su un comportamento della P.A. (o del suo concessionario) che non sia semplicemente occasionato dall'esercizio del potere, ma si traduca, in base alla norma attributiva, in una sua manifestazione e, cioè, risulti necessario, considerate le sue caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire” (in senso conforme: Cass., SS.UU., 25 marzo 2013, n. 7386; 21 novembre 2011, n. 24410; 25 maggio 2010, n. 12792). Nel caso di specie veniva lamentato che, in particolare, si configurava – oltre a un “danno biologico” (in quanto dall'anno 2000 “l'esecuzione dei lavori aveva cagionato nell'area territoriale interessata la produzione e la propagazione di scuotimenti e di vibrazioni, di immissioni acustiche ed olfattive, e la dispersione circostante di polveri sottili e di sostanze chimiche altamente dannose per la salute”) e a un danno esistenziale (sotto il profilo che la progressiva cantierizzazione del territorio, proseguita, per le numerose proroghe dei lavori, aveva trasformato la zona di ubicazione degli immobili “in un enorme cantiere a cielo aperto con riflessi devastanti per la viabilità locale”, con conseguente riduzione degli spazi per i parcheggi delle autovetture, di modo che le condizioni di vita degli attori erano peggiorate e costituivano fonte di stress emotivo e di qualità della vita) – un danno patrimoniale per quegli attori proprietari e risiedenti stabilmente in appartamenti “ubicati esattamente in posizione frontale rispetto all'opera edificata da TAV s.p.a.”, in quanto essi, denominati dalla medesima “proprietari frontisti”, mentre “prima godevano di una pregevole veduta panoramica su un vasto spazio libero e arioso”, avevano ora “a pochi metri dalle loro finestre e balconi una massiccia ed imponente struttura in cemento armato costituente il tunnel al cui interno scorrono i treni dell'Alta velocità”, con conseguente “drastica riduzione del pregio e del valore di mercato degli appartamenti”.

Vedasi H. Simonetti, *A proposito di comportamenti della P.A. e del loro giudice*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, 1104-1108. Le Sezioni Unite, intervenendo per dirimere un conflitto di giurisdizione su una domanda risarcitoria proposta da proprietari confinanti per danni causati dalla realizzazione dei lavori ferroviari dell'alta velocità (con ordinanza del 21 maggio 2014 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio aveva sollevato conflitto di giurisdizione ai sensi dell'art. 11 c.p.a. in relazione alla controversia introdotta in riassunzione a seguito di declinatoria di giurisdizione da parte del Tribunale ordinario di Roma), mettono a fuoco la distinzione tra comportamenti della p.a., riconducibili mediatamente all'esercizio del potere, e meri comportamenti posti in essere in occasione di tale esercizio. Al di là del caso di specie, la distinzione tra le due tipologie comportamentali, nel solco segnato dalla giurisprudenza costituzionale, si conferma tuttavia non agevole e foriera di nuovi contrasti giurisprudenziali.

Il predetto riferimento all'esercizio del potere attiene tanto alla giurisdizione di legittimità per gli interessi legittimi, quanto, nelle particolari materie indicate dalla legge, alla giurisdizione esclusiva su interessi legittimi e diritti soggettivi. Perciò la norma andrebbe letta come segue: *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”*.

Ma sarebbe possibile anche un'altra interpretazione (la Corte costituzionale si è più volte occupata dei “comportamenti” e dei “diritti soggettivi”)²⁴⁸: *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le*

²⁴⁸ Per Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, con la sentenza n. 204 del 2004 si è rilevato che “l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi”. Tuttavia, oggi l'art. 7 c.p.a., al comma 7, stabilisce *expressis verbis* che “Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di *ogni forma di tutela* degli interessi legittimi e, *nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*” (corsivi aggiunti), mentre a sua volta l'art. 8 (Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali) dispone che “Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale” (comma 1) e che “Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso” (comma 2). Si evince quindi che, salvo per le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva possono essere decise “tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti” (ovverosia “*ogni forma di tutela dei diritti soggettivi nelle particolari materie indicate dalla legge*”, secondo il prefato principio di effettività). Emblematico di ciò è il caso della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di revisione dei prezzi: v. nota n. 63 *supra*. Da ultimo, vedasi TAR Lazio, Roma, Sez. Terza, 11 marzo 2021, n. 2974: cfr. M. Valente, *Sull'accertamento incidentale dovuto alla “pregiudizialità tecnica” e sulla suddivisione in lotti di importo eccessivamente elevato*, in *Appalti e contratti Imprese*, 8 aprile 2021. La Corte costituzionale, con sentenza 27 aprile 2007, n. 140, ha statuito che la norma censurata (art. 1, comma 552, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure ed i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di cui al decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2002, n. 55, e le relative questioni risarcitorie), fosse conforme all'orientamento espresso nelle sentenze n. 204 del 2004 e, soprattutto, n. 191 del 2006. Secondo tali pronunce, l'art. 103 Cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare “particolari materie” nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe “anche” diritti soggettivi. Deve trattarsi tuttavia, di materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere. La richiamata giurisprudenza esclude, poi, che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006). Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa. Né osta – ha ribadito – alla validità costituzionale del “sistema” in esame la natura “fondamentale” dei diritti soggettivi coinvolti nelle controversie *de quibus*, su cui pure insisteva il rimettente, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Peraltro, l'orientamento – espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – circa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in presenza di alcuni diritti assolutamente prioritari (tra cui quello alla salute) risulta enunciato in ipotesi in cui venivano in considerazione meri comportamenti della pubblica amministrazione, e pertanto esso è coerente con la sentenza n. 191 del 2006, con la quale la stessa Corte

controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

In tal caso la giurisdizione amministrativa esclusiva risulterebbe ancora più estesa in quanto vi rientrerebbero non solo gli interessi legittimi e i diritti soggettivi a questi collegati (sul presupposto della loro disagiata distinguibilità), ma addirittura tutti i diritti soggettivi presenti "*nelle particolari materie indicate dalla legge*", inclusi quelli risarcitori.²⁴⁹

costituzionale ha escluso dalla giurisdizione esclusiva la cognizione del risarcimento del danno conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione. Nel caso in esame, invece, si trattava di specifici provvedimenti o procedimenti "tipizzati" normativamente. Deve, dunque, concludersi che legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione.

²⁴⁹ Tuttavia, per Cass. civ., Sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, cit., la formulazione dell'art. 7, comma 1, c.p.a. è sostanzialmente ripetitiva della formula usata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004 per dar corpo alla parziale sua efficacia demolitoria, là dove il Giudice delle leggi dichiarò incostituzionale l'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, là dove nel fare riferimento anche ai "comportamenti", estendeva la giurisdizione amministrativa "a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere": "Tanto rilevato va innanzitutto considerato che nella controversia in esame vengono in rilievo certamente "comportamenti" della p.a., nella veste di concessionaria, e dei privati che eseguendo per suo conto l'opera, mediamente per essa hanno agito. Tali comportamenti sono, però, stati assunti come fatti costitutivi di diritto al risarcimento di danni patrimoniali e non patrimoniali, e, alternativamente, come fatti costitutivi di diritto all'indennizzo. Nella citazione introduttiva, infatti, come s'è veduto, nell'attività argomentativa è evocata la legge Aquilia, cioè l'art. 2043 c.c., ma nelle conclusioni in via alternativa si fa riferimento sia al risarcimento del danno, che ad un indennizzo. La domanda aveva ed ha, dunque carattere sia alternativo sia cumulativo, circostanza che, peraltro, né l'uno né l'altro giudice e nemmeno, nelle sue conclusioni, il Pubblico Ministero mostrano di avere con chiarezza percepito, non avendo svolto argomentazioni conseguenti e distinte sulla loro alternatività e sul loro cumulo. In particolare il riferimento con le congiunzioni "e/o" al risarcimento ed all'indennizzo evidenziava sia la proposizione in cumulo fra loro di una domanda ex art. 2043 c.c., quella relativa al risarcimento, e di una domanda di indennizzo, sia la prospettazione alternativa di tali due domande. La prova della mancata percezione in modo chiaro da parte dei giudici configgenti di siffatte modalità di proposizione dei *petita* degli attori è palesata dalla circostanza che il Tribunale capitolino ha espressamente evocato il d.P.R. n. 327 del 2001, art. 44 mentre il Tribunale amministrativo configgente la L. n. 2359 del 1865, art. 46 pur ragionando l'uno e l'altro anche di risarcimento. In ragione dell'epoca di introduzione della domanda, che si colloca nel vigore del citato D.P.R. per un verso, e, per altro verso, dell'inizio dell'opera nel 2000, che si colloca prima, il giudice munito di giurisdizione quanto alla domanda di indennizzo dovrà valutare se il referente normativo di tale domanda è rappresentato dall'una o dall'altra normativa, oppure da entrambe in concorso fra loro. In questa sede assume però rilievo che non è dubbio che l'interrogativo sull'individuazione di quel giudice tanto con riferimento all'una che all'altra ipotesi come pure all'applicabilità sia dell'una che dell'altra in ragione della loro successione nel tempo con riferimento alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, comporta un'unica risposta, cioè quella che la giurisdizione è del giudice ordinario: sia con riferimento all'art. 46 sia con riferimento all'art. 44, infatti, la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Si vedano: Cass. Sez. Un. n. 9342 del 2006 per le controversie regolate dalla prima norma e per l'espressa affermazione di esorbitanza dalla giurisdizione esclusiva d.lgs. n. 80 del 1998, ex art. 34 ("Le controversie aventi ad oggetto l'indennità dovuta dall'amministrazione ai sensi della L. n. 2359 del 1865, art. 46 per i danni derivanti dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità al terzo proprietario confinante, estraneo al procedimento espropriativo, non rientrano nella giurisdizione esclusiva in materia urbanistica, di cui al d.lgs. 80 del 1998, art. 34 atteso che nei confronti del beneficiario non è configurabile un rapporto diretto con l'amministrazione-autorità nell'ambito del quale possa configurarsi una posizione di interesse legittimo, la cui cognizione è soggetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, anche tenendo conto che il carattere indennitario della prestazione, comunque collegata ad un procedimento espropriativo, è inquadrabile nella riserva di giurisdizione ordinaria che l'art. 34, comma 3, lett. b) prevede per la determinazione delle indennità conseguenti all'adozione di atti di natura espropriativa"); Cass. Sez. Un. n. 24410 del 2011, sebbene *incidenter a proposito dell'art. 44*" (cfr.

Il *busillis* riguarda allora la tutela risarcitoria:

- “Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma” (art. 7, comma 4, c.p.a.).

- “Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall’articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi” (art. 7, comma 5, c.p.a.).

In buona sostanza, esiste un nucleo centrale, costituito dagli interessi legittimi, che caratterizza tutta la giurisdizione amministrativa, accomunando quella generale di legittimità e quella esclusiva, a cui si aggiunge in quest’ultima la tutela di diritti soggettivi. In ambedue le sfere di attribuzioni è compresa la tutela risarcitoria delle posizioni giuridiche ivi ricomprese (interessi legittimi in quella generale di legittimità, mentre in quella esclusiva interessi legittimi e diritti soggettivi).²⁵⁰

pt. 6 dir.). Come detto, il rapporto amministrativo non è bilaterale tra p.a. e destinatario, il potere pubblico perseguendo interessi collettivi, sicché pure i terzi risultano titolari di interessi legittimi al suo corretto esercizio.

²⁵⁰ A ciò si aggiunge il giudizio di ottemperanza (Libro Quarto - Ottemperanza e Riti Speciali - Titolo I - Art. 112 ss. c.p.a.). L’azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l’attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato; d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza, al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione; e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell’ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione. Il ricorso può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. Il fatto stesso che sia previsto il giudizio d’ottemperanza innanzi al giudice amministrativo anche per decisioni del giudice ordinario dimostra il problematico rapporto che intercorre con la giurisdizione civile, la quale investe tuttora aree di pertinenza della giustizia amministrativa. Da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 24 maggio 2021, n. 1660, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario nel giudizio di ottemperanza della sentenza del giudice ordinario in materia di società *in house*: “Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia proposta per l’esecuzione della sentenza dello stesso giudice ordinario in materia di società *in house* preposte alla gestione di servizi pubblici locali, non essendo ravvisabile, relativamente alle stesse, alcuna delle condizioni indicate dall’art. 7 c.p.a., atteso che nessuna norma effettua l’equiparazione in via generale alla Pubblica Amministrazione”. Il TAR ha preliminarmente ricordato che le società *in house* soggette a controllo analogo sono società, dotate di autonoma personalità giuridica, che presentano connotazioni tali da giustificare la loro equiparazione a un “ufficio interno” dell’ente pubblico (o degli enti pubblici) che le hanno costituite, di cui sono una sorta di *longa manus*, in quanto non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Ciò premesso, ha chiarito che relativamente al regime giuridico dell’impugnazione degli atti delle società *in house*, resta ferma la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto a quelli che incidono direttamente sull’erogazione del servizio e che, quindi, investono gli interessi della collettività (come, ad esempio, gli atti delle procedure di evidenza pubblica per l’affidamento del servizio), mentre sussiste la giurisdizione ordinaria rispetto a quegli altri che attengono all’esecuzione del contratto societario, ovverosia alla “vita interna” (come, ad esempio, le procedure di reclutamento del personale, in relazione alla cui natura privata vedasi Cassazione civile, Sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759, mentre sulla questione generale vedasi TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 25 gennaio 2010 con richiamo a Cassazione, 15 aprile 2005, n. 7799). Più complessa è la questione relativa all’individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di ottemperanza, relativamente alla quale si registra un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo orientamento, che è stato fatto proprio dalla sezione staccata di Catania (sentenza n. 2393 del 5 settembre 2014), la questione va risolta alla luce dell’art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, laddove si afferma che “per pubbliche amministrazioni (...) si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento

amministrativo". Si è, in particolare, affermato che tale disposizione chiarisce che il codice ha utilizzato la nozione di pubblica amministrazione in senso lato, ricomprendendovi anche tutti i soggetti ad essa assimilati, tra i quali rientrano le società pubbliche di gestione dei rifiuti, le quali devono essere costituite obbligatoriamente tra gli enti pubblici locali territoriali e sono deputate alla cura di predominanti interessi pubblici, tant'è che devono rispettare i principi del procedimento amministrativo ed agiscono esercitando anche poteri di natura autoritativa. Secondo un contrapposto orientamento, espresso nella sentenza n. 502 del 3 febbraio 2015 della Sezione V del Consiglio di Stato, l'equiparazione dei soggetti privati alla pubblica amministrazione di cui all'art. 7 c.p.a. sussiste solo nelle ipotesi in cui è la legge ad effettuarla, nonché nella misura in cui il soggetto privato è preposto all'esercizio di attività amministrative ed in relazione alle stesse. Fatta tale precisazione, il Consiglio di Stato ha richiamato il successivo art. 112, che introduce una fondamentale distinzione tra le sentenze e i provvedimenti equiparati del giudice amministrativo e quelli del giudice ordinario. Tale norma dispone, relativamente ai provvedimenti del giudice amministrativo, che "devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti", così ponendo un generale principio di ammissibilità dell'azione proposta (anche) nei confronti di soggetti privati e non solo della pubblica amministrazione; per le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparate del giudice ordinario statuisce, invece, che l'azione di ottemperanza può essere proposta "al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" o "alla decisione". Il Consiglio di Stato ha condivisibilmente individuato la ragione dell'ampliamento della platea dei soggetti, nei cui confronti può essere chiesta l'esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo (ma non anche del giudice ordinario), nella realizzazione del principio di effettività della tutela di cui all'art. 1 c.p.a., che, per espressa disposizione di legge, "è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materia indicate dalla legge, dei diritti soggettivi" (art. 7, comma 7, c.p.a.). Ha, sotto tale profilo, rilevato che è evidente che non vi sarebbe tutela giurisdizionale effettiva se il giudice amministrativo, una volta emessa la sentenza, con statuizione definitiva e vincolante per tutte le parti, vedesse paralizzati i propri poteri d'intervento esecutivo per il fatto che la mancata esecuzione del giudicato è imputabile alla parte privata. Ha, però, ritenuto che tali conclusioni riguardano solo ed esclusivamente le ipotesi in cui il giudicato da eseguire promana dal Giudice Amministrativo; laddove, invece, il giudizio di ottemperanza riguarda un giudicato ordinario nei confronti di un ente di diritto privato ha opinato diversamente nella considerazione che non si ravvisano le medesime esigenze di effettività e di concentrazione. Ha concluso nel senso che l'art. 112 non può essere derogato qualora si chieda l'esecuzione di una decisione del giudice ordinario in materia di società *in house* preposte alla gestione di servizi pubblici locali, in quanto relativamente alle stesse non si ha nessuna delle condizioni indicate dall'art. 7, atteso che nessuna norma effettua l'equiparazione in via generale alla Pubblica Amministrazione (la quale, come detto, si ha solo relativamente ad alcuni atti) e che le decisioni per cui si chiede l'ottemperanza hanno matrice privatistica. Così riassunte le due posizioni, il Collegio, dopo attenta riflessione, ha ritenuto di aderire al secondo orientamento, che ritiene maggiormente convincente anche in considerazione di quanto costantemente affermato dal Consiglio di Stato in materia di affidamenti *in house* e dalla Cassazione in materia di fallimento delle società a totale partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato (sentenza n. 2533 del 29 maggio 2017 della Sez. V) ha, in particolare, precisato che il cd. "controllo analogo" esercitato dall'Amministrazione sulla società partecipata serve a consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante sulla società, se del caso attraverso strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento, così da rendere il legame partecipativo assimilabile a una relazione interorganica, la quale, tuttavia, non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti – quello pubblico e quello privato societario – sul piano giuridico-formale, in quanto la società *in house* rappresenta un centro d'imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante. La Cassazione, sulla scia dei principi affermati nella decisione delle sezioni unite n. 4989 del 1995 (di recente vedasi la sentenza n. 5346 del 22 febbraio 2019), ha, dal canto suo, affermato che la società di capitali con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (Comune, Provincia e simili) ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, in quanto non assume alcun rilievo, per le vicende societarie, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera, comunque, nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Ha precisato che la natura di ente *in house* deriva da una visione sostanziale del fenomeno tipico dell'approccio funzionale seguito in sede Europea, nell'ambito del quale gli istituti giuridici elaborati a livello sovranazionale sono applicati sulla base della reale essenza della fattispecie concreta, a prescindere dalle qualificazioni formali vigenti negli ordinamenti dei singoli Paesi membri. Ha anche rilevato che nell'ambito dell'ordinamento nazionale (che solo rileva ai fini specifici) non è prevista – per le società *in house* così come per quelle miste – alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei Comuni all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito; donde soltanto in tale veste l'ente pubblico può influire sul funzionamento della società, avvalendosi non di poteri pubblicistici, ma dei soli strumenti

previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri presenti negli organi della società. Ha, inoltre, affermato (sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017) che la scelta di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico comporta, in ogni caso, che queste assumono i rischi connessi alla loro insolvenza, anche ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità. Illustrate le ragioni per le quali il TAR Sicilia, Palermo ritiene che non sussiste la giurisdizione amministrativa si deve, per completezza, rilevare che a diversa conclusione non può giungersi sulla base dell'orientamento delle Sezioni Unite in tema di equiparazione delle società *in house* agli enti pubblici (sentenza 25 novembre 2013, n. 26283), in quanto la stessa riguarda esclusivamente il tema della responsabilità amministrativo-contabile, in ordine al quale sussiste, però, una precisa disposizione, ovverosia l'art. 12 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. n. 175 del 2016. Va, peraltro, rilevato che il successivo art. 14 prevede espressamente l'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi. Può, pertanto, affermarsi che per il legislatore non esiste nel nostro ordinamento un *tertium genus* di società, oltre le società private e gli enti pubblici economici, cui applicare uno speciale statuto, con la conseguenza che le società *in house* vanno equiparate alle prime (pur con le precisazioni prima fatte), anche ai fini delle modalità di esecuzione delle sentenze del giudice ordinario, con conseguente preclusione del ricorso al rito dell'ottemperanza. Cfr. S. Taddeucci, *Sentenza di condanna del giudice ordinario nei confronti di società in house: esperibilità del giudizio di ottemperanza*, in www.appaltiecontratti.it, 3 giugno 2021. V. anche CGARS, 28 giugno 2021, n. 623 (conferma dell'ordinanza collegiale del TAR Sicilia, Catania, n. 2494/2019, nella parte in cui ha dichiarato l'estinzione della procedura esecutiva): il decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'Ato in liquidazione, a sua volta creditore nei confronti di Comuni soci chiama in causa i poteri del giudice civile funzionali all'aggressione dei crediti del debitore verso i terzi, cioè il pignoramento presso terzi, azionabile dalla parte privata, e la relazione dinamica esistente fra effettività della tutela e proprietà dei beni, che connota il processo esecutivo civile (a differenza del giudizio d'ottemperanza).

²⁵¹ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, ha sottoposto all'Adunanza plenaria la possibilità del ricorrente in primo grado di eccepire in appello il difetto di giurisdizione, nonché la giurisdizione sulla richiesta di risarcimento del privato per incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo: "*Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria le questioni: a) se sia ammissibile in appello un motivo di impugnazione volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo, formulato dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, soprattutto quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale completamente diverso da quello attuale; b) se il giudice di appello possa comunque affrontare la questione della giurisdizione in generale, anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità, dato che una cosa è l'effetto dell'esame della questione, altra è la questione in senso lato; c) in caso positivo, se sussista la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una domanda del privato diretta ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo – emanato dalla medesima amministrazione – favorevole all'interessato e, in particolare, di un titolo edilizio esplicito o implicito; d) se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo annullato, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione; e) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole*". La Sezione ha dato atto che il Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato che il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice amministrativo non può poi contestarne la giurisdizione (Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247; id. 13 agosto 2018, n. 4934; id. 27 marzo 2015, n. 1605; id. 7 febbraio 2012, n. 656; id., Sez. III, 31 maggio 2018, n. 3272; id. 1° dicembre 2016, n. 5047; id. Sez. IV, 22 maggio 2017, n. 2367; id. 21 dicembre 2013, n. 5403; id., Sez. VI, sentenze 8 aprile 2015, n. 1778; id. 8 febbraio 2013, n. 703). Siffatto orientamento è motivato sia sul presupposto che l'originario ricorrente non è soccombente in punto di giurisdizione, sia sulla circostanza che tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal venire *contra factum proprium*, vigendo nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, in cui si inserisce anche l'abuso del processo, nonché dalla violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a. Va tuttavia sottolineato che il predetto approdo ermeneutico, in mancanza di una norma espressa, non è univoco, tant'è che le sezioni unite della Corte di cassazione, in alcune occasioni, hanno affermato che "l'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice (nella specie, il TAR) che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben

può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello (nella specie, davanti al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia), essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito" (Cass. civ., S.U., 27 dicembre 2010, n. 26129; id. 29 marzo 2011, n. 7097; id. 27 luglio 2011, n. 16391; id. 20 gennaio 2014, n. 1006; id. 20 maggio 2014, n. 11022; id. 28 maggio 2014, n. 11916). In un'altra occasione le sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che, in sede d'impugnazione, abbia contestato la giurisdizione amministrativa da ella precedentemente adita, in una controversia in cui vi era un obiettivo dubbio sulla questione di giurisdizione (Cass. civ., S.U., 19 giugno 2014, n. 13940); quest'ultimo orientamento è stato seguito anche da Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192. A fronte di tale oscillazione giurisprudenziale la Sezione ha ritenuto opportuno rimettere tale questione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. La Sezione ha rilevato che laddove l'Adunanza plenaria dovesse ritenere ammissibile il motivo di giurisdizione nei termini appena esposti, sorgerebbe la questione relativa alla giurisdizione in ordine alla domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo. Anche sul punto, infatti, si è registrata una oscillazione giurisprudenziale all'interno del Consiglio di Stato, atteso che in alcune pronunce (Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2016, n. 3997; id., Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293; id. 20 dicembre 2017, n. 5980; id., Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011) si è aderito alla traiettoria argomentativa sostenuta dalle sezioni unite della Corte di cassazione, con le ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, e con altre successive conformi ordinanze (id. 4 settembre 2015, n. 17586; id. 22 maggio 2017, n. 12799; id. 22 giugno 2017, n. 15640; id. 2 agosto 2017, n. 19171; id. 23 gennaio 2018, n. 1654; id. 2 marzo 2018, n. 4996; id. 24 settembre 2018, n. 22435; id. 13 dicembre 2018, n. 32365; id. 19 febbraio 2019, n. 4889; id. 8 marzo 2019, n. 6885; id. 13 maggio 2019, n. 12635; id. 28 aprile 2020, n. 8236), secondo cui la domanda risarcitoria proposta nei confronti della pubblica amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria (anche nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione del diritto soggettivo alla sua integrità patrimoniale oppure (più recentemente) di una lesione all'affidamento incolpevole quale situazione giuridica soggettiva autonoma, dove l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento. Per contro, in altre pronunce (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857; TAR Abruzzo, Pescara, 20 giugno 2012, n. 312) si è affermato che, nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbero nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo; in tal senso si sono peraltro espresse le sezioni unite della Corte di cassazione con le ordinanze 21 aprile 2016, n. 8057, e 29 maggio 2017, n. 13454 (per l'ipotesi di annullamento di autotutela di provvedimento di affidamento di servizio pubblico).

L'ordinanza Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013, è stata decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19: *"È inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado. Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi. La responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento"*. Ha chiarito, l'Alto consesso, che il duplice fondamento dell'inammissibilità della questione di giurisdizione proposta in appello mediante (auto)eccezione del ricorrente soccombente in primo grado, trova ulteriore base giuridica nell'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed imm modificabile i dubbi sulla giurisdizione, e cioè il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., che, secondo la giurisprudenza di quest'ultima, può essere proposto anche dall'attore a fronte dell'altrui contestazione (in questo senso, di recente: Cass., SS.UU., ord. 22 aprile 2021 n. 10742; 5 novembre 2019, n. 28331; 13 giugno 2017, n. 14653). Il mancato utilizzo dello strumento processuale appositamente previsto per risolvere la questione pregiudiziale di giurisdizione prima che la causa «sia decisa nel merito in primo grado» (così l'art. 41, comma 1, c.p.c.) rende pertanto palese la strumentalità della sua riproposizione in appello da parte di colui che avrebbe potuto farlo già in primo grado e che su tale questione non abbia nondimeno riportato alcuna soccombenza. L'ordinanza di rimessione si è domandata se la questione di giurisdizione possa essere affrontata «anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità». Ad avviso della Adunanza plenaria in linea di principio la risposta è negativa, dal momento che l'art. 276, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 76, comma 4, c.p.a., prevede che il collegio giudicante «decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della

causa». L'avverbio di modo «gradatamente» richiama l'ordine logico-giuridico secondo cui le questioni sono poste, tale per cui, una volta definita una questione avente carattere risolutivo del giudizio, il collegio è spogliato del potere di decidere. La motivazione della sentenza dovrebbe quindi costituire l'espressione del giudizio formulato in camera di consiglio secondo le modalità indicate dalle disposizioni processuali sopra richiamate. Nondimeno la prassi, formatasi in assenza di divieti sul punto, registra motivazioni di sentenze che, pur definendo questioni pregiudiziali risolutive, scendono anche nell'esame del merito, quando vi sia convergenza rispetto alla decisione assunta sulla questione pregiudiziale, e dunque in funzione rafforzativa di quest'ultima. Peraltro, l'inammissibilità non sarebbe certamente d'ostacolo ad esaminare la questione nella presente sede nomofilattica, che il codice del processo amministrativo ha rafforzato con l'art. 99, comma 5, il quale prevede che l'Adunanza plenaria se reputa la questione «di particolare importanza (...) può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge». La questione che l'Alto consesso ha affrontato è se è configurabile un «legittimo e qualificato affidamento sul provvedimento amministrativo annullato» in sede giurisdizionale che il suo destinatario possa azionare mediante una domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione che ha emanato l'atto e, «in caso positivo», a quali condizioni ed entro quali limiti un simile affidamento può essere riconosciuto un risarcimento del danno «per lesione dell'affidamento incolpevole». Ha aggiunto, l'Adunanza plenaria, che l'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza della stessa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6 (v. nota n. 205 *supra*), in un caso in cui l'impresa aggiudicataria di una procedura di affidamento di un appalto pubblico aveva chiesto la condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'amministrazione che aveva legittimamente revocato la gara. Sul presupposto che, nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica, quest'ultima è anche soggetta alle «norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune», e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5 (v. note nn. 206 e 257). A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre, la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti configurarsi per il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole un'aspettativa alla stabilità del bene della vita con esso acquisito e che dunque può essere lesa dalla sua perdita conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale. Ha chiarito, l'Adunanza plenaria, che l'affidamento tutelabile in via risarcitoria deve essere ragionevole, *id est* incolpevole. Esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento, o con il suo comportamento correlato al pubblico potere, e in cui il privato abbia senza colpa confidato. Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve dunque vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse. Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole. L'atteggiamento psicologico del privato può dunque essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, come suppone l'ordinanza di rimessione. Non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può infatti condurre a configurare in via di automatismo una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità. Si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi ad iniziativa di quest'ultimo. Va infatti considerato al riguardo che, sebbene al privato sia riconosciuto il potere di attivare il procedimento

Ciò dipende anche dall'assenza, dal punto di vista tassonomico, sia di un concetto unico ed unitario di pubblica amministrazione²⁵², sul piano soggettivo, sia di una nozione univoca ed inequivoca di pubblico potere, sul piano oggettivo.

amministrativo e di fornire in esso ogni apporto utile per la sua conclusione in senso per sé favorevole, egli lo fa all'esclusivo fine di realizzare il proprio utile. È invece sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che dunque è tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato; pertanto, se quest'ultimo trova soddisfazione è perché esso è ritenuto conforme alla norma e all'interesse pubblico primario dalla stessa tutelato. Malgrado gli istituti partecipativi introdotti con la l. n. 241 del 1990, e la recente positivizzazione dei doveri di collaborazione e buona fede, il potere amministrativo mantiene infatti la sua tipica connotazione di unilateralità, che si correla alle sovraordinate esigenze di attuazione dei fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge, di cui l'amministrazione è responsabile. Nondimeno, con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello «grave», non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce, per un verso, ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da lui avvertita allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso, porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

²⁵² È risaputo che non vi è, in tal senso, un impegno definitorio sul piano legislativo non rinvenendosi nella normativa vigente un'espressa definizione, né indici di riferimento di carattere onnicomprensivo (G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 44 ss.). Elementi qualificatori di utilità provengono dalla decisione della Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 396 (in *Giur. cost.*, 1988, I, 1744); cfr. Cons. Stato, Sez. VI, nn. 1303/2002 e 4711/2002, sulla natura pubblica di E.N.E.L. SPA; G. Rossi, *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, 1992, II, 1811; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, 1997; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia, profili giuridici*, Milano, 1998; V. Cerulli Irelli, *Ente pubblico, problemi di identificazione*, in V. Cerulli Irelli - G. Morbidelli, *Ente pubblico economico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 97; B. Spampinato, *Intorno alla definizione di ente pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994, 2, 411-444; F. Caringella, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2001, I, 519 ss. e 2003, I, 589. Ad esempio, nella sentenza n. 2326 del 2016, pronunciata dal Consiglio di Stato in merito alla qualificazione da riconoscere alla Fondazione Teatro Stabile di Torino, il giudice amministrativo ha affermato che «Nel nostro ordinamento, anche in ragione dell'influenza del diritto europeo, non esiste una definizione unitaria e omogenea di ente pubblico. La valorizzazione del profilo funzionale relativo alle finalità perseguite porta a individuare diverse nozioni di pubblica amministrazione in ragione degli ambiti generali e settoriali di disciplina che vengono in rilievo e, per ciascuna pubblica amministrazione, una possibile articolazione della natura, pubblica o privata, in ragione della specifica disciplina applicabile. Un primo ambito settoriale che può venire in rilievo, influenzato dal diritto europeo, è quello relativo ai contratti di lavori e servizi pubblici; il legislatore europeo, in ossequio al principio dell'autonomia organizzativa degli Stati membri, demanda a essi l'individuazione dei soggetti che devono qualificarsi come organizzazioni pubbliche. Altro ambito settoriale, di ispirazione anch'esso europeo, appare costituito dalle regole di disciplina rilevanti ai fini del rispetto del patto di stabilità. L'analisi della legislazione settoriale conduce alla qualificazione dei Teatri stabili in termini pubblicistici in considerazione della sussistenza dei seguenti fondamentali indici normativi: la necessaria 'costituzione pubblica'; il 'controllo pubblico'; la mancanza del 'prezzo economicamente significativo' e, cioè, la mancata copertura di una quota superiore al 50 per cento dei costi di produzione ad opera dei proventi delle vendite». Da ultimo, vedasi Corte giust. UE, Sez. IV, Sentenza nelle cause riunite C-155/19 e C-156/19 - *FIGC e Consorzio Ge.Se.Av.* In tema di ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici ricadono nella definizione di organismo di diritto pubblico le Federazioni sportive nazionali che risultino assoggettate ad un controllo di gestione, da parte dell'autorità pubblica, tale da escludere che le stesse conservino autonomia sulle proprie decisioni in materia di affidamento di appalti: cfr. C. Genovese, *La Corte di giustizia UE "rimanda" al Consiglio di Stato la decisione sulla qualificazione delle federazioni sportive come organismi di diritto pubblico*, in *l'amministrativista.it*, 3 marzo 2021; v. anche Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa n. 14/21, Lussemburgo, 3 febbraio 2021. A ben vedere, si tratta di un fenomeno che s'inserisce nella più ampia tendenza dell'ordinamento ad accogliere una nozione «funzionale» e «cangiante» di ente pubblico, in base alla quale si ammette che uno stesso soggetto possa avere tale natura a certi fini, conservando, però, rispetto ad altri aspetti il regime normativo privatistico; in tali ipotesi l'ente,

Per potere, in termini giuridici, si intende la capacità, la facoltà ovvero l'autorità di agire, esercitata per fini personali o collettivi; più in generale il termine viene usato per indicare la capacità vera o presunta di influenzare i comportamenti di gruppi umani (e.g. potere spirituale vs potere temporale). Ma che cos'è il potere pubblico? Il concetto di "potere pubblico" assume una fondamentale importanza ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.²⁵³

limitatamente allo svolgimento dell'attività procedimentalizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua connotazione formale, ma lo diviene in maniera dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non procedimentalizzate (in termini TAR Veneto, I, 4 febbraio 2020, n. 132).

²⁵³ Sul punto vedasi D. Giannini, *Il concetto di potere pubblico*, in *iusexplorer.it*. Non è un caso, infatti, che il nuovo codice del processo amministrativo individui il fondamento della giurisdizione amministrativa proprio nella sussistenza del "potere amministrativo", stabilendo che "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni" (art. 7, comma 1, c.p.a.). Sempre lo stesso codice, poi, al momento di precisare i caratteri dell'azione di condanna esperibile innanzi al giudice amministrativo, precisa che "Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria" (art. 30, comma 2, c.p.a.). In questo modo, il codice del processo recepisce gli sbocchi interpretativi degli ultimi anni, in cui particolarmente avvertita è stata l'esigenza di individuare gli esatti contorni della nozione di potere pubblico, per addivenire, poi, all'enucleazione dei confini della giurisdizione amministrativa. L'evoluzione interpretativa di cui si tratta è stata guidata da due fondamentali arresti della Corte costituzionale, e in particolare dalle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006. Con la prima delle pronunce citate, nel dichiarare l'incostituzionalità degli artt. 33 e 34 d.lgs. n. 80/1998, il Giudice costituzionale, da un lato, ha ribadito che il criterio di riparto ordinario è basato sulla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo; dall'altro, ha indicato nella presenza di un potere pubblico autoritativo l'elemento caratterizzante la presenza di una posizione di interesse legittimo, la cui tutela, anche risarcitoria, giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo. Potere pubblico che può manifestarsi sia per il tramite di provvedimenti, che nelle forme di moduli convenzionali, quali quelli disciplinati dall'art. 11, l. n. 241/1990. La sentenza n. 191/2006, invece, sposando le premesse della sentenza n. 204/2004, si è poi preoccupata di chiarire quando è costituzionalmente legittima l'attribuzione al G.A. della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo: a tal fine, il Giudice delle leggi ha precisato che nelle ipotesi in cui i comportamenti causativi di danno costituiscono esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica, la previsione di una giurisdizione del g.a. risulta pienamente legittima: e ciò in considerazione del legame esistente tra il potere autoritativo attribuito all'amministrazione ed il danno ingiusto cagionato dalla stessa in ragione di un comportamento esecutivo del potere in questione, quindi a questo direttamente riconducibile. Grazie alle due sentenze del Giudice delle leggi, in sede interpretativa si è fatta strada una visione nuova della nozione di "potere pubblico", certamente utile ai fini del riparto: ed infatti, da un lato, è stata messa in risalto la possibilità che il potere pubblico sia incanalato verso formule convenzionali; dall'altro, è stato negato che l'atto amministrativo sia l'unica forma di espressione del potere, giacché lo stesso può manifestarsi anche secondo schemi comportamentali. Le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale con le pronunce sopra citate sono state successivamente sviluppate dalla giurisprudenza. In questa sede, assume particolare importanza la sentenza n. 10/2007 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, risolvendo una questione rimessa alla sua decisione da parte del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ha colto l'occasione per sintetizzare gli approdi cui la precedente evoluzione giurisprudenziale era giunta in ordine ai principali aspetti coinvolti dal tema del riparto della giurisdizione. In particolare, la plenaria ha rammentato che: a) "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una "nuova materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione" (Corte cost. n. 204/2004); b) la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento (Corte cost. n. 204/2004); c) al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi (così l'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi

Sia nella giurisdizione generale di legittimità, sia in quella esclusiva il nucleo centrale di tutela è riconducibile all'esercizio di un "potere amministrativo", sicché s'impone di spiegare e dare contenuto al significato sotteso all'uso di tale espressione.²⁵⁴

anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione (Corte cost. n. 191/2006); d) la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto. Non si verifica il collegamento con l'esercizio del potere "quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda" (Cass. civ., Sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, nonché 13 giugno 2006, nn. 13660 e 13659); e) il venire meno, per annullamento giurisdizionale, di atti che sono espressione di una posizione di autorità, non rende rilevanti solo come comportamenti gli effetti "medio tempore" prodottisi in loro esecuzione, ma determina la concentrazione della cognizione dinanzi allo stesso giudice amministrativo, il quale verifica il corretto esercizio del potere (Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2006); f) va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate dall'esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia (Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2005). In definitiva, dall'insegnamento della Adunanza plenaria n. 10 del 2007 si ricava che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo (sia esclusiva che, a maggior ragione, di legittimità) laddove una controversia riguardi l'esercizio del potere della p.a.: in particolare, si può trattare sia di una controversia generata dall'adozione di un provvedimento adottato dall'Amministrazione in veste di Autorità, sia di una controversia che abbia ad oggetto un comportamento che risulti comunque quale conseguenza in concreto dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere da parte dell'Amministrazione. In questi casi, al giudice amministrativo viene affidata una tutela "piena" dell'interesse legittimo, che abbraccia sia il rimedio classico demolitorio (e/o conformativo), sia lo strumento di tutela "ulteriore", rappresentato dal risarcimento del danno ingiusto (anche attraverso la reintegrazione in forma specifica). Viceversa, al giudice ordinario competono quelle controversie generate dall'assenza del "potere pubblico" in capo all'Amministrazione: tali sono quelle controversie in cui la p.a. agisce in posizione paritaria rispetto al privato o quelle in cui la stessa ricorre ad una mera attività materiale. Come già anticipato in premessa, il nuovo codice del processo amministrativo non fa altro che trasportare sul piano normativo le conclusioni adesso richiamate, riconoscendo espressamente che la sussistenza della giurisdizione amministrativa è legata all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo, che si traduca poi nell'adozione di provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (da intendersi peraltro in senso ampio, sì da comprendere anche i soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo). V. anche F. Testi, *Le varie interpretazioni del potere amministrativo. Profili storici e contemporanei*, Roma, 2016, nonché G. Greco, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 5, 819-854, e Id., *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto pubblico*, 2016, 3, 97-112.

²⁵⁴ Per Cass. civ., Sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, cit., "La riconducibilità del comportamento dannoso all'esercizio del potere, affinché il diritto soggettivo al risarcimento del danno in ambito di giurisdizione esclusiva possa dirsi riconducibile a tale giurisdizione, esige dunque l'individuazione di questa relazione con l'esercizio del potere sottesa. Si tratta di una relazione che, se le parole del legislatore hanno un senso, non può essere intesa come se si trattasse di una mera occasionalità della tenuta del comportamento rispetto all'esercizio del potere, giacché ciò che è occasionale è certamente spiegabile sul piano deterministico come giustificato da qualcosa d'altro, ma per ciò solo, almeno secondo un lessico normativo, non può dirsi riconducibile ad esso. Se il legislatore avesse voluto alludere semplicemente all'essere stato il comportamento occasionato dall'esercizio del potere avrebbe fatto riferimento al comportamento tenuto nell'esercizio del potere. Poiché l'attribuzione della giurisdizione sull'esercizio del potere riguarda anche in ambito di giurisdizione esclusiva l'accertamento dell'esistenza del potere che l'amministrazione o chi per essa ha esercitato, a determinare l'attrazione del comportamento a quella giurisdizione sarebbe sufficiente il fatto stesso che esso sia stato tenuto e, dunque, giustificato, nell'esercizio di un potere anche solo asserito tale dall'amministrazione o da chi per essa. In pratica basterebbe il mero finalismo del comportamento all'esercizio del potere (asserito) per giustificare la giurisdizione esclusiva. Il legislatore, viceversa, non ha accolto tale criterio meramente finalistico, basato sulla mera occasionalità, ma parlando di riconducibilità al potere ha richiesto che il comportamento presenti oggettivamente un collegamento con l'esercizio del potere, costituisca,

dunque, una manifestazione del potere, ancorché da verificare esistente. Viene, dunque, in rilievo la nozione di potere dell'amministrazione (o di chi per essa) e ci si deve interrogare su cosa significhi esercizio del potere. Si rileva, innanzitutto, che, in ossequio al principio di legalità (che ha base costituzionale nell'art. 23 Cost. e nella stessa previsione dell'art. 113, comma 1 atteso che la giustiziabilità, essendo i giudici sottoposti solo alla legge, implica anch'essa che il potere della p.a. dalla legge discenda), il potere della pubblica amministrazione discende dalla legge. Il potere di cui parla il comma 1, art. 7 va individuato in una previsione di legge o almeno giustificata da una previsione della legge. È palese, dunque, che le forme di manifestazione dell'esercizio del potere dell'amministrazione (o di chi per essa) sono dunque identificate da quanto la norma direttamente od indirettamente prevede che essa possa fare autoritativamente e da quanto l'attribuzione del potere giustifica, perché questo sottende il potere. Lo stesso riferimento agli accordi nel comma 1, art. 7 sottende, com'è noto, che essi siano sostanzialmente sostitutivi dell'esercizio di ciò che l'amministrazione potrebbe fare autoritativamente. Il punto di riferimento per stabilire ciò che è esercizio del potere è dunque la norma di previsione del potere asseritamente esercitato e ciò che essa consente come manifestazione dell'esercizio del potere, fermo restando che sia la verifica dell'esistenza della stessa norma astratta giustificativa del potere sia quella della sua concreta applicabilità competono al giudice amministrativo. Anche il comportamento dell'amministrazione o di chi per essa allora, se deve essere riconducibile all'esercizio del potere, non sfugge alla stessa regola e, pertanto, esso può dirsi riconducibile a detto esercizio solo se appare tale in base alla previsione normativa di attribuzione del potere asseritamente esercitato. Ora, è noto la norma che attribuisce un potere alla p.a. descrive innanzitutto l'agire dell'amministrazione riguardo ad un certo oggetto. Tale esercizio si concreta nel provvedimento che a tale oggetto si riferisce e che in relazione ad esso dispone e stabilisce il risultato che si deve raggiungere. Per raggiungere tale risultato sono necessari una serie di atti dell'amministrazione e di norma operazioni materiali, cioè comportamenti. Questi comportamenti possono essere, però, di diversa natura. Taluni sono oggettivamente necessari per realizzare il risultato che l'esercizio del potere deve raggiungere: si tratta di comportamenti che sono oggettivamente indispensabili per raggiungere tale risultato e sono tali secondo la stessa previsione della norma attributiva del potere. L'amministrazione ha certamente un potere di scelta nella tenuta di tali comportamenti, nel senso che sceglie di tenerli in un certo modo, piuttosto che in un altro, ma il tratto costante è che tutti i comportamenti che si potevano tenere, anche quelli non scelti, in ogni caso, per il modo in cui il potere è normativamente previsto, risultavano oggettivamente, per le loro caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, ad esso riconducibili, perché concernevano proprio tale oggetto come normativamente previsto. Vi sono, però, numerosi altri comportamenti che invece si rivelano soltanto funzionali al raggiungimento del risultato che l'esercizio del potere deve realizzare secondo la previsione normativa ed in relazione all'oggetto ch'essa prevede. Tali comportamenti sono in relazione con l'esercizio del potere non perché corrispondenti e dunque riconducibili a quanto oggettivamente la norma di previsione del potere prevede, bensì soltanto perché l'amministrazione o chi per essa li ha tenuti per raggiungere quel risultato, scegliendo di tenerli in un certo modo piuttosto che in un altro. Sono comportamenti che sono stati certamente funzionali a quel raggiungimento, ma non per le loro caratteristiche oggettive e, dunque, perché hanno rappresentato uno dei modi di realizzazione sul piano della realtà effettuale del potere per come descritto normativamente, bensì solo perché l'amministrazione li ha tenuti allo scopo di raggiungere il risultato dell'esercizio del potere asseritamente esercitato e normativamente descritto. Non si tratta di comportamenti che per le loro caratteristiche rivelino dunque l'esercizio del potere, ma di comportamenti che solo per il loro finalismo e, dunque, non secondo quanto prevedeva la norma di attribuzione del potere, si pongono in relazione con il suo esercizio. Sicché essi, di per sé, non si possono dire riconducibili a tale esercizio in quanto giustificato dalla norma di attribuzione del potere asseritamente invocata dall'amministrazione o da chi per essa riguardo al suo agire. I comportamenti riconducibili all'esercizio del potere sono dunque solo quelli che trovano oggettiva giustificazione in ciò che la previsione del potere al livello normativo stabiliva. Questo sembra implicare la riconducibilità di cui parla l'art. 7, comma 1: i comportamenti cui la norma fa riferimento e, quindi, anche gli effetti dannosi che in ipotesi essi provocano, sono solo quelli che, secondo la norma di previsione del potere, apparivano astrattamente e oggettivamente necessari per l'attuazione del potere che l'amministrazione o chi per essa abbia esercitato o eserciti, a torto o a ragione. Se si opinasse invece che l'esercizio di un potere in ambito di giurisdizione esclusiva determini la *vis attractiva* di tutti i comportamenti tenuti dall'amministrazione o dal soggetto attraverso il quale essa agisce semplicemente in funzione dell'esercizio del potere e, dunque, semplicemente in occasione di tale esercizio, si avrebbe a ben vedere la conseguenza - che non sembra in linea con la sentenza n. 204 del 2004 della Consulta - che nelle materie di giurisdizione esclusiva tutto l'agire comportamentale della pubblica amministrazione che sia anche solo meramente occasionato dall'esercizio del potere, sarebbe riconducibile alla giurisdizione amministrativa esclusiva non già per una riconducibilità al potere - se esistente - per come normativamente previsto, bensì semplicemente perché l'amministrazione o chi per essa ha deciso di tenerlo per raggiungere il risultato che l'esercizio del potere prevedeva e non perché detto agire costituisse uno dei modi possibili, ma da scegliere necessariamente, di tale raggiungimento. Il comportamento sarebbe attratto alla giurisdizione esclusiva non perché si rivela esso stesso diretto, secondo le opzioni di esercizio del potere normativamente descritte, a tale

Non sempre la Cassazione si è dimostrata all'altezza della funzione.²⁵⁵

raggiungimento, bensì soltanto perché è servito all'amministrazione a questo scopo. La riconducibilità in questo secondo caso verrebbe fatta dipendere in buona sostanza dalla scelta dell'amministrazione e, dunque, avrebbe una connotazione esclusivamente soggettiva. Ma una simile evenienza si sarebbe dovuta prevedere da parte del legislatore con una diversa formulazione, cioè alludendo ai comportamenti che l'amministrazione o chi per essa tenga per esercitare il potere: criterio che equivarrebbe a dire che tutti i comportamenti che l'amministrazione o chi per essa tiene, secondo un mero criterio finalistico dipendente dalla sua scelta, realizza" (pt. 7 dir.). La Cassazione svolge un'elucubrazione talmente astratta che risulta difficile da seguire e comprendere appieno nei risvolti filosofici, nei cui meandri sembra perdersi perfino il giudice, ma la digressione della Corte è del tutto slegata dal diritto positivo e dalla giurisprudenza. Essenzialmente il ragionamento del giudice si fonda su un'argomentazione *a contrario*, ovvero la soluzione adottata sarebbe giustificata per potersi avere giurisdizione civile sui comportamenti della p.a., che altrimenti sarebbero sempre devoluti al giudice amministrativo quale "giudice della p.a.". Una maggior concretizzazione della decisione, per mezzo di casi pratici, non solo avrebbe reso più intellegibile il filo logico, ma avrebbe consentito al giudice di accorgersi che i comportamenti inclusi nella giurisdizione amministrativa sono quelli che presentano un collegamento "mediato" con l'esercizio del potere, mentre la Cassazione sembra affermare un collegamento "immediato", ben oltre il testo letterale dell'art. 133 c.p.a. e la *ratio legis*, travisando la giurisprudenza costituzionale.

²⁵⁵ In buona sostanza, per Cass. civ., Sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, cit., "Il potere della concessionaria e di chi agiva per essa, sebbene considerato a livello di comportamenti esecutivi, cioè di operazioni materiali, necessarie per la realizzazione dell'opera, veniva in rilievo certamente per tutto quello che la concessione di realizzazione dell'opera comportava, ma limitatamente a quanto dalla concessione come manifestazione di potere autoritativo era implicato e, quindi, all'oggetto o agli oggetti ed alle posizioni giuridiche che agli effetti del potere erano dalla norma di previsione erano assoggettati. Sotto tale profilo, si deve considerare che la concessione di esecuzione dell'opera (come in ogni caso di concessioni di realizzazione di opere di pubblica utilità), in quanto manifestazione del relativo potere, implicava e, quindi, consentiva che per la sua realizzazione si dovesse procedere ad un'attività di apprensione dei beni sui quali l'opera doveva realizzarsi e allo svolgimento dell'attività diretta a realizzarla e, dunque, anche delle operazioni materiali necessarie, nonché anche di quell'attività che si fosse palesata necessaria ed avesse implicato il coinvolgimento anche di altri beni diversi, con conseguente sottoposizione di essi a vincoli in via solo provvisoria (come le aree occupate dal cantiere per realizzare l'opera stessa ed eventualmente altre che di volta in volta si sono occupate per agevolare lo stesso accesso al cantiere o ai cantieri). Tutte tali attività, anche se consistenti in operazioni materiali e dunque in comportamenti, sono certamente riconducibili al potere in base al quale l'opera si deve ed anzi si asserisce che si deve autoritativamente realizzare: lo sono perché essi risultano oggettivamente diretti a realizzare l'opera sui beni su cui essa doveva realizzarsi secondo la norma di previsione del potere oggetto di concessione e secondo quanto sulla base di essa è stato attribuito come potere alla concessionaria e mediatamente giustifica l'operato di coloro di cui essa si avvale. Si tratta, in definitiva, di comportamenti che si sono svolti o si svolgono proprio sui beni interessati dall'esercizio del potere in via definitiva (quelli su cui l'opera si deve realizzare) o provvisoria (perché utilizzati per lo svolgimento della relativa attività). Tali comportamenti, se produttivi di danno, sono certamente riconducibili all'esercizio del potere che si pretende di esercitare per la realizzazione dell'opera, in quanto la norma di attribuzione del preteso potere prevede che il potere possa esercitarsi sui detti beni e sulle situazioni giuridiche ad essi relative. Le pretese risarcitorie per le lesioni di queste situazioni giuridiche sono, pertanto, soggette alla giurisdizione esclusiva." (pt. 8 dir.).

Qui la Cassazione si occupa in concreto della questione, entrando *in medias res*. Due considerazioni vanno fatte a riguardo: in primo luogo, nella decisione viene riproposta la antiquata concezione della concessione quale manifestazione di potere amministrativo, ormai superata (v. note nn. 59-61, 110 e 114 *supra*). Le sezioni unite sono indotte a preferire questa soluzione anche da esigenze di coerenza interna della propria giurisprudenza: da un lato, con la precedente sentenza 29 dicembre 1990, n. 12221, è stato affermato che il concessionario, quando sceglie i contraenti cui affidare in appalto l'esecuzione delle opere e deve farlo seguendo le regole dell'evidenza pubblica, opera come organo indiretto dell'amministrazione concedente, esercitando una funzione pubblica; dall'altro, alla giurisdizione esclusiva configurata dall'art. 5 della legge 1034 del 1971 è stata già ricondotta la concessione di riscossione delle imposte ed entrate pubbliche, che dà luogo ad un fenomeno di sostituzione nell'esercizio di funzioni pubbliche, sebbene la riscossione delle imposte sia qualificata normativamente come servizio pubblico (Cass. civ., Sez. un., n. 366 del 18 maggio 2000, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 8, 771 - con nota di C. Guccione, *La convenzione per la progettazione ed esecuzione dell'opera pubblica*, *ibidem*, 775-778: a giudizio dell'A., con la sentenza in commento la Suprema Corte prosegue nel proprio orientamento, stabilendo la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie sui diritti soggettivi tra concedente e concessionario di lavori pubblici, con conseguente validità del lodo pronunciato sulla base di clausola compromissoria contenuta nella convenzione accedente al provvedimento concessorio). Nel pensiero delle sezioni unite, come si è visto, la ragione del dover assimilare alla concessione di servizi la convenzione per effetto della quale sono attribuite al concessionario compiti

propri del concedente estranei al momento esecutivo dell'opera sta nel fatto che, mediante questo tipo di concessione, l'Amministrazione sostituisce il concessionario a sé nell'esercizio di un complesso di funzioni di natura amministrativa, sta dunque quasi in un temporaneo affidamento di un ufficio: non risiede invece nel fatto che l'appaltatore dell'opera è richiesto di compiti accessori.

E, in secondo luogo, viene completamente travisato il dato testuale del collegamento "mediato" col potere pubblico: come detto, la Cassazione invece fonda la propria esegesi sul collegamento "immediato" col potere, così obliterando il diritto positivo. Un errore d'impostazione marchiano, assolutamente grave ed esiziale nella misura in cui scompone atomisticamente una operazione pubblica, anziché sceverare fra attività autoritativa *iure imperii* ed attività non autoritativa *iure privatorum*, quindi negoziale o di fatto. Nella fattispecie, tuttavia, trattandosi di esecuzione di un contratto pubblico (che però la Cassazione considera inconsultamente ed improvvidamente attività autoritativa a dispetto della sua consolidata giurisprudenza: v. *infra*), l'interpretazione fornita non ha prodotto perniciose ripercussioni, ma resta il fatto che i comportamenti non collegati al potere pubblico sono quelli privatistici (paritetici) e quelli scollegati dal potere (per interruzione del nesso funzionale: si è visto in precedenza il caso del comportamento egoistico o per fini personali). La contraddittorietà della decisione emerge poi dalla distinzione fra aree di cantiere e aree limitrofe: "A ben vedere, se è innegabile che sia quanto agli uni che agli altri il nucleo è comune, *in quanto l'attività che li esprime è la stessa*, tuttavia, la loro rilevanza sul piano degli effetti, che è quello che li fa essere comportamenti, deve tenere conto appunto degli effetti che dall'attività derivano." (enfasi aggiunta). Se l'attività è la stessa ed è espressione di un pubblico potere, ad essa consegue irrefragabilmente la giurisdizione amministrativa; non ha alcun rilievo la diversità degli effetti e dei beni su cui è espletata. Altrimenti si avrebbe un potere pubblico effimero e "a geometria variabile", peraltro su base soggettiva: la stessa attività sarebbe "potere pubblico" per alcuni soggetti e non per altri. Il che è inaccettabile ed inammissibile in uno Stato di diritto, tanto più che il potere pubblico persegue l'interesse collettivo generale *erga omnes*, non certo singoli interessi bilaterali come nei contratti più semplici. Per la Cassazione una simile conclusione sarebbe giustificata solo "se il legislatore avesse individuato l'oggetto della giurisdizione esclusiva sui comportamenti utilizzando la nozione di occasionalità e non quella di riconducibilità" e, a sostegno, richiama la diversità ontologica fra risarcimento ed indennizzo ma su base soggettiva (contemplata dall'ordinamento nel d.P.R. n. 327 del 2001, art. 44). In realtà, anche tale argomento è fallace giacché sono indennità tutte le somme di cui al d.P.R. n. 327 del 2001 – T.U. Espropri. Nessuna discrasia sussiste tra i proprietari dei fondi interessati dall'opera e quelli confinanti (frontisti) o diversi. La riprova dell'inconsistenza della interpretazione sviluppata dalla Cassazione si trova nel capo n. 9 della motivazione: "Si deve precisare a questo punto che quanto si è qui enunciato vale in relazione a pretese di risarcimento danni con cui i proprietari di aree contigue (frontisti) esercitano diritti risarcitori per il ristoro dei danni sofferti alla loro posizione di proprietari ed alle situazioni giuridiche cui l'uso dei beni è strumentale senza sostenere che la fonte del danno è la realizzazione stessa dell'opera sulle aree apprese per realizzarla e limitandosi a dedurre invece come fonte di danno le sole modalità esecutive dell'attività di realizzazione: in tal caso la realizzazione dell'opera e lo stesso modo di realizzarla non sono poste in discussione, sebbene sotto il profilo dell'individuazione della causa del danno. Sono poste in discussione soltanto le modalità esecutive di realizzazione ma non in maniera tale da incidere sul "come" della realizzazione dell'opera con la consistenza e le caratteristiche previste nell'attività progettuale. Sono poste in discussione come fonte di responsabilità soltanto - lo si ripete - modalità esecutive in quanto ridondanti in effetti sulle proprietà contigue e, dunque, manifestantesi come comportamenti su di esse incidenti, che non riguardano il "come" della realizzazione dell'opera, ma le modalità esecutive. La legge Aquilia viene invocata solo adducendosi che il danno è stato arrecato non per il "se" e per il "come" della realizzazione dell'opera e, dunque, per quello che è riconducibile all'esercizio del potere, bensì soltanto per modalità che su quel "se" e su quel "come" non incidono, concernendo solo il modo dell'attività esecutiva: per esemplificare: si poteva lavorare in funzione della realizzazione dell'opera e sempre assicurando il "se" ed il "come" stabiliti, adottando cautele tecniche non incidenti sui vicini oppure adottandone altre in modo da ridurre le immissioni nella normale tollerabilità. Se le posizioni dei proprietari contigui vengono, invece, fatte valere contro l'attività di esecuzione svolta sui beni sui quali l'opera deve realizzarsi e/o contro l'attività svolta sui beni utilizzati come aree di cantiere per quella realizzazione e si pretenda un risarcimento adducendo che il danno deriva direttamente non dalle modalità di svolgimento dell'attività di realizzazione dell'opera e per i suoi effetti in relazione al bene contiguo ed a prescindere da ogni discussione sul "se" e sul "come" di essa, ma in ragione della stessa realizzazione dell'opera e, quindi, della sua realizzazione per come è stata deliberata a progettata, e si postuli che è proprio tale attività che è illegittima, cioè *contra ius* ai sensi dell'art. 2043 c.c., e si pretenda dunque un risarcimento di tale danno, richiedendo un ristoro per equivalente del pregiudizio che ponga il soggetto nella condizione in cui si sarebbe trovato se l'opera non fosse stata realizzata, allora, poiché il danno che si lamenta è quello da illegittimità del comportamento riconducibile al potere in quanto concretantesi proprio nella realizzazione dell'opera, si configura la giurisdizione amministrativa, in quanto la cognizione che si sollecita comporta che si debba valutare la legittimità dell'esercizio del potere stesso e del comportamento che ne è espressione ed è ad esso riconducibile, perché la previsione del potere riguardava proprio la realizzazione dell'opera. In

sostanza si lamenta un danno derivante in sé dall'opera e dalla sua insistenza dopo l'esecuzione. Non diversamente dicasi dell'ipotesi in cui i titolari di posizioni contigue e frontiste chiedano una tutela giurisdizionale diretta a bloccare l'esecuzione dell'opera o l'attività sulle aree occupate per l'esecuzione come cantieri: in questo caso è lo stesso *petitum* sostanziale a postulare una tutela diretta contro il potere dell'amministrazione o di chi per essa". Le conclusioni raggiunte – secondo la Cassazione – solo apparentemente si pongono in contrasto con il precedente cui aveva fatto riferimento la sentenza del Tribunale ordinario di Roma, cioè Cass., Sez. un., ord. n. 15660 del 2005. Come emerge dalla narrativa di quella decisione la fattispecie riguardava posizioni di proprietari di beni che si trovavano in prossimità delle aree su cui era in corso di realizzazione la linea ferroviaria dell'alta velocità, che avevano convenuto in giudizio proprio la società T.a.v. - Treno Alta Velocità s.p.a. ed un consorzio costituito per la realizzazione di un tratto dell'opera "per sentirli condannare, in solido o in via alternativa, al risarcimento del danno e/o indennizzo nonché a porre in essere accorgimenti diretti all'abbattimento dei rumori e ad attenuare l'impatto ambientale" ed avevano dedotto a sostegno della domanda "che la realizzazione di tale opera ha già provocato danni ad uno dei fondi a causa della modifica del piano di campagna e del conseguente deflusso delle acque meteoriche, incide sull'assetto non solo urbanistico della zona e produrrà, una volta in funzione, il deprezzamento del valore degli immobili nonché danni alla salute, al panorama ed all'ambiente". Gli attori avevano osservato "che essi fanno valere posizioni di diritto soggettivo, come tali devolute al giudice ordinario, ancorché la relativa domanda attenga anche "all'illegittimità del progetto ed alla pericolosità della sua attuazione per violazione delle norme di garanzia e comune prudenza poste e tutela dei diritti vantati, violazione dimostrata dall'insufficienza ed erroneità delle previsioni di impatto ambientale a base sia dei provvedimenti adottati che dell'esecuzione del progetto" ed avevano sottolineato "il "difetto delle doverose cautele nella progettazione ed esecuzione dell'opera", osservando che il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo illegittimo" e precisando "che la tutela invocata riguarda non tanto il provvedimento amministrativo - non impugnato nei confronti della P.A. che lo ha emanato - quanto i suoi effetti dannosi, compreso l'inquinamento elettromagnetico, 'nei confronti dell'attività di impresa dell'Ente pubblico economico autorizzato (T.A.V. s.p.a.)". Come si vede e come, poi, le Sezioni Unite confermarono nel paragrafo 12 della motivazione, le domande proposte lamentavano la stessa illegittimità della progettazione ed esecuzione dell'opera e, dunque, postulavano una tutela che quella illegittimità supponeva e, dunque, implicava una discussione proprio sul potere dell'amministrazione o meglio della concessionaria: ricorreva, dunque, una situazione in cui almeno una parte della domanda, quella risarcitoria, (vi si faceva riferimento infatti, per la verità, anche ad indennizzi) era riconducibile alla situazione indicata poco sopra (cfr. capo 9.1 della motivazione). Nemmeno le raggiunte conclusioni paiono alla Corte in contrasto con la fattispecie decisa da Cass., Sez. un., n. 9516 del 2015: come emerge dalla decisione, in cui era parte sempre la TAV, essa riguardava una domanda del privato attore avente ad oggetto la richiesta di "risarcimento dei danni provocati nell'immobile di sua proprietà dai lavori di ampliamento della sede ferroviaria (OMISSIS) per la realizzazione di un corridoio logistico attrezzato con binario di servizio per il cantiere della nuova stazione AV di Firenze" e le Sezioni Unite osservarono che "i danni lamentati dall'attuale ricorrente, quali risultano dal tenore della stessa domanda di risarcimento danni proposta e riportata nella sentenza impugnata (pag. 3) sono legati e sono, quindi, conseguenze dei "Lavori di ampliamento della sede ferroviaria (omissis) per la realizzazione di un corridoio logistico attrezzato con binario di servizio per il cantiere della nuova stazione AV di (omissis)". Soggiunsero, quindi, che "Tali lavori rientrano, quindi, fra quelli affidati dalle Ferrovie dello Stato nel 1991 per la realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità, oggetto di un complesso procedimento amministrativo, contrassegnato da atti che costituiscono esemplificazione del potere amministrativo" e "Non possono, pertanto, essere attribuiti soltanto a cattiva esecuzione dei lavori; quindi a meri comportamenti materiali che escludono la giurisdizione amministrativa". Anche in questo caso la fattispecie evidenziava una domanda sostanzialmente riconducibile all'ipotesi di cui al capo 9.1 della sentenza. Conclusivamente, dunque, per Cass. civ., Sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, deve dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario su entrambe le domanda alternativamente e cumulativamente proposte, cioè sia su quella d'indennizzo sia su quella di risarcimento del danno, da riassumere davanti a quel giudice.

La ricostruzione cervellotica e speciosa si perde ancora una volta nell'astrattismo e quando scende nel concreto rivela tutta la sua infondatezza e illogicità. Già s'è detto della connotazione tendenzialmente paritetica della fase esecutiva dei contratti pubblici (le cui modalità esecutive non possono essere distinte a seconda della conformità o meno al progetto approvato, al fine di ricondurle all'esercizio del pubblico potere, perché non sono comportamenti collegati né mediamente né immediatamente al potere amministrativo: se per le controversie tra i contraenti sussiste la giurisdizione ordinaria, la medesima deve sussistere anche per i terzi; non si vede come potrebbe essere affermata la giurisdizione amministrativa, *a fortiori* sul presupposto della conformità o meno al progetto che implica l'esame approfondito degli atti progettuali e delle norme tecniche), ma i precedenti richiamati dalla stessa Cassazione al capo n. 10 (cioè Cass., Sez. un., ord. n. 15660 del 2005 e Cass., Sez. un., n. 9516 del 2015) impongono una soluzione ermeneutica che sconfessa le decisioni in discussione. Laddove la controversia riguardi il progetto approvato (non le modalità operative in quanto tali) sussiste la giurisdizione amministrativa perché esercizio di potere pubblico, mentre i comportamenti rientrano

Anche dopo le due sentenze della Consulta (nn. 204/2004 e 191/2006), allora, è del tutto implausibile l'interpretazione data dai giudici della Cassazione in merito al riparto di giurisdizione poiché dalle due predette decisioni costituzionali, sulla base del criterio letterale e del criterio logico-sistematico, non è consentito ricorrere a soluzioni logico-deduttive alternative rispetto a quella adottata nelle sentenze della Consulta, nel senso di desumere una diversa conclusione.

Se, quindi, la strada è definitivamente segnata sui saldi binari della Costituzione, è però vero che la Corte di legittimità ha disatteso l'insegnamento costituzionale tramite la contrapposta interpretazione da essa preferita. Contrapponendo argomenti fallaci, tuttavia, non si fa altro che complicare una materia già di per sé complessa. Il che merita un'attenta riflessione.

In questa sede pare utile doversi rammentare che al fine di assicurare il buon funzionamento del settore pubblico quale apparato è imprescindibile snellire la burocrazia e semplificare la disciplina, ma altrettanto importante è garantire la certezza del diritto.

Il problema è stato icasticamente sintetizzato come “quale giudice e quale risarcimento”.²⁵⁶

Nemmeno la giustizia amministrativa può dirsi esente da critiche.

sempre nella giurisdizione ordinaria durante l'esecuzione contrattuale, a prescindere dalla conformità o meno al progetto: nell'un caso il comportamento sarà legittimo e la domanda risarcitoria sarà respinta, viceversa nell'altro caso il comportamento sarà illegittimo (*rectius*: illecito) e la domanda risarcitoria sarà accolta.

Per Corte cost. n. 191/2006 (cfr. L. Marzano, *Ancora sui comportamenti: la Corte costituzionale torna sul riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2006, I, 2277), nelle ipotesi in cui i “comportamenti” causativi di danno ingiusto – e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera – costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'Amministrazione, la normativa si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali “comportamenti” esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione. In sintesi, i principi sopra esposti – peraltro già enunciati dalla stessa Corte con la sentenza n. 204 del 2004 (cfr. A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 974 ss., e F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.) – comportano che deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “comportamenti” (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di “comportamenti” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto (i cd. meri comportamenti).

A questo punto giova soffermarsi brevemente sull'apparente discrasia fra quanto sopra illustrato e le due decisioni della Consulta. Occorre tenere ben distinte la materia degli espropri da quella dei contratti pubblici: solo nella prima l'intera procedura è caratterizzata dal potere amministrativo (anche nel caso di accordi sostitutivi e integrativi, sottoposti infatti alla giurisdizione esclusiva: v. *supra*), mentre nei contratti pubblici la procedura è bifasica e composta da una fase ad evidenza pubblica di approvazione del progetto e di scelta del contraente (di competenza del giudice amministrativo), seguita dalla stipulazione del contratto e dalla sua esecuzione (di competenza del giudice ordinario). È proprio questa cesura a rendere irragionevole la mera riproposizione *de plano* ed acritica delle statuizioni relative agli espropri anche nel campo dei contratti pubblici. In detta prassi erronea è caduta a più riprese la giurisprudenza della Cassazione (salvo poi affermare tutto il contrario e, dunque, la giurisdizione civile sulla responsabilità della p.a. per la lesione dell'affidamento privato) e tale aporia contraddistingue l'ordinamento attuale (sul tema si tornerà tra breve).

²⁵⁶ Cfr. H. Simonetti, *A proposito di comportamenti della P.A. e del loro giudice*, in *Urbanistica e appalti*, cit., 1107: “Perché, nonostante la *translatio iudicii*, che a determinate condizioni fa salvi gli effetti processuali e sostanziali delle domande proposte davanti al giudice privo di giurisdizione, la questione del riparto resta un problema? Una delle spiegazioni può rinvenirsi nel (paventato) formarsi, per effetto del dualismo delle giurisdizioni, di nomofilachie differenti foriere di modelli parzialmente difformi di tutela risarcitoria”.

5.1 - La *vis expansiva* dei doveri di correttezza e lealtà anche nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi

Come ricordato, con la sentenza n. 5 del 4 maggio 2018 l'Adunanza plenaria risolve un contrasto interpretativo insorto nella più recente giurisprudenza amministrativa sul tema della responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure di evidenza pubblica.²⁵⁷

La vicenda

La decisione dell'Adunanza plenaria interviene all'esito di una complessa vicenda giudiziaria avente ad oggetto una gara di appalto indetta dalla Regione Calabria per l'affidamento triennale (prorogabile per un anno) del servizio di ristorazione delle aziende sanitarie e ospedaliere.

Un raggruppamento temporaneo (di seguito: r.t.i.), risultato primo per l'offerta tecnica, era stato escluso dalla gara per aver presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo annuale dell'appalto; un altro r.t.i. era stato anch'esso escluso per analoghe ragioni. La gara era quindi dichiarata deserta. Il primo r.t.i. impugnava il provvedimento di esclusione, ed il ricorso era accolto sia dal TAR sia dal Consiglio di Stato sul presupposto che la non sostenibilità dell'impegno economico (calcolato dalla p.a. su 48 mesi, anziché 36) non poteva giustificare l'esclusione dalla gara della concorrente, potendo invece consentire l'adozione di altro genere di rimedi (ad esempio, la revoca della gara ovvero il suo annullamento, nel caso di rilevazione di un errore materiale in cui sia incorsa l'autorità nella predisposizione degli atti precedenti di indizione della gara).

La stazione appaltante, anziché procedere all'aggiudicazione, annullava la gara in autotutela. Il predetto provvedimento di autotutela era nuovamente impugnato dal primo r.t.i., il quale, oltre all'annullamento, chiedeva la condanna della p.a. al risarcimento dei danni. Il TAR rigettava la domanda di annullamento ma ammetteva quella di risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale, rilevando da parte della p.a. una violazione degli obblighi di buona fede che incombono sulle parti nel corso delle trattative.

Seguiva il ricorso al Consiglio di Stato da parte sia del r.t.i. sia della regione appaltante. Con sentenza non definitiva del 24 novembre 2017, n. 5491, la Terza Sezione rigettava i ricorsi riguardanti il capo della sentenza con la quale il TAR aveva respinto la domanda di annullamento, sospendeva il giudizio sulle questioni riguardanti l'*an* e il *quantum* del risarcimento, e con contestuale ordinanza richiedeva l'intervento dell'Adunanza plenaria.

²⁵⁷ Cfr. N. Viridis, *Responsabilità precontrattuale della Pa: la plenaria ne chiarisce i presupposti* - La sentenza n. 5/2018 ricostruisce il fondamento, gli elementi costitutivi e il regime probatorio della responsabilità precontrattuale della Pa, pubblicato in *Altalex* il 19/06/2018. Trattasi, in primo luogo, dei casi di responsabilità precontrattuale rilevanti ai fini dell'art. 1337 c.c., che la giurisprudenza ordinaria ha ravvisato, ad es., in materia di affidamento di appalti mediante trattativa privata, sul presupposto dell'utilizzazione, da parte della p.a., di "schemi negoziali assolutamente liberi e svincolati da qualsiasi schema procedimentale" (Cass., Sez. un., 29 luglio 1995, n. 8298, in *Giur. it.*, 1996, 1, I, 781), nonché in materia di affidamento di incarichi di progettazione di opere pubbliche, reputando produttiva di danno ingiusto la pretesa della p.a. di veder espletato l'incarico, al di fuori della speciale procedura di cui all'art. 337 l. n. 2248 del 1865, all. F, prima dell'approvazione del contratto (Cass., Sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, in *Foro it.*, 1982, I, 2012). Riconoscono una responsabilità precontrattuale della p.a. per ingiustificata rottura delle trattative TAR Abruzzo, 6 luglio 2001, n. 609, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1760; TAR Lombardia, Sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, *ivi*, 2000, I, 1656. Per l'individuazione delle numerose ipotesi che possono in concreto presentarsi v. G. M. Racca, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.* (nota a Cons. Stato sez. V 12 settembre 2001, n. 4776), in *Urb. e app.*, 2002, 2, 200 ss.; per un più ampio inquadramento della tematica, Id., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000. Nel senso che, prima del 30 giugno 1998, le azioni di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale nei confronti della p.a. andavano esperite innanzi al G.O., è Cass., Sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1846 e in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1834; 19 novembre 2002, n. 16319, in *Cons. Stato*, 2002, II, 246. Per approfondimenti si rinvia a G. Iudica, A. Carullo, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2018; L. R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, 2017.

L'ordinanza di rimessione

Due sono le questioni di diritto che la Sezione ha rimesso all'esame dell'Adunanza plenaria (ordinanza n. 5492 del 24 novembre 2017):

“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione;

2. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione”.

La sezione rimettente riconosce che ormai da tempo è pacificamente ammessa in giurisprudenza la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. anche in materia di contratti ad evidenza pubblica; la p.a. risponde quando, nel corso delle trattative con i terzi, abbia tenuto comportamenti attivi o omissivi che violano i principi della correttezza e della buona fede, che anch'essa è tenuta a rispettare.

Il contrasto giurisprudenziale che ha indotto la sezione a richiedere l'intervento nomofilattico dell'Adunanza plenaria riguarda le condizioni e i limiti entro i quali una simile forma di responsabilità può configurarsi. Al riguardo si sono sviluppati due orientamenti interpretativi: un indirizzo interpretativo più restrittivo ed un orientamento più estensivo.

Secondo un indirizzo interpretativo più restrittivo (Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2014 n. 4272; Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146), la responsabilità precontrattuale presuppone pur sempre un provvedimento di aggiudicazione: la responsabilità è configurabile in tutti i casi in cui dopo l'aggiudicazione la p.a. emani un provvedimento (di revoca, annullamento, diniego di stipula o approvazione, ecc.) che ponga nel nulla l'esito della procedura di gara. Ciò avverrebbe, ad esempio, nei seguenti casi:

- revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di revisione del progetto, disposta alcuni anni dopo l'espletamento della gara;
- impossibilità di realizzare l'opera prevista per mutamento delle condizioni dell'intervento;
- annullamento d'ufficio degli atti di gara per vizio rilevato dall'Amministrazione solo dopo l'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura;
- revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto di stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.

Un orientamento più estensivo ammette invece la responsabilità precontrattuale anche con riferimento alla fase che precede l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenze n. 4236 e n. 5638 del 2012; sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831; Cass. civ., Sez. I, sentenza 3 luglio 2014, n. 15260). La premessa da cui muove questo orientamento è che la formazione dei contratti pubblici è una vicenda nella quale si fondono procedimento amministrativo e procedimento negoziale: il primo è disciplinato da regole di diritto pubblico che mirano a perseguire l'interesse pubblico, anche quando la p.a. agisce secondo schemi convenzionali; il secondo è regolato da norme di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che prevedono solitamente un invito ad offrire della p.a., la proposta della controparte e infine l'accettazione della stessa p.a.

Si tratta di una “formazione necessariamente progressiva del contratto”, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell’offerta al pubblico: la p.a. entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, “con ciascuno dei quali instaura trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dal momento della presentazione delle offerte”. Già nell’ambito di ognuno di questi rapporti la p.a. è tenuta a rispettare i principi generali di comportamento posti dalla legge a tutela indifferenziata degli interessi delle parti in contatto; da ciò deriva che l’inosservanza di questo precetto, anche prima della conclusione della gara, fa nascere una responsabilità precontrattuale che prescinde dalla prova dell’eventuale diritto all’aggiudicazione del partecipante. Per chiarire ulteriormente il concetto, “la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita... di un ‘rapporto personalizzato’ fra p. a. e privato, che troverebbe la sua unica fonte del provvedimento di aggiudicazione, ma è posta a tutela del legittimo affidamento nella correttezza della controparte, che sorge sin dall’inizio del procedimento”.

L’ordinanza di rimessione propende per l’interpretazione più restrittiva, sia pure con alcune mitigazioni. Semplificandone i passaggi argomentativi, si osserva che il bando di gara è qualificabile come offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari (art. 1336 c.c.): un’offerta subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all’esito della quale solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto.

Durante la fase dell’evidenza pubblica in realtà non si realizza alcuna “trattativa”, ma solo una competizione fra gli operatori economici basata su criteri preventivamente fissati dalla p.a. al fine di individuare e scegliere il miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare.

È innegabile l’esistenza di un “contatto sociale” tra l’aspirante appaltatore e la p.a., ma questo contatto è governato unicamente da regole di procedura imposte dalla legge e dal bando di gara, non da “trattative” civilisticamente intese.

La proposta di contratto *in incertam personam* sarebbe sempre revocabile, purché la revoca avvenga nella “stessa forma o in forma equipollente” (art. 1336, comma 2, c.c.) senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi, salvo che sussista malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca; ciò in quanto, nell’offerta al pubblico, a differenza della proposta contrattuale nei confronti di soggetti determinati (art. 1328 c.c.), la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell’oblato.

In definitiva, la fase pubblicistica della competizione mal si concilia con le “trattative” e la “formazione del contratto” a cui fa riferimento l’art. 1337 c.c.

La soluzione dell’Adunanza plenaria

Sconfinando ampiamente dal solco tracciato dai due quesiti iniziali, l’Adunanza plenaria giunge ad elaborare un vero e proprio decalogo della responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure ad evidenza pubblica, di cui vengono indagati e ricostruiti il fondamento e gli elementi costitutivi.

Il ragionamento dell’Adunanza plenaria si sviluppa attraverso un articolato percorso argomentativo che si incentra sull’analisi dei concetti di correttezza e buona fede, a partire dalla loro introduzione nel codice civile del ‘42 fino all’attuale interpretazione costituzionalmente orientata e alle più recenti applicazioni normative nel contesto della riforma della pubblica amministrazione.

Secondo la ricostruzione oggi consolidata, il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede è una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, il cui principale fondamento riposa nell’art. 2 della Costituzione (cfr. Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit.). Il dovere di solidarietà si intensifica, si rafforza e si trasforma in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati; momenti che generano, unilateralmente o talora anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull’altrui condotta corretta e protettiva. L’impostazione originaria dei redattori del codice del ‘42 predicava lo stretto legame tra dovere di

correttezza e tutela dell'interesse nazionale; questa interpretazione è ormai da tempo superata dal nuovo assetto di valori costituzionali: il dovere di correttezza è strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè del diritto di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali senza subire interferenze illecite di terzi, il quale a sua volta è riconducibile al principio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Ne deriva che il dovere di correttezza ha oggi assunto una portata tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa"; non può più essere circoscritto alle sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o comunque esista una trattativa in fase così avanzata da generare il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Questa interpretazione trova conforto, osserva l'Adunanza plenaria, anche nella recente giurisprudenza di legittimità: nella sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725, le Sezioni unite hanno affermato che l'art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale dal contenuto non predeterminabile a priori, la quale implica il dovere di trattare in modo leale astenendosi da comportamento maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto. La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di un contratto invalido o inefficace, ma anche in caso di contratto valido e, tuttavia, pregiudizievole per la parte che ha subito il comportamento scorretto altrui; qui il risarcimento del danno va commisurato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico causato dal comportamento scorretto, fatta salva la prova di ulteriori danni da ciò derivati.

L'Adunanza cita alcuni casi recenti nei quali la giurisprudenza ha affermato l'esistenza di un dovere di correttezza anche in capo a colui che non è "parte" rispetto ad una trattativa che si svolge tra altri soggetti; in particolare quando il terzo è soggetto avente uno *status* professionale qualificato (intermediari finanziari, banche, professionisti, società di revisione):

- la responsabilità da prospetto non veritiero riconosciuta in capo anche agli intermediari finanziari (e non solo agli emittenti: cfr. Cass., SS.UU., 8 aprile 2011, n. 8034);
- le cd. lettere di *patronage* deboli, aventi contenuto meramente informativo (ad es. circa l'esistenza della posizione di influenza e le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato), con le quali il patrocinante si inserisce nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti per agevolare la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione;
- la responsabilità della società di revisione per erronea certificazione dello stato patrimoniale di una società da essa incaricata, nei confronti degli acquirenti di quote societarie (i quali non avrebbero stipulato il contratto, ove avessero conosciuto il reale ed inferiore valore della società).

L'estensione del dovere di correttezza, a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale, si è poi manifestata anche in rapporto all'attività autoritativa della p.a. soggetta al regime del procedimento amministrativo. È infatti pacifico in giurisprudenza che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa la p.a. è tenuta a rispettare:

- non soltanto le norme di diritto pubblico, la cui violazione comporta in genere l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo;
- ma anche le norme generali del diritto civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la cui violazione può far sorgere una responsabilità da comportamento scorretto, per lesione non dell'interesse legittimo, ma del diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè della libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr. ad es. Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ.,

SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636). Da qui la possibilità di ipotizzare una responsabilità da comportamento scorretto anche quando il provvedimento conclusivo del procedimento sia legittimo.

Non solo, ma questa *vis* espansiva dei doveri di correttezza e lealtà anche all'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi si è poi manifestata anche sul piano del diritto positivo; si vedano ad esempio alcune recenti modifiche alla legge n. 241/1990:

- l'art. 1 (nella versione risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 15/2005) assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo centrale secondo la giurisprudenza europea il principio della tutela dell'affidamento legittimo;

- l'art. 2-*bis*, comma 1 (introdotto dal d.l. n. 69/2013, convertito con modifiche dalla legge n. 98/2013) stabilisce l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento: il cd. "danno da mero ritardo" deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale. Il ritardo nell'adozione del provvedimento genera infatti una situazione di incertezza per il privato, il quale può essere indotto a scelte negoziali (a loro volta fonti di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'Amministrazione. Quello da ritardo è un danno da comportamento e non da provvedimento: il provvedimento adottato rappresenta un comportamento scorretto dell'Amministrazione, che genera incertezza e interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, causando eventuali danni ingiusti;

- sono, inoltre, emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dalla l. n. 164 del 2014, e poi dalla l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-*quinquies*, come modificato dalla l. n. 164 del 2014);

- un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al "*principio della collaborazione e della buona fede*" si trova poi nell'art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000.

Limitare l'applicazione dei doveri di correttezza, e quindi la responsabilità precontrattuale, alla fase successiva all'aggiudicazione sarebbe troppo restrittivo e rischierebbe di creare "zone franche" a favore del soggetto pubblico, in contrasto con l'attuale tendenza giurisprudenziale e normativa di cui è appena detto.

Non è poi condivisibile, secondo l'Adunanza plenaria, l'argomento della sezione rimettente che assimila il bando di gara ad una sorta di offerta al pubblico, alla quale non sarebbe applicabile l'art. 1328, comma 1, c.c. (norma che attribuisce solo a colui che revoca la proposta individualizzata l'obbligo di indennizzare l'accettante in buona fede "delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto"):

- l'obbligo di indennizzo in questione costituisce un'ipotesi non di responsabilità precontrattuale ma di responsabilità da atto lecito dannoso; prescinde dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l'affidamento suscitato dalla proposta revocata; il *quantum* dell'indennizzo non copre interamente il danno subito, ma solo le spese e le perdite riconducibili all'inizio di esecuzione;

- al contrario, la responsabilità precontrattuale presuppone la violazione del dovere di correttezza ed è configurabile sia nella fase che precede la proposta sia dopo la proposta (ancorché non vi sia stato inizio di esecuzione); qui il risarcimento copre interamente il danno subito (da determinare secondo il cd. interesse negativo).

L'Adunanza risponde poi negativamente anche al secondo quesito posto dall'ordinanza di rimessione, cioè se la responsabilità precontrattuale della p.a. prima dell'aggiudicazione debba essere circoscritta al comportamento anteriore al bando; vale a dire, alle ipotesi in cui l'Amministrazione ha pubblicato il bando nonostante fosse conosciuto o conoscibile che non ve ne erano i presupposti indefettibili.

Ciò introdurrebbe forme di limitazione di responsabilità prive di fondamento normativo e contrastanti con il principio di atipicità dell'illecito civile. Mutuando una qualificazione penalistica, quello civile può essere definito come "un illecito a forma libera e causalmente orientato" che si incentra sull'ingiusta lesione della situazione giuridica soggettiva. La responsabilità precontrattuale della p.a. è quindi configurabile anche prima dell'aggiudicazione e può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che, sulla base di una verifica in concreto, risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede.

I principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria

A conclusione del suo percorso argomentativo (nel quale desta stupore la totale assenza di riferimenti alla disciplina speciale in materia di contratti pubblici), l'Adunanza plenaria ha enunciato alcuni importanti principi di diritto, qui di seguito brevemente riassunti:

- anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, la p.a. deve rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico, anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza; la violazione di queste ultime può dar luogo a responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali;
- i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica: da ciò deriva che la responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto è configurabile quand'anche i singoli provvedimenti nei quali si articola il procedimento siano legittimi;
- più in generale, la responsabilità precontrattuale della p.a. può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede sulla base di una verifica da compiere necessariamente in concreto;
- il privato che intenda far valere la responsabilità della p.a. dovrà provare i seguenti elementi:
 - a) la propria buona fede soggettiva, intesa come affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose;
 - b) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà e soggettivamente imputabile alla p.a. in termini di colpa o dolo;
 - c) sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia il rapporto di causalità fra tali danni e il comportamento scorretto della p.a.

Principi di recente confermati da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 (che ha deciso l'ordinanza del Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013), da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 (che ha deciso l'ordinanza del Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753), e da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20 (che ha deciso l'ordinanza del Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3701).

È evidente che, sulla scorta della giurisprudenza della Cassazione, anche la giustizia amministrativa è pervenuta ad una estensione dell'ambito di responsabilità della p.a., ma detta estensione presenta una serie di criticità sotto almeno due punti di vista: in primo luogo, la problematica applicazione dei principi civilistici a procedure amministrative che perseguono interessi pubblici e, in secondo luogo, la conseguente rarefazione del riparto di giurisdizione già di per sé labile ed incerto.

5.2 - La problematica applicazione dei principi civilistici a procedure amministrative

Costituisce principio generale, applicabile anche ai contratti pubblici, che nell'esecuzione del contratto le parti debbano comportarsi secondo buona fede. L'Adunanza plenaria, come visto nelle pagine che precedono, ha esteso tale principio a tutta la procedura, anche alla fase ad evidenza pubblica (a monte) oltre che all'esecuzione (a valle). E ciò ha fatto per assecondare la giurisprudenza (civile) della Cassazione, ma non ha tenuto debito conto del diritto positivo e, di conseguenza, sembra essersi spinta troppo oltre, obliterando la disciplina di settore che prevede delle regole speciali diverse dal diritto comune. Gli aspetti da considerare nel momento in cui si procede all'applicazione di tali principi (e si verifica, quindi, nel caso concreto, se effettivamente ricorrono gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità) sono molteplici e non predeterminabili in astratto, perché dipendono dalle innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione. Solo a titolo esemplificativo, si può, tuttavia, evidenziare la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili, che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità: a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); e) la cd. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

In definitiva, nelle procedure ad evidenza pubblica – per effetto di una sorta di ibridazione derivante dall'applicazione dei canoni del diritto privato²⁵⁸ – la giustizia amministrativa solleva più di una perplessità nella misura in cui viene esteso al diritto pubblico (dove le parti non sono su un piano di parità, perseguendo la p.a. un interesse generale collettivo) uno statuto di regole tipiche del diritto privato. L'estensione di detto regime è assai problematica, specialmente in punto di giurisdizione, laddove non sia prevista la giurisdizione esclusiva amministrativa. Viene infatti a sfumare la già labile distinzione fra gli atti di amministrazione *iure imperii* e *iure communi privatorum*.

²⁵⁸ Si diceva, innanzitutto, della pronuncia del TAR Puglia, Bari, Sez. I, n. 1761/2001. Il giudice amministrativo pugliese ha affermato che coloro i quali partecipano ad una procedura selettiva ad evidenza pubblica devono poter confidare nell'osservanza delle regole che disciplinano il rapporto procedimentale. Il principio (generale dell'ordinamento giuridico) dell'affidamento, prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, ed indipendentemente dal fatto che si tratti di un agire vincolato o discrezionale della p.a., esprime l'obbligo di correttezza e buona fede (intesa quale regola di condotta) nei rapporti fra cittadino e Amministrazione: non vi è dubbio che in tali relazioni è più avvertita la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa. Ove risulti violato il principio di correttezza, il diritto al risarcimento del danno non scaturirebbe né dalla violazione del principio di *neminem laedere* né dall'inadempimento di obblighi contrattuali, ma proprio dal mancato rispetto dell'obbligo di buona fede che si impone fra soggetti del traffico giuridico che entrano in contatto fra loro: "deve trovare riconoscimento nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata, quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato nel rapporto procedimentale intercorso fra amministrazione e privato [...] che può anche qualificarsi, secondo la prospettazione in parte condivisibile, di una recente tesi dottrinale, in termini di responsabilità da "contatto amministrativo" qualificata". Il TAR sottolineava "l'omogeneità funzionale" della responsabilità da contatto alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., da cui discende la limitazione dell'obbligo risarcitorio al solo cd. interesse negativo.

Ai sensi dell'art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento) del d.lgs. n. 50/2016: l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8 (comma 6); l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti (comma 7); e nel comma 8 si prevede che "Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. *La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.* Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione. *Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.* Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari" (comma così modificato dall'art. 4, comma 1, della legge n. 120 del 2020, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 76/2020).

È evidente che nel periodo di tempo che precede la stipulazione del contratto la p.a. procede nell'esercizio del potere pubblico al fine di individuare il miglior contraente²⁵⁹ (tanto che è prevista *expressis verbis* la possibilità di agire in autotutela e in caso di criticità della fase ad evidenza pubblica compete al giudice amministrativo dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi degli art. 121-122 c.p.a.). Solo a partire dalla stipulazione del contratto si instaura un rapporto paritetico con giurisdizione del giudice ordinario. È proprio la stipula del contratto a segnare la cesura fra la fase ad evidenza pubblica (in cui la p.a. opera in veste autoritativa e si ha giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. e) n. 1), c.p.a.) e quella negoziale (ove le parti sono su un piano di tendenziale parità, salve le prerogative speciali della p.a., e si ha giurisdizione ordinaria).²⁶⁰

²⁵⁹ In materia di appalti pubblici, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione prestata dalla partecipante alla gara, poi esclusa dalla stessa, trattandosi di questione che non attiene alla fase esecutiva del rapporto, mai sorto, ma a quella deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, dipendendo la sorte della cauzione dall'adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, che ne è il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 540 del 11 gennaio 2019).

²⁶⁰ Cfr. Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir. (v. *infra*).

A complicare le cose, con grave incertezza del diritto, contribuisce peraltro la sempre più porosa e volatile ripartizione della giurisdizione fra giudice amministrativo e ordinario.²⁶¹

In aggiunta deve sottolinearsi che, prima della stipulazione del contratto, solo con l'aggiudicazione definitiva si ingenera nel contraente un legittimo affidamento potenzialmente risarcibile.²⁶²

²⁶¹ In tema di appalti pubblici, l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicché il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende – con necessità di trattazione unitaria – alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto. Sussiste, invece, la giurisdizione del giudice ordinario quando, conclusosi il giudizio amministrativo sull'atto presupposto, con passaggio in giudicato della relativa sentenza, alla domanda di nullità del contratto si aggiunga quella di accertamento negativo del credito, vertendosi in tema di diritti soggettivi vantati in posizione di parità dal privato nei confronti dell'ente pubblico, non riservati, in via esclusiva, alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 14859 del 15 giugno 2017). Nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Ne consegue che, nel caso in cui l'Amministrazione, in esecuzione dell'annullamento dell'aggiudicazione, disposto in primo grado dal G.A., abbia instaurato un rapporto di fatto con altra impresa mediante la consegna urgente dei lavori e la loro parziale esecuzione prima della definitiva decisione di segno opposto del medesimo giudice di appello e la riconsegna del cantiere all'aggiudicatario, tale frazione del rapporto, in quanto di diritto comune, è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 6068 del 13 marzo 2009).

²⁶² Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 (che ha deciso l'ordinanza del Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753): "per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo: Cons. Stato, II, 20 novembre 2020, n. 7237), l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante. L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimenti tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto. In senso parzialmente diverso si è espressa la Cassazione civile. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (Sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «*indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto*»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «*a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante*». L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che «*il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale*» (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831)". Cfr. Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 13191 del 25 maggio 2018: in tema di appalti pubblici, qualora alla deliberazione di aggiudicazione non sia seguita la stipula della convenzione tra le parti, la controversia introdotta dall'aggiudicatario per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento della p.a. ed il risarcimento del danno appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, avendo pur sempre ad oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione, mentre la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene operativa solo nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, che si apre con la stipula ovvero con l'inizio della esecuzione del contratto, quale alternativa alla stipula dello stesso (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento ad una azione risarcitoria proposta, sia a titolo di responsabilità contrattuale

Non bisogna dimenticare infatti che ai sensi dell'art. 76 (Informazione dei candidati e degli offerenti) del d.lgs. n. 50/2016 le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, *ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione* (comma 1). Anche per il comma 2 dell'art. 94 (Principi generali in materia di selezione) la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi di cui all'art. 30, comma 3 (nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X). Analoga disposizione è prevista dall'art. 133 per i settori speciali. Infine, l'art. 99 (Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti) stabilisce che per ogni appalto od ogni accordo quadro di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'art. 35 e ogniqualvolta sia istituito un sistema dinamico di acquisizione, la stazione appaltante redige una relazione contenente, eventualmente, le ragioni per le quali l'Amministrazione aggiudicatrice ha deciso di non aggiudicare un appalto, concludere un accordo quadro o istituire un sistema dinamico di acquisizione (comma 1, lett. g).

Emerge *per tabulas* che non esiste nessun "diritto all'aggiudicazione" e che, anche in caso di aggiudicazione, è *fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti* (nel qual caso l'eventuale indennizzo ovvero risarcimento è governato dalla legge n. 241/1990)²⁶³;

che precontrattuale, in un caso in cui, a distanza di sei anni dalla formale aggiudicazione della gara, deliberata e comunicata all'interessato, non era seguita né la stipula né la consegna dei lavori). Viceversa, la controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, successivamente annullata dal giudice amministrativo perché illegittima, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non essendo chiesto in giudizio l'accertamento della illegittimità dell'aggiudicazione e, quindi, non rimproverandosi alla p.a. l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti, ma la colpa consistita nell'averlo indotto a sostenere spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine previsto dal contratto stipulato a seguito della gara (Cass. civ., Sez. Unite, ord. n. 15640 del 22 giugno 2017).

²⁶³ "Il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi (in questo senso: Cons. Stato, V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che «*al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità*»): così Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21 (che ha deciso l'ordinanza del Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753). L'obbligo di stipula del contratto a seguito di aggiudicazione della gara non può considerarsi oggetto di obbligazione civilistica in quanto: a) la aggiudicazione definitiva non vale come atto negoziale di accettazione della offerta; b) la sottoscrizione del contratto rimane sempre soggetta alle valutazioni di interesse pubblico della p.a. che nella fase di cui qui si discute conserva sempre la facoltà di revoca della aggiudicazione. Così TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 27 aprile 2021, n. 597: cfr. P. Martiello, *Mancata stipula del contratto di appalto e responsabilità della P.A.*, in *Iamministrativista.it*, 07 maggio 2021. Il punto (comune sia agli appalti che alle concessioni) è quello di stabilire se le controversie inerenti alla fase che va dalla aggiudicazione alla stipula del contratto rientrano o meno nella giurisdizione esclusiva inerente alle procedure di affidamento di contratti pubblici. Si tratta di questione che trova risposte non univoche nell'ambito delle giurisdizioni superiori che talvolta hanno ricondotto le vicende afferenti al segmento in esame a meri comportamenti regolati dal canone civilistico della buona fede e talaltra, invece, le hanno

se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate. Inoltre, *Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate* (art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016). In buona sostanza, prima della stipulazione del contratto non sussiste alcun risarcimento dei danni (salvo il caso di annullamento d'ufficio o giurisdizionale per illegittimità degli atti amministrativi) e l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute (tanto è previsto anche dall'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 in caso di revoca del provvedimento d'aggiudicazione), da cui discende essenzialmente la limitazione dell'obbligo risarcitorio al solo interesse cd. negativo come nella responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.²⁶⁴

considerate come inerenti al procedimento amministrativo di evidenza pubblica (si vedano ad es. in senso opposto Cass. SSUU n. 10705/2017 e Cass. SSUU n. 24411/2018). Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, le questioni nate a seguito della aggiudicazione della concessione non abbiano una matrice esclusivamente civilistica ma afferiscano ad un'area ancora connotata da prevalenti poteri pubblicistici come peraltro dimostra il fatto che sulle stesse si sia già ripetutamente pronunciato il g.a.: la controversia rientra quindi nell'ambito della giurisdizione esclusiva sull'affidamento dei contratti (Cons. Stato, Sez. V, n. 4394/2018). Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La revoca dell'intera procedura di gara per potenziale soccombenza è illegittima* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2021, n. 1415), cit. (cfr. nota 200 *supra*). Risulta di interesse la questione affrontata dal Consiglio di Stato, Sez. III, con la sentenza del 23 febbraio 2021, n. 1576, in tema di verifica dei requisiti e corretta "collocazione" della proposta di aggiudicazione e dell'aggiudicazione efficace nell'ambito del procedimento amministrativo contrattuale: cfr. S. Usai e G. Verde, *L'esclusione dell'aggiudicatario (individuato nella proposta di aggiudicazione) per mancanza dei requisiti non costituisce una revoca dell'aggiudicazione*, in *www.appaltiecontratti.it*, 15 marzo 2021. V. anche S. Taddeucci, *Indagine di mercato parallela alla gara in corso: decisione di non aggiudicazione ed indennizzo dell'offerente designato quale futuro aggiudicatario*, *ibidem*, 16 marzo 2021: nella sentenza n. 1455 del 17 febbraio 2021, la stessa Sezione ha riconosciuto come legittimo l'operato della stazione appaltante la quale, all'esito di un'indagine di mercato condotta in corso di gara, aveva rilevato che il prezzo di aggiudicazione sarebbe stato superiore alle migliori quotazioni rinvenienti da aggiudicazioni effettuate in ambito nazionale, e la quale, di conseguenza, aveva ritenuto di non aggiudicare la gara, in conformità ad apposita clausola di salvezza inserita nel bando. Infine, vedasi P. Provenzano, *La violazione dello "stand still period" rende illegittima l'aggiudicazione?*, in *lamministrativista.it*, 18 marzo 2021. La violazione del termine dilatorio di cui all'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 non costituisce vizio autonomo dell'aggiudicazione. L'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 al comma 9 dispone infatti che "il contratto non può [...] essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione". Tale termine dilatorio (cd. *stand still period*) ha, come noto, la finalità di precludere temporaneamente la sottoscrizione del contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario. In ogni caso, deve osservarsi, riprendendo le considerazioni innanzi formulate, che, come recentemente ribadito da Consiglio di Stato, Sez. III, 31 marzo 2021, n. 2707 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 4461 del 28 giugno 2019), "la natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria (ora, proposta di aggiudicazione) non consentono, quindi, di applicare la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma), al pari della revoca della *lex specialis* che ne è a monte non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario (Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2338)".

²⁶⁴ Ad esempio, vedasi Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza n. 1448 del 2021 (riforma della sentenza del TAR Liguria n. 505/2012), che applica – in relazione ad una convenzione urbanistica – i principi affermati in materia di contratti pubblici: cfr. F. Idone, *Ritardo nel rilascio del permesso: quando risponde la Pa? - Da valutare se è stato violato l'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa avviata a seguito di "contatto qualificato"* (Cons. Stato, sentenza n. 1448/2021), pubblicato in *Altalex* il 22/03/2021. Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1448 del 2021, è stato chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento del danno da ritardo, nella definizione di un procedimento di rilascio di un permesso di costruire per la realizzazione di un parcheggio sotterraneo su un terreno comunale. Precisamente, l'appellante ha chiesto l'accertamento del proprio diritto al rilascio di un permesso a costruire non allo scopo di ottenere la condanna dell'Amministrazione a provvedere, ma esclusivamente al fine di avere un risarcimento del danno causato dall'inerzia protratta della p.a. È indubbio, infatti, che l'omissione o il ritardo di un provvedimento da parte della p.a. sia da ritenersi illegittimo non soltanto qualora sussista un obbligo di provvedere in base alla legge o alla peculiarità della

fattispecie – per la quale ragioni di giustizia o rapporti esistenti tra Amministrazione e amministrati impongono l'adozione di un provvedimento – ma anche quando la sussistenza di un'aspettativa qualificata in capo al privato, imponga l'adozione di un provvedimento espresso. Il Supremo Consesso ha ritenuto di inquadrare dal punto di vista sistematico la richiesta fatta, sotto il profilo del danno da “mero ritardo” ovvero da “affidamento procedimentale mero”, in quanto l'inerzia amministrativa, protrattasi oltre i tempi previsti, ha fatto sì che il richiedente non possa più beneficiare in concreto del bene della vita cui ambiva, a causa di sopravvenienze di fatto o di diritto contrastanti con la soddisfazione in forma specifica del suo interesse. La questione all'esame del Collegio attiene più propriamente alla valutazione, in termini di correttezza o meno, del comportamento del Comune non soltanto con riferimento al titolo edilizio (alla fine mai rilasciato), ma riguardo alla stipula della convenzione destinata a confluire in esso, il cui ritardo ha finito per pregiudicarne il rilascio. Più in generale, l'esame della vicenda rileva ai fini dell'indagine circa il rispetto da parte della p.a. dei canoni di correttezza e buona fede nella prospettiva risarcitoria. In primo luogo, si tratta di stabilire se nel caso in esame sia imputabile all'Amministrazione la violazione dell'affidamento riposto dal privato nella correttezza dell'azione amministrativa, avviata a seguito di un “contatto” di carattere qualificato. Il Collegio ritiene, infatti, che la responsabilità della p.a. nei confronti del privato di configurarsi come un'ipotesi di “responsabilità da contatto sociale qualificato” tra privato e pubblica amministrazione, inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.), con conseguente emersione di reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione (art. 1175 c.c., art. 1176 c.c. e art. 1337 c.c.). La teoria del danno da “contatto qualificato” ha avuto un particolare sviluppo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, in ragione dell'intersecarsi al suo interno di regole pubblicistiche e regole privatistiche, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze, in caso di rispettiva violazione. L'equiparazione dell'Amministrazione, che agisce nella procedura volta alla conclusione di un contratto, ad un contraente privato, fa sì che tutte le fasi della procedura si pongano quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale, non rilevando il solo momento successivo alla individuazione del contraente. Da qui la ravvisata necessità di progressiva anticipazione della soglia di rilevanza dei “contatti” cui attribuire astratta significatività a fini risarcitori (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.). Dunque, non diversamente da quanto accade nei rapporti fra i privati, anche per la p.a. le regole di correttezza e buona fede costituiscono canoni di valutazione del comportamento complessivamente tenuto dalla p.a. Di conseguenza, nella vicenda di cui è causa, la protrazione di una lunga fase procedimentale e l'intervenuta sottoscrizione di una convenzione, testimoniano l'esistenza di un radicato e qualificato contatto fra il privato e l'Amministrazione, che ha generato nel primo, la legittima pretesa al rispetto dei canoni di correttezza e buona fede, e di conseguenza il diritto al risarcimento del danno, nel caso di violazione di detti principi. La Corte di Cassazione, del resto, pronunciandosi peraltro sulla giurisdizione, ha riconosciuto la risarcibilità del danno all'affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell'Amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l'invalidità provvedimento o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento (cfr. Cass., SS.UU. ordinanza n. 8236 del 2020, cit., conseguita proprio ad una richiesta risarcitoria per l'avvenuta approvazione, dopo circa 4 anni dall'avvio del procedimento, di una variante preclusiva rispetto alle aspirazioni di un imprenditore, “deluso” nelle aspettative generate dalla concreta gestione procedurale). È evidente a chiunque la similitudine con la fattispecie odierna tanto che sarebbe logico attendersi lo stesso giudicante, se non fosse che quello non è il giudice naturale mentre lo è la giustizia amministrativa. Il rilascio del permesso di costruire è, come noto, sottoposto, nell'interesse comune e per la salvaguardia di superiori valori, ad un regime di governo e controllo amministrativo. La giurisprudenza ha, pertanto, da tempo chiarito che la definizione delle istanze di concessione edilizia (ora permesso di costruire), implicando un accertamento di carattere vincolato, costituito dalla verifica della conformità della richiesta con la normativa urbanistico-edilizia e con le regole recate da norme speciali (ad es. in materia sanitaria, antisismica, paesaggistica, ecc.), non necessita di altra motivazione oltre quella relativa alla rispondenza della stessa alle dette prescrizioni (Cons. Stato, Sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2050; in tal senso, anche Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2005, n. 3539). Nel caso di specie, comunque, non si pongono questioni di giurisdizione stante che non è stato proposto un pertinente motivo di appello ex art. 9 c.p.a. D'altro canto, il dovere di correttezza non è più considerato strumentale solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, bensì, alla “tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza” (v. ancora Ad. plen. n. 5/2018, cit.). La lettura ampia del dovere delle amministrazioni pubbliche di comportarsi secondo correttezza nei rapporti con i cittadini è stata, da ultimo, assecondata anche dal legislatore con l'introduzione del comma 2 bis nell'art. 1, legge n. 241/90 che contiene proprio la positivizzazione della regola in forza della quale “I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede” (art. 12 della Legge 11 settembre 2020, n. 120, legge di modifica al D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali”, cd. decreto “Semplificazioni”). Alla

Se è vero che la disciplina di diritto pubblico e quella di diritto privato presentano alcuni punti di contatto, è innegabile che esistono anche numerose differenze. Ne consegue che la giurisprudenza, nell'estendere al diritto amministrativo la tutela risarcitoria tipica del diritto civile, ha posto in essere una operazione "creativa" non consentita in quanto contraria al diritto positivo che già prevede una disciplina specifica: nell'attuale ordinamento il giudice non può svolgere una funzione nomopoietica, ma deve limitarsi ad interpretare le norme e a vigilare sulla loro implementazione.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, sorgono molti dubbi sulla responsabilità precontrattuale della p.a. concepita dalla giurisprudenza civile ed amministrativa (segnatamente Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, richiamata da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21). I principi di buona fede e correttezza caratterizzanti l'esecuzione contrattuale non possono essere *de plano* predicati in relazione alla previa fase evidenziale in assenza di una norma di legge (come detto, l'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 è in senso contrario), men che meno tale estensione può riguardare in generale i procedimenti amministrativi *tout court* come sancito – in maniera alquanto demagogica ed apodittica – dall'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990, secondo cui "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*" (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020). Tale novella legislativa va dunque intesa come norma di principio, dal valore meramente programmatico, che deve fare i conti con le disposizioni speciali di settore in ossequio al brocardo "*lex specialis derogat generali*". Il criterio di specialità, perciò, impone di applicare le norme settoriali.

5.3 - Il riparto della giurisdizione nella materia dei contatti pubblici

Le recenti novità normative consentono di ritenere oramai acquisito che la p.a. possa avvalersi, nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti, non solo degli strumenti giuridici propri del diritto pubblico, ma anche dei mezzi e delle forme comuni del diritto privato.

luce dei suddetti principi, il Collegio chiarisce che la convenzione, stipulata tra il Comune ed il privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso), non costituisce un contratto di diritto privato, non avendo specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, ma si configura piuttosto come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione. Il relativo contenuto, pertanto, può essere rimesso alla valutazione discrezionale della p.a., ma laddove esso venga determinato in un lasso di tempo eccessivo, con reiterate richieste di modifica non riconducibili a mutamenti in fatto o in diritto, possono sussistere gli estremi del comportamento affidante. Anche la inutilità delle trattative si inserisce in tale contesto, tanto più che essa è tale non in relazione all'accordo, bensì con riferimento alla inutilizzabilità dello stesso, quale condizione di rilascio del titolo edilizio. Ciò consente di escludere suggestivi ipotetici richiami ad una qualche forma di responsabilità precontrattuale, stante che, la circostanza che il ritardo attenga alla fase consensuale, non consente di elevare la stessa da mezzo a fine dell'azione amministrativa, attesa la sua richiamata collocazione meramente endoprocedimentale, in funzione del futuro titolo edilizio. In sintesi, quindi, nel caso di specie si è ingenerata un'aspettativa tutelabile in ragione della lunga gestione procedurale, contrassegnata da continue richieste che lasciavano ben sperare in un esito positivo della valutazione, ma essa è ancor più palese in ragione del collocarsi delle stesse nella fase (a matrice tipicamente consensuale e volontaristica) propedeutica al rilascio del titolo. Ai fini della quantificazione del danno, poi, il Collegio conclude riconoscendo il pregiudizio economico regolarmente documentato subito dal privato, con conseguente diritto al risarcimento del danno emergente, causato dall'incolpevole affidamento nel rilascio del permesso, non potendo invece assumere rilievo il mancato guadagno che sarebbe conseguito alla realizzazione dell'opera. E ciò in quanto non emerge in atti che l'appellante avrebbe senz'altro avuto diritto al rilascio dell'invocato titolo edilizio. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale, mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, cit.).

Il riconoscimento generale dell'autonomia negoziale della p.a. induce a svolgere alcune riflessioni, in un contesto comunque caratterizzato, in virtù dell'accettazione della teoria dei contratti ad evidenza pubblica, dal tradizionale "doppio binario" (giudice amministrativo per le controversie avverso gli atti del procedimento amministrativo, giudice ordinario per le liti sugli adempimenti contrattuali). L'unica sostanziale innovazione – di cui è testimonianza la recente giurisprudenza²⁶⁵ – appare, in definitiva, il passaggio dal giudice ordinario al giudice amministrativo della cognizione sulla declaratoria di inefficacia del contratto e/o domanda di subentro conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (artt. 121-122 c.p.a.).

Se dunque non può che riaffermarsi la sussistenza della giurisdizione esclusiva, prevista dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto nel giudizio

²⁶⁵ Da ultimo, vedasi Consiglio di Stato, Sez. III, 15 marzo 2021, n. 2231, su interpello e scorrimento in graduatoria per completamento lavori. Ritiene il Collegio che la fattispecie sia regolata, *ratione temporis*, dall'art. 110 del codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016, la cui disciplina richiama quella dell'abrogato art. 140 del d.lgs. n. 163/2006, versandosi nell'ipotesi della risoluzione del contratto (per fallimento) della aggiudicataria nella fase esecutiva del contratto. La norma impone espressamente, in tale caso, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria. Ciò senza consentire o ammettere una rimodulazione della graduatoria medesima sulla base del disciplinare di gara, la cui vigenza è definitivamente superata dall'approvazione della graduatoria formatasi in esito alla stessa, rispetto alla quale ebbe a trovare applicazione il dispositivo inerente all'assegnazione dei singoli lotti. L'art. 110 del codice dei contratti, difatti, disciplina alcune ipotesi tassative (tra le quali il caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto) di affidamento del completamento dei lavori o del servizio mediante interpello progressivamente dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Lo scorrimento della graduatoria non è condizionato all'evenienza che il concorrente interpellato sia attualmente non affidatario di altro servizio (in esito ad altra o alla stessa gara, suddivisa in più lotti). In tali casi tassativi previsti dall'art. 110 cit., sebbene la procedura concorsuale è da considerarsi terminata e l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'Amministrazione, ovvero è cessato quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione alla gara, tuttavia per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa è obbligatorio per la stazione appaltante avvalersi degli esiti della competizione espletata e attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile esercizio alcuno di discrezionalità, né sulle modalità da seguire per il nuovo affidamento (quale ad es. l'indizione di nuova gara, come prevedeva l'art. 140 del pregresso codice), né sul procedimento di scorrimento della graduatoria, vincolato al rispetto dell'ordine di classificazione dei concorrenti, così come cristallizzatosi nella graduatoria. L'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, *id est* l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento ci sia una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge, e nella specie anche la *lex* di gara, limita nel tempo), viene superata dalla "conferma" delle stesse in sede di interpello (Consiglio di Stato, Sez. III, 06 marzo 2017, n. 1050). Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 23 marzo 2021, n. 2476, ha chiaramente disposto (in sede di ottemperanza) che "nessuna pertinenza rispetto all'istituto dello scorrimento di cui all'art. 140, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016) presenta la ben diversa ipotesi di subentro disposto giudizialmente, in esito alla dichiarazione d'inefficacia del contratto, a sua volta prevista dallo stesso diritto europeo quale apposito rimedio giudiziale nel sistema del diritto degli appalti pubblici (cfr., in particolare, l'art. 2-*quinqies* direttiva 2007/66/CE). La fonte di un siffatto subentro giudizialmente disposto è costituita, infatti, non già dall'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006, bensì dall'art. 124 c.p.a., che riguarda proprio la "*domanda di conseguire l'aggiudicazione*", condizionatamente alla "*dichiarazione di inefficacia del contratto*". In tale prospettiva, il subentro configura non già una (distinta) "*Procedura di affidamento*" (cfr., in tal senso, la rubrica dell'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006), bensì uno strumento di "*Tutela in forma specifica*" (art. 124 c.p.a) volto ad assicurare il medesimo bene che sarebbe originariamente spettato al ricorrente in assenza dell'errore commesso dall'amministrazione: per questo "*l'aggiudicazione*" domandata dal ricorrente e accordata dal giudice (i.e., il c.d. "subentro") non può che avvenire alle condizioni d'offerta dello stesso ricorrente, ripristinando così in natura la situazione del corretto affidamento, con *emendatio* dell'errore verificatosi nell'esercizio dell'azione amministrativa". Cfr. M. Bortoli, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla definizione delle modalità applicative del subentro contrattuale a seguito di dichiarazione di inefficacia ex art. 122 del c.p.a. di un contratto di appalto integrato*, in www.appaltiecontratti.it, 26 aprile 2021. Il subentro nel contratto, a seguito di dichiarazione giudiziale di inefficacia ex art. 122 c.p.a., non può che avvenire alle condizioni dell'offerta presentata dal ricorrente nella gara di cui è stata annullata l'originaria aggiudicazione.

introdotto per l'annullamento dell'aggiudicazione, parimenti indiscutibile è che tale giurisdizione in nessun modo sia estensibile alla controversia successivamente instaurata tra l'aggiudicatario e l'ente aggiudicante in relazione alla manutenzione del contratto. Là dove non sia in discussione il vizio dell'aggiudicazione si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato e, conseguentemente, deve darsi atto che ritorna pienamente applicabile l'ordinario criterio di riparto secondo il quale spetta al giudice ordinario conoscere della sorte del contratto, anche le volte in cui su di essa incidano profili delineati nel procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo.²⁶⁶

Nell'ambito dell'attività negoziale della p.a., pertanto, tutte le controversie che attengono alla fase preliminare – antecedente e prodromica alla stipulazione del contratto – inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica appartengono al giudice amministrativo, mentre sono devolute al giudice ordinario quelle che radicano le loro ragioni nella fattispecie negoziale successiva – che a partire dalla stipulazione del contratto contempla le vicende dell'(in)adempimento – e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono.²⁶⁷

Alla suddetta regola generale, che vuole tutte le controversie sulle procedure di affidamento attribuite alla giurisdizione amministrativa, a prescindere che si tratti di appalto o di concessione, subentra – o meglio, si sovrappone –, per quanto concerne le concessioni, una regolamentazione che crea una serie di criticità interpretative ed applicative. Il riferimento è ovviamente alla previsione della

²⁶⁶ Cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 28 novembre 2013, n. 26586, e 29 luglio 2013, n. 18190. In dottrina, vedasi M. Tiberi, *La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 11, 3729; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 664; H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi...Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 12, 1252 e bibliografia ivi indicata. Da ultimo, vedasi Cassazione, Sez. Un. Civili, 28 ottobre 2021, n. 30580: cfr. *Appalto di servizi, annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e giurisdizione del giudice ordinario*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 26229 - pubb. 27/11/2021. È devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia – promossa vigente il d.lgs. n. 163 del 2006 nella formulazione anteriore al d.lgs. n. 53 del 2010 – avente ad oggetto la domanda di condanna della pubblica amministrazione al pagamento delle prestazioni rese in esecuzione di un contratto di appalto stipulato in forza di aggiudicazione poi annullata d'ufficio, vertendo la lite sul diritto soggettivo all'adempimento del contratto e non già sulla legittimità dell'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione. Nella fattispecie, con sentenza del 2 febbraio 2013, n. 1085, il Tribunale di Palermo aveva dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo sulle domande proposte. L'impugnazione di tale decisione è stata respinta dalla Corte d'appello di Palermo con sentenza del 4 febbraio 2019, n. 239: la corte del merito aveva concluso per la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto non si tratta della mera esplicazione di un potere contrattuale, ma dell'esercizio di un potere autoritativo della p.a. a fronte della quale si pone una posizione di mero interesse legittimo. Per la Cassazione, tuttavia, occorre che sia intrapresa una controversia sulla procedura di affidamento, perché l'oggetto della controversia inerisca all'esercizio di un potere autoritativo della pubblica amministrazione. Al di fuori di queste ipotesi, le questioni sugli atti e comportamenti del privato e dell'amministrazione restano soggette alla giurisdizione del giudice ordinario. Una volta concluso il contratto e fondati sul medesimo diritti ed obblighi reciproci delle parti, la situazione del privato aggiudicatario resta soggetta alle regole del diritto comune: l'accertamento del significato e degli effetti di tale contenuto, inerendo alla valutazione della posizione contrattuale delle parti, attiene ad una situazione paritetica fra le medesime spettante alla cognizione dell'a.g.o. Ne deriva che, perché la lite sia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, deve trattarsi di controversia sulla legittimità dell'esercizio del potere di annullamento o revoca, soggetto ai rigorosi limiti e presupposti indicati dalle norme. Come ha rilevato il Procuratore generale, si evita altresì in tal modo che la mera invocazione, nell'atto di scioglimento dal rapporto, di un potere di autotutela della p.a. valga, da solo, a radicare la giurisdizione amministrativa, magari in un non auspicabile concorso con quella ordinaria, ove la p.a., come nella specie, abbia anche dichiarato di attivare una clausola contrattuale.

²⁶⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, che annulla senza rinvio TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903, richiamando Cass. civ., Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446, e ord. 5 maggio 2011, n. 9843 (v. *infra*).

giurisdizione amministrativa esclusiva in merito alle vertenze relative alle concessioni di beni e servizi pubblici, salvo che per le questioni di carattere meramente patrimoniale (v. *supra*).²⁶⁸

Come detto, lo snodo procedurale che segna il confine fra giurisdizione ordinaria e amministrativa è dato dalla stipulazione del contratto. Invero, se una dualità dev'essere ravvisata, questa sussiste fra la fase dell'evidenza pubblica e la fase dell'esecuzione contrattuale (cfr. Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir.).²⁶⁹

Nell'ambito della contrattualistica pubblica sussistono posizioni di interesse legittimo in capo ai concorrenti partecipanti alle gare poiché in tale fase l'azione della pubblica amministrazione è diretta

²⁶⁸ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell'esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, cit., e Id., *La concessione, questa sconosciuta*, cit. (cfr. note nn. 119 e 127 *supra*). Da ultimo, vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2280, sulla sussistenza della giurisdizione del g.o. sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale. Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso contro la risoluzione del contratto avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in regime di concessione dell'intervento di ampliamento del cimitero comunale, da realizzarsi in *project financing*, in quanto le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto con la p.a., successive a quella ad evidenza pubblica per la selezione del contraente privato, sono devolute alla giurisdizione del g.o. Il rapporto tra la società appellante e il Comune è inquadrabile, infatti, nello schema della "concessione di lavori" di cui all'art. 3, comma 1, lett. uu), del codice dei contratti pubblici, definito come quel contratto in virtù del quale a titolo di corrispettivo per l'esecuzione di lavori, eventualmente comprensiva della relativa progettazione esecutiva, le stazioni appaltanti riconoscono "unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere". Nella concessione di lavori è spesso insito l'investimento di ingenti capitali, reso necessario dai costi di realizzazione delle opere, ragione per la quale si pone l'esigenza di reperire le relative fonti di finanziamento. A questo scopo il codice dei contratti pubblici prevede la finanza di progetto (o *project financing*), ex artt. 182 e 183, contraddistinto dall'"utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti" (art. 183, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), come nel caso di specie, dal momento che per le opere di ampliamento del proprio cimitero il Comune ha fatto ricorso allo strumento della finanza di progetto. La qualificazione del rapporto tra le parti come concessione di lavori pubblici comporta sul piano processuale il corollario della giurisdizione ordinaria nella presente controversia, relativa all'atto di risoluzione impugnato.

²⁶⁹ Infatti, secondo l'unanime e consolidato insegnamento della giurisprudenza, tutte le questioni relative alla fase di esecuzione del contratto che non siano correlate all'aggiudicazione, coinvolgendo diritti soggettivi, restano affidate alla giurisdizione dell'A.G.O., mentre sono devolute al giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase di formazione della volontà di contrarre da parte dell'Amministrazione ed alla scelta del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica. Con la sottoscrizione del contratto, invero, "*si instaura tra le parti un vincolo negoziale iure privatorum, comportante che tutte le controversie attinenti alla sua esecuzione devono ascrivere alla giurisdizione ordinaria*", in quanto tale giurisdizione è "*configurabile quando si discuta sia della esistenza giuridica delle obbligazioni gravanti su ciascuno dei contraenti, sia del come il contratto vada eseguito tra le parti*" (Cass. civ., SS.UU., 5 maggio 2011, n. 9843). Come evidenziava, con la consueta acutezza, F. Ledda, *Il problema del contratto di diritto pubblico*, Torino, 1962, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, "nel contratto si esprime un potere giuridico di autonomia, al quale è inerente un momento insopprimibile di libertà" (pp. 47-48), sicché "con l'esercizio dei poteri di modificazione o risoluzione previsti dal contratto non si realizza affatto la prevalenza dell'interesse pubblico, ma si attua soltanto il regolamento contrattuale" (p. 79, ove si aggiunge "che le clausole relative a quei poteri non alterano il rapporto di equivalenza degli interessi in giuoco, ma anzi, appunto perché clausole, e quindi regole approvate dalle parti, concorrono ad individuare il punto d'equilibrio liberamente stabilito dalle stesse parti in base alla loro sovrana valutazione dei vantaggi e dei rischi inerenti alla natura dell'affare"); ne deriva che è solo "l'attività esplicata ai fini o in vista del contratto" che dev'essere pubblicizzata (p. 129), mentre "lo svolgimento e le vicende del rapporto contrattuale debbono ritenersi regolati dalle norme del codice civile" (p. 115: se ciò vale per i contratti cd. "ad oggetto pubblico", a cui erano dedicate queste riflessioni, *a fortiori* deve valere per quelli "di diritto comune"). Se nella fase di esecuzione del contratto si applicano le regole di diritto privato e l'Amministrazione non agisce come autorità, ma come parte contraente in materia relativa ad attività negoziale retta dal diritto privato, non v'è ragione per affidare le relative controversie al giudice amministrativo, che, almeno di regola, è chiamato a decidere liti rette da un diritto pubblico derogatorio rispetto al diritto comune: è questa l'impostazione sulla *ratio* della giurisdizione esclusiva seguita da F. Fracchia, in *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Milano, 2001, 595.

alla tutela degli interessi pubblici all'imparzialità, trasparenza e concorrenzialità. Ne consegue, dopo che il contratto è già stato stipulato, l'esaurimento del potere della p.a. di scelta del contraente (per cui ragioni di interesse pubblico legittimano una posizione di supremazia) e l'inquadramento della vicenda nello schema della relazione negoziale, dove le controparti sono normalmente sullo stesso piano, salvo per le norme speciali di settore che attribuiscono prerogative alla p.a.²⁷⁰

²⁷⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 17 maggio 2013, n. 12111, cit. In questa pronuncia il rapporto dedotto in giudizio aveva natura concessoria e la irrogazione della sanzione, secondo quanto stabilito dalle S.U. non costituiva espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario ma all'esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, assumendo la natura di una vera e propria sanzione, nonostante la formale previsione della stessa in un atto qualificato "contratto": "È devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la controversia avente ad oggetto l'applicazione di una penale al gestore del trasporto pubblico da parte dell'amministrazione concedente, in conseguenza di un'assunta violazione delle disposizioni regolanti il servizio, atteso che la relativa imposizione, ancorché prevista in un atto qualificato "contratto", non costituisce espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attiene all'esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del medesimo servizio pubblico, equivalendo, in quanto tale, all'irrogazione di una vera e propria sanzione, senza che rilevi che la riscossione di detta penale sia operata dall'amministrazione mediante detrazione dal corrispettivo, trattandosi soltanto di una modalità attuativa della pretesa, e non di circostanza che collochi l'ente concedente nella posizione di creditore di prestazione insita in un vincolo sinallagmatico". E ciò avvalorava quanto qui sostenuto in ordine alle sanzioni amministrative. Vero è che nella fattispecie la contestata "sanzione" poteva anche essere intesa come una penale contrattuale (tanto che il P.G., con articolata requisitoria, aveva concluso per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario). Tuttavia, le Sezioni Unite ritengono che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo sulla scorta di un ragionamento anacronistico: "Rientrando il contratto di servizio nell'ambito dei c.d. "accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo", con i quali vengono disciplinate le modalità di espletamento del servizio affidato in concessione al gestore, regolando il rapporto instaurato dalla p.a. con lo stesso in tutti i suoi aspetti, dei quali soltanto quelli relativi alla determinazione ed erogazione dei corrispettivi sono impostati su base paritaria e, come tali, nel solco della distinzione a suo tempo introdotta dalla nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, risultano attribuiti sensi del comma 1, lett. c) sopra citato alla cognizione del giudice ordinario, mentre tutte le altre controversie, attinenti alla esecuzione di tali negozi di diritto pubblico rimangono riservate alla giurisdizione del G.A., in base alla generale previsione di cui alla precedente lett. a), n. 1. Tale attribuzione risulta, specificamente, rafforzata dall'espressa menzione, contenuta nella lett. c), delle controversie, attinenti alla vigilanza e controllo dell'attività del gestore, in quanto relative ad aspetti del rapporto nei quali la p.a. concedente non opera sul piano paritario, bensì in evidente posizione di supremazia, giustificata dall'interesse collettivo a salvaguardia del quale esercita le suddette funzioni, dirette alla verifica della corretta esplicazione dei compiti affidati al gestore del servizio, che comunque rimane un'attività di natura pubblica, anche nei casi in cui venga svolto da un soggetto privato. In tal senso la più recente giurisprudenza di queste S.U. ha avuto modo di precisare che "anche a seguito dell'abrogazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, per effetto del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 4, comma 1, all. 4, resta devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il rispetto degli obblighi nascenti da una convenzione stipulata tra un Comune o altro ente pubblico concedente ed un privato, volta a disciplinare il contenuto di una concessione ...trattandosi di un causa inerente all'esecuzione di accordo da qualificare come integrativo o sostitutivo di provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 2, del citato d.lgs., che individua tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo (v. ord. n. 1713 del 24.1.2013); tale principio costituisce conferma di quello analogo, precedentemente affermato (v. ord. n. 3689 del 9.3.2012), sotto la vigenza della L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 5". Alla luce dei suesposti principi e della specifica previsione di cui alla già citata lett. c) dell'art. 133, comma 1, cit. d.lgs., per la Cassazione deve ritenersi che l'applicazione al gestore del trasporto pubblico di una "penale" da parte dell'amministrazione concedente, ancorché il relativo potere sia previsto in un atto qualificato "contratto", non costituisca espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attenga all'esplicazione di quegli specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, come tale costituente l'irrogazione di una vera e propria sanzione. Né vale ad attrarre nella giurisdizione del G.O. la considerazione che tale "penale" sia recuperata dall'amministrazione concedente mediante detrazione dal corrispettivo, trattandosi soltanto di una modalità attuativa della pretesa sanzionatoria, la cui previsione risponde a finalità chiaramente agevolative della relativa riscossione da parte dell'ente concedente, che in tale veste non opera in qualità di creditrice di una prestazione prevista nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, bensì nel ruolo suo proprio di p.a., in posizione sovraordinata al gestore, che sia incorso, come nella specie nell'inosservanza delle disposizioni, di interesse generale, regolanti l'esercizio del pubblico servizio in questione. Pronunziando, infine, sulle spese del presente regolamento di giurisdizione, la Corte ha ritenuto equo compensarle

È ciò che avviene in tutti i contratti della p.a. (cfr. Cass., SS.UU., ord. n. 13660/2019).²⁷¹

interamente, non risultando, in tema di applicazione di “penali” previste in contratti regolanti il trasporto pubblico in concessione, precedenti giurisprudenziali in termini. Della concezione arcaica e superata della concessione quale manifestazione di potere o accordo amministrativo, con conseguente fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni, si è già detto; in questa sede è sufficiente osservare che, essendosi in fase contrattuale e considerate le modalità di pagamento (analoghe a tutte le penali contrattuali), la logica suggerisce la giurisdizione ordinaria anziché quella amministrativa, ma il diritto positivo è incoerente. Tanto che la stessa giurisprudenza non è univoca. Ad esempio, se Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5938, ritiene che la controversia in esame, trattandosi di impugnazione di un atto con il quale il Comune ha disposto la risoluzione del contratto di concessione del servizio pubblico di illuminazione, in cui la realizzazione degli impianti è strettamente funzionale e strumentale all’espletamento del servizio, rientri nell’ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi dell’art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a., al contrario in primo grado TAR Campania, Napoli, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4986, aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione del G.A. sul presupposto che tutte le questioni relative alla fase di esecuzione del contratto che non siano correlate all’aggiudicazione, coinvolgendo diritti soggettivi, restano affidate alla giurisdizione dell’A.G.O (Cass. civ., SS.UU., 5 maggio 2011, n. 9843). L’annullamento dell’impugnata sentenza del TAR e la rimessione della causa al primo giudice sono stati giustificati sulla base della motivazione che la fattispecie non aveva ad oggetto una controversia di contenuto meramente patrimoniale, bensì riguardava la risoluzione dell’intero rapporto contrattuale per inadempimento, vicenda che, pur afferente all’evidenza a diritti soggettivi, ricade nondimeno nello spettro giurisdizionale esclusivo disegnato dal predetto art. 133, 1° comma, lett. c), c.p.a. (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1425, in relazione agli artt. 5, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, e 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, di identico contenuto rispetto al richiamato art. 133, 1° comma, lett. c, c.p.a.). Tanto premesso, deve menzionarsi che TAR Campania, Napoli, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4986, declinando la propria giurisdizione, aveva negato che, al riguardo, potesse assumere valore contrario il richiamo operato dalla difesa della ricorrente all’art. 133, I comma, lett. c), del codice del processo amministrativo secondo cui (analogamente al previgente art. 33, I comma, del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dalla legge n. 205/2000) sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie *“in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi...”*. Invero, come precisato dalle Sezioni Unite nella richiamata sentenza n. 9843/2011, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di pubblici servizi deve essere sempre attuato sulla base del generale criterio fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, in quanto *“detto criterio ...non è mutato neppure a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 80/1998 e della l.n. 205/2000”* atteso che in materia è *“intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza 204/2004, ha dichiarato parzialmente illegittima detta normativa, rilevando che le materie affidate alla giurisdizione suddetta devono necessariamente partecipare alla medesima natura – segnata dall’agire della p.a. come autorità nei confronti della quale è accordata tutela alle posizioni di diritto soggettivo del cittadino dinanzi alla g.a. – di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità. Sicché siffatta natura non si riscontra nei rapporti della p.a. che hanno inizio con l’incontro della volontà tra di essa e il contraente privato per la stipulazione del contratto e proseguono con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione, nel cui ambito (p.a. e privato) si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto”* (corsivo originale).

²⁷¹ Con ordinanza n. 13660 del 21 maggio 2019 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una causa avente ad oggetto l’annullamento di provvedimenti di applicazione di penali, previste nel capitolato speciale di appalto per l’esecuzione inadempiente degli obblighi in esso contenuti, emanati da un Comune siciliano nei confronti della società affidataria provvisoria del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani del citato Comune. La pronuncia trae origine dalla proposta di regolamento preventivo di giurisdizione formulata da una società in relazione ad una controversia incardinata dinanzi al giudice amministrativo ed avente ad oggetto la domanda di annullamento di numerose note di contestazione e delle conseguenti determinazioni dirigenziali del Comune concernenti l’applicazione di penali imputate all’irregolare esecuzione del citato servizio. Tale servizio era stato attribuito alla società ricorrente in virtù di un provvedimento di affidamento provvisorio e prorogato mediante ordinanze contingibili e urgenti fino alla conclusione di una gara d’appalto aggiudicata ad altra società. In particolare, la società ricorrente aveva dato immediata disponibilità all’esecuzione del servizio – anche in pendenza della stipula del contratto – e accettato le condizioni previste nel capitolato speciale d’appalto, pur non avendo provveduto alla conclusione formale del contratto. Il TAR per la Sicilia, in sede cautelare, aveva dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa mentre, in sede di appello, il CGARS ne aveva dichiarato il difetto in favore del giudice ordinario. Le Sezioni Unite hanno qualificato il rapporto, intercorrente tra la società affidataria del servizio di raccolta e del trasporto dei rifiuti urbani e l’ente comunale, come appalto di servizi in quanto dopo l’aggiudicazione della gara, o, come nel caso di specie, a seguito dell’emanazione dei provvedimenti di affidamento provvisorio e di proroga suddetti, l’esecuzione del servizio è disciplinata dalle

In materia di contratti pubblici, Corte di giustizia europea, Sez. V, 18 settembre 2019, C-526/17²⁷², ha sancito che non è ammessa la proroga della durata di una concessione esistente per la

regole contrattuali alle quali le parti si sono vincolate (nel caso di specie a quelle contenute nel capitolato speciale d'appalto). Per la Suprema Corte, infatti, *“la mancanza di una procedura di gara non modifica la natura giuridica paritetica del rapporto nella fase esecutiva del servizio”* e qualora *“gli atti dell’ente pubblico di cui si chiede l’annullamento siano intervenuti dopo la fase di designazione autoritativa dell’impresa appaltatrice (all’esito di gara pubblica o in virtù di provvedimento di affidamento provvisorio) all’interno della regolazione contrattuale del rapporto, la giurisdizione non può che essere del giudice ordinario”*. Ciò anche in quanto le penali irrogate alla società *“dovevano trovare applicazione alla verifica di condotte inadempienti predeterminate nel capitolato speciale d’appalto e non sulla base dell’esercizio di un potere ispettivo o di contestazione extra contratto”*. Sulla scia di precedenti orientamenti della giurisprudenza civile e amministrativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato che l’eventuale applicazione illegittima o eccessiva delle penali è oggetto del sindacato di merito riservato al giudice ordinario – munito di giurisdizione – ancorché possa comportare l’esame del capitolato speciale (valevole, nel caso di specie, come complesso di regole che vincolano le parti nel rapporto contrattuale di natura paritetica): *“5.2. Così qualificato il rapporto, (come appalto di pubblici servizi) alla stregua, peraltro, del costante orientamento di questa Corte, (S.U. 17829 del 2007) e coerentemente alla stessa qualificazione fornita dalle parti, trovano applicazione i consolidati principi giurisprudenziali in tema di delimitazione dell’ambito della giurisdizione amministrativa negli appalti pubblici, ancorché, nella specie, l’art. 33, comma 2, lettera e), del d.lgs. n. 80 del 1998, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, ed oggi dell’art. 133, comma 1, lett. p), dell’allegato 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, preveda la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alla materia della raccolta e smaltimento dei rifiuti. L’attrazione *ratione materiae* non esclude, infatti, la verifica della natura giuridica del potere esercitato dalla pubblica amministrazione nella concreta dinamica del rapporto giuridico dedotto in giudizio, anche alla luce dei criteri correttivi introdotti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004. Ne consegue che ove, come nella specie, gli atti dell’ente pubblico di cui si chiede l’annullamento siano intervenuti dopo la fase di designazione autoritativa dell’impresa appaltatrice (all’esito di gara pubblica o in virtù di provvedimento di affidamento provvisorio) all’interno della regolazione contrattuale del rapporto, la giurisdizione non può che essere del giudice ordinario. Nella specie, le penali irrogate, previste nel capitolato speciale d’appalto, dovevano trovare applicazione alla verifica di condotte inadempienti in esso predeterminate e non sulla base dell’esercizio di un potere ispettivo o di contestazione extra contratto. L’eventuale applicazione illegittima od eccessiva delle penali costituisce, di conseguenza, oggetto del sindacato di merito del giudice munito della giurisdizione, ancorché possa comportare l’esame del capitolato speciale, in quanto tale testo vale per le parti come complesso di regole che le vincolano nel rapporto contrattuale di natura paritetica. Le S.U. di questa Corte hanno, peraltro, già affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una fattispecie che aveva ad oggetto la valutazione della corretta applicazione di una penale in relazione ad un pubblico appalto (S.U. 28342 del 2011), così come una recente pronuncia del Consiglio di Stato, in controversia del tutto analoga a quella dedotta nel presente giudizio (sia sul piano oggettivo che parzialmente sul piano soggettivo), hanno ricondotto la giurisdizione al giudice ordinario in un rapporto che aveva ad oggetto l’illegittima applicazione di penale in relazione all’appalto del servizio pubblico della raccolta rifiuti (Cds. n. 3519 del 2015)”. Fermo considerato quanto sciorinato alla nota immediatamente precedente, ne deriva la anacronistica ed ingiustificata diversità di trattamento fra i contratti di appalto e di concessione che, allo stato, vengono sottoposti a giurisdizioni differenti sulla base di un falso presupposto (l’antidiluviana natura provvedimentale della concessione). Stante l’assoluta omogeneità delle posizioni giuridiche soggettive del concessionario e dell’appaltatore, non è giusta né congrua la ridetta disparità di trattamento: sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Il riparto di giurisdizione nell’esecuzione dei contratti pubblici: appalti e concessioni*, cit. V. anche F. Saitta, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente?) «specialità» della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un’identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, 29: osservava con la consueta acutezza Massimo Severo Giannini (*Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 734) che, nel nostro ordinamento, *“la materia dei contratti ad evidenza pubblica è oggi una delle più discusse e tormentate, ma anche afflitta da singolari confusioni d’idee”* e che *“la particolare complicazione della materia riceve un effetto di moltiplicatore per il sistema di giustizia amministrativa fondata sul riparto di giurisdizione”*.*

²⁷² Sull’inadempimento della Repubblica italiana per aver prorogato la durata di una concessione esistente per la costruzione e gestione di un’autostrada, senza la pubblicazione di un bando di gara, vedasi la sentenza della Corte di Giustizia (Quinta Sezione) del 18 settembre 2019, Causa C-526/17, *Commissione/Italia*, ECLI:EU:C:2019:756. La Repubblica italiana, avendo prorogato dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 la concessione della tratta Livorno-Cecina dell’autostrada A12 Livorno-Civitavecchia (Italia) senza pubblicare alcun bando di gara, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007. Cfr., ad esempio, C. giust. CE, I, 10.11.2005, C-29/04 e C. giust. CE, 13.9.2007, C-260/04, in *Giur. it.*, 2008, 2, 474, con nota di R. Caranta, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l’affidamento*

costruzione e gestione di un'autostrada, senza pubblicazione di un bando di gara e che la modifica sostanziale del contratto deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto modificato in ossequio al principio di trasparenza.²⁷³

Se ne deve desumere la giurisdizione del giudice amministrativo (esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1), con le relative regole sostanziali e processuali. Sussiste interesse all'impugnativa di un atto, quindi, allorché l'atto medesimo abbia arrecato una lesione diretta, attuale e concreta alla sfera giuridica dell'interessato, di talché l'accoglimento dell'impugnativa lascia prefigurare un vantaggio pratico e concreto che può derivarne al ricorrente.²⁷⁴

Quanto alla figura dell'interesse strumentale, esso affianca all'interesse al conseguimento del cd. bene o utilità "finale", il perseguimento di un interesse "mediano"²⁷⁵ (connesso alla caducazione

o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso «Enalotto»). Negli stessi termini, in dottrina, G. Balocco, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. e app.*, 2006, 7, 851, e V. De Gioia, *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale* (nota a Cons. Giust. Amm., Sez. giur., 27 aprile 2009, n. 302), *ibidem*, 2009, 8, 1004-1006.

²⁷³ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 31 ottobre 2019, n. 28211: in materia di appalti di lavori e servizi pubblici, la domanda con cui il terzo titolare di posizione differenziata (già partecipante alla gara e non aggiudicatario), contestando la sussistenza dei presupposti per la modifica o variazione del contratto durante il periodo di efficacia, previsti dall'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, invochi l'annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la p.a. committente abbia ampliato l'oggetto dello stesso in favore dell'aggiudicatario, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo, non già una questione relativa all'esecuzione del contratto (in ordine alla quale la p.a. si porrebbe in posizione paritetica e l'altro contraente vanterebbe una posizione di diritto soggettivo), né una questione di invalidità del contratto per vizi del procedimento di evidenza pubblica, bensì l'illegittima decisione dell'ente committente di procedere all'affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell'aggiudicatario, senza indire un'ulteriore gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara. Al contrario, per Cass. civ., Sez. Unite, Sent. 5 aprile 2019, n. 9682, nel caso in cui a distanza di tempo (nella specie, cinque anni) dalla scadenza di un contratto per la gestione del bar interno ad un ospedale, concluso a seguito di procedura di gara, segua la stipula, con affidamento diretto e senza l'esperimento di alcuna selezione pubblica, di un nuovo contratto con il medesimo concessionario ed a condizioni analoghe rispetto al precedente, le controversie nascenti da tale ultimo negozio (nella specie, l'accertamento della sua nullità) rientrano nella giurisdizione del G.O., inerendo ad un rapporto di diritto comune ed implicando unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi, le cui vicende sono svincolate (e non influenzate) da quelle del primo contratto, che costituisce solo un antecedente di fatto ormai privo di efficacia. Richiamato quanto chiosato alla nota immediatamente precedente, si evidenzia che in questo frangente la ingiustificata diversità di trattamento fra i contratti di appalto e di concessione non scaturisce dalla essenza ontologica, bensì dall'errata valutazione del giudice circa l'attività della p.a.: nel primo caso correttamente individuata dalla Cassazione, in quanto l'estensione del contratto non rientra fra le facoltà negoziali delle parti, esorbitando dal contratto stipulato e afferendo all'obbligo di procedere mediante affidamento pubblico, salvi casi eccezionali (comunque espressione di attività autoritativa); nel secondo invece viene – inaspettatamente – stravolto quanto affermato di norma in ordine alle concessioni che, tuttora, sono devolute alla giurisdizione esclusiva (ad eccezione delle questioni meramente patrimoniali diverse da quelle risarcitorie): se per un verso trova conferma la natura contrattuale delle concessioni, per altro verso si conferma la fine della giurisdizione amministrativa esclusiva sulle stesse (ancorché nel caso di specie sarebbe stata corretta la giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio all'obbligo di procedere mediante affidamento pubblico). Una volta scaduto il contratto, la p.a. non ha alcuna capacità negoziale di procedere liberamente al rinnovo del rapporto.

²⁷⁴ Il Consiglio di Stato, infatti, ha avuto modo di affermare che, ai fini della tutela di un interesse strumentale, consistente nella mera rimessa in discussione del rapporto controverso per effetto della rinnovazione dell'atto lesivo, il ricorso è sufficiente a radicare l'interesse al ricorso, "purché il procedimento sia potenzialmente suscettibile di concludersi in senso favorevole al ricorrente (cfr. Cons. St. Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11; Cons. St., Sez. IV, 154/1999)" (Sez. VI, n. 293/2018).

²⁷⁵ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 77 ss., distingueva gli interessi procedurali dagli interessi legittimi, definendoli come quelli che hanno ad oggetto situazioni e vicende dei procedimenti; l'interesse legittimo, invece, è sempre collegato ad una potestà (ablatoria o concessoria). In un procedimento ci sono atti che le norme disciplinano, prevedendo dei poteri (di impulso, di richiesta, di impugnativa), che non sono esercizio di diritti, ma di altre situazioni soggettive, che sono appunto gli interessi procedurali. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 96; F. G. Scoca, *Interessi protetti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVI, 9.

dell'intero procedimento e all'eventuale nuovo esercizio del potere), veicolante l'utilità gradata consistente nella *chance* di un esito favorevole del procedimento rinnovato. La stessa figura dell'interesse strumentale, tuttavia, non assorbe il primo elemento costitutivo dell'interesse ad agire, ovvero la sussistenza di una lesione attuale e concreta.²⁷⁶

D'altra parte, diversamente opinando si finirebbe con l'apprestare tutela a un generico interesse a ripetere la procedura amministrativa illegittima (per qualsivoglia motivo) annullata dal giudice, in palese contrasto con la concezione della giurisdizione amministrativa come sistema di tutela soggettiva, orientato non già alla verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati nell'astratto interesse generale, ma all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice. La stessa giurisprudenza che si è più specificamente occupata dell'interesse strumentale in materia di gare di appalto (indagandone i profili di interferenza con le categorie dell'interesse legittimo, dell'interesse ad agire e della legittimazione ad agire), non ha mai messo in dubbio l'essenzialità del profilo della lesione attuale e concreta che deve supportare l'interesse ad agire strumentale, al fine di rendere ammissibile ex art. 100 c.p.c. l'azione processuale (si vedano, sopra tutte, le pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9; 7 aprile 2011, n. 4; 10 novembre 2008, n. 11). Secondo la sentenza della Corte cost., 22 novembre 2016, n. 245, cit. (pubblicata altresì in *Foro it.*, 2017, I, 75), è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 9, comma 1, e 14, comma 1, della legge della Regione Liguria 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema di trasporto pubblico regionale e locale), promossa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, primo e secondo comma, lettere e) e s), della Costituzione; la Consulta fonda il giudizio di inammissibilità condividendo i principi affermati dal giudice amministrativo sulla carenza di legittimazione a ricorrere delle imprese che impugnano procedure di gara alle quali non hanno preso parte, negando per tale via la tutela del cd. interesse strumentale.²⁷⁷

²⁷⁶ "Il ricorso amministrativo non è rimedio dato nell'interesse oggettivo della giustizia, ma principalmente per tutelare posizioni dei singoli, i quali non sono tenuti a denunciare l'illegittimità degli atti, della quale, pure, abbiano conoscenza, se non nei limiti del momento in cui tale illegittimità si traduce concretamente in una lesione ai propri interessi": così Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2001, n. 192, in *Urb. e app.*, 2002, 3, 311, con commento di F. Martinelli e M. Santini, *Il Consiglio di Stato si divide sull'impugnazione dei bandi di gara*.

²⁷⁷ Circa la impossibilità di configurare la tutela del cd. interesse strumentale nell'attuale ordinamento del processo amministrativo, caratterizzato dalla peculiare disciplina delle condizioni delle azioni (in particolare interesse ad agire e legittimazione), che mira alla realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost., si veda: Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 (specie §§ 5 ss., e 9.2. ss., in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di A. Travi, *In tema di azione di annullamento nel processo amministrativo e la graduazione dei motivi*, 5, 3, 286-292; in *Riv. dir. proc.*, 2015, 4-5, 1256, con nota di G. Fanelli, *Tassonomia delle modalità di esercizio della "potestas iudicandi" e tecnica decisoria dell'assorbimento*, *ibidem*, 1260-1269; in *Giur. it.*, 2015, 10, 2192, con nota di E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, *ibidem*, 2192-2203; e in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 205, con nota di L. R. Perfetti e G. Tropea, *"Heart of darkness": l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, *ibidem*, 2016, 218-294); Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro it.*, 2015, III, 345, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza; tutte nel senso: I) di non consentire la tutela del cd. interesse strumentale perché in contrasto con le esigenze di evitare l'abuso del processo ed il sindacato su poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante; II) di considerare il processo quale risorsa scarsa da attingere solo dopo essere stato superato il filtro delle condizioni dell'azione in cui è insito un giudizio di meritevolezza della pretesa; III) di esigere che il processo sia volto a tutelare interessi concreti ed attuali e non futuri ed incerti, di mero fatto quando non emulativi, per giunta rimessi ad una incoercibile nuova determinazione dell'Amministrazione.

In dottrina R. De Nictolis, *Codice del processo amministrativo*, cit., 759 ss., 2056 ss., nega in radice che l'interesse strumentale sia configurabile quale interesse legittimo. Per G. Sigismondi, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV, 336-339, il punto di maggiore criticità nell'indirizzo a base della sentenza *Puligienica*, consiste nel fatto che esso "...si pone in contrasto diretto con i principî di fondo del nostro ordinamento processuale, del quale vengono disgregati la coerenza interna e i principî fondanti. Si pone allora una seria questione di compatibilità tra la prospettiva comunitaria e il sistema di principî (e per certi aspetti di valori) definito dalla Costituzione italiana (che disegna il diritto alla tutela giurisdizionale e il principio di azionabilità nei confronti delle decisioni dell'amministrazione in chiave espressamente soggettiva e in modo non

Ciò è *ictu oculi* il precipitato di quella “*vis expansiva*” che caratterizza la giurisprudenza attuale²⁷⁸ e di cui si è ampiamente discusso in precedenza, rivolgendo più di una critica alla stessa.

condizionato dalla materia): un problema che sta emergendo in modo sempre più consistente, nonostante la dichiarata autonomia riconosciuta agli Stati membri nella definizione delle proprie regole processuali” (come esempio problematico, v. quanto ora previsto dall’art. 95 d.lgs. 16 novembre 2015 n. 180, che, nell’ambito del contenzioso relativo alle procedure di risoluzione degli enti creditizi, da un lato esclude espressamente la possibilità di far ricorso alla consulenza tecnica, limitando oggettivamente le possibilità di conoscenza del fatto da parte del giudice e, dall’altro, consente che gli effetti di una eventuale illegittimità della procedura si producano esclusivamente sul piano risarcitorio, recependo in questo modo le previsioni espressamente stabilite dall’art. 85, § 3, secondo periodo, e § 4, 2° comma, della direttiva 2014/59/Ue). Un ordine di limitazioni simili previste da una disposizione di legge nazionale, infatti, erano state considerate costituzionalmente illegittime da Corte cost. 22 dicembre 1961, n. 70, in *Foro it.*, 1962, I, 13, e *Giur. cost.*, 1961, I, 1282, con nota di M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Cost. e «due process of law clause»)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, *ibidem*, 1284-1292.

La opposta tesi della configurabilità, anche in termini di veri e propri diritti, di situazioni soggettive procedimentali, come situazioni giuridiche autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento finale, è stata sostenuta da M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; E. Follieri, *Lo stato dell’arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi* (Relazione al XLIII convegno di Varenna sul tema “Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi”, 18-20 settembre 1997), in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 253-298; M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell’amministrazione*, *ibidem*, 2005, 3, 557. Questa tesi è stata respinta dall’indirizzo dominante nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che rifiuta la possibilità di risarcire il danno ogni qual volta non sia riconoscibile con certezza la spettanza del bene della vita finale (sull’inquadramento generale v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, in *Foro it.*, 2017, 9, III, 433, con nota di A. Travi, *In tema di risarcimento del danno connesso all’impossibilità di esecuzione del giudicato*, *ibidem*, 2017, 448-454; Ad. plen. n. 5 del 2015, cit.; Ad. plen. n. 9 del 2014, cit., cui si rinvia per ogni approfondimento). Per questa via si esclude il danno da mero ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4570; Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239, con note di S. Colombari, *Le valutazioni ambientali dei progetti ed il risarcimento del danno da ritardo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 8-9, 1994-2000, e di G. Sabato, *L’elemento soggettivo nel danno da ritardo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 6, 786-79, cui si rinvia per ogni approfondimento), da lesione di un mero interesse di fatto o emulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Riv. nel diritto*, 2015, 1033, con nota di A. Galati), da annullamento del provvedimento amministrativo per vizi puramente formali (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520; Sez. IV, 4 luglio 2017, n. 3255), e si mantiene un atteggiamento rigoroso, sotto il profilo causale e statistico, circa i presupposti per il riconoscimento del danno da perdita di *chance* specie per le gare di appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, in *Foro it.*, 2016, 9, III, 468, con nota di M. Condorelli, *In tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, *ibidem*, 469-472; Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, in *Foro it.*, 2015, 9, III, 440, con nota di F. Trimarchi Banfi, *La “chance” giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*, *ibidem*, 442-446; Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in *Foro it.*, 2015, 2, III, 106, con nota di G. Galli, *In tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, *ibidem*, 112-114; sul versante civile vedasi da ultimo Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2016, n. 24295, in *Foro it.*, 2017, 4, I, 1374, con nota di J. Di Rosa, *In tema di danno da perdita di “chance”*, *ibidem*, 1380-1384). Per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza sia consentito rinviare a M. Ceruti, *Sull’onere di immediata impugnazione del bando e della lex di gara. Riflessioni a margine della più recente giurisprudenza (sovra)nazionale*, cit.

²⁷⁸ Da ultimo vedasi Cassazione, Sez. Un. Civili, 18 dicembre 2020, n. 29107 (conferma C. Appello di Milano, 13 novembre 2018, la quale, a sua volta, conferma Trib. Milano 13 settembre 2016): in tema di intermediazione finanziaria, quando la domanda formulata in via principale è fondata su un titolo precontrattuale per violazione degli obblighi informativi e dei doveri di correttezza e trasparenza, la clausola di proroga della giurisdizione in favore delle Corti inglesi contenuta nell’ISDA Master Agreement non si applica, essendo tale clausola riferibile solo alle controversie attinenti in senso stretto al contratto, tanto più se l’evento dannoso si è verificato in Italia, ai sensi dell’art. 5, n. 3, del Reg. CE n. 44/2001 perché la regola del *locus commissi delicti* trova applicazione anche in materia di responsabilità precontrattuale (così, sulla scia di Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926, Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 19675, il cui indirizzo è stato poi ulteriormente confermato da Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 1311). La decisione afferma che la verifica della giurisdizione andava rapportata alla domanda principale, avuto riguardo al *petitum* sostanziale ed alle ragioni della domanda. La statuizione è conforme alla giurisprudenza delle Sezioni Unite: sia per quanto attiene allo scrutinio in punto di giurisdizione in riferimento alla domanda principale, l’unica, del resto, su cui il giudice di merito si è

Ecco perché pare utile rispolverare una decisione di qualche anno fa: TAR Lombardia - Milano, Sez. III, Sentenza 12 gennaio 2005, n. 42. Al riguardo, come precisato in nota, il ricorrente prospettava l'illegittimità del rinnovo in favore del controinteressato, senza gara ad evidenza pubblica, del contratto relativo al servizio di rimozione, deposito e custodia dei veicoli rimossi nel territorio comunale su disposizione della Polizia Municipale.²⁷⁹

Ciò posto, per quanto riguarda l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa del controinteressato, il TAR ha preliminarmente osservato che, ai fini della giurisdizione, rileva l'astratta configurabilità dell'azione come pretesa all'esercizio legittimo di un potere amministrativo, ossia l'esistenza di una pretesa o domanda relativa ad una posizione configurabile in astratto come interesse legittimo.²⁸⁰

concretamente pronunciato (v. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926 cit.; Cass., Sez. Un., 26 aprile 2017, n. 10233); sia per quanto attiene alla verifica della giurisdizione in base al *petitum* sostanziale ed alla *causa petendi* (v. di recente, Cass., Sez. Un., 9 gennaio 2020, n. 156, espressione sul punto di un orientamento consolidato): cfr. *Intermediazione finanziaria, IRS e proroga della giurisdizione in favore delle Corti inglesi*, in *IICaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24716 - pubb. 09/01/2021.

²⁷⁹ Un Comune, dopo aver esperito una trattativa privata con gara ufficiosa, aveva affidato, nel 2002, all'impresa controinteressata il servizio (di durata biennale, fino al 2004) di rimozione, deposito e custodia dei veicoli nel territorio comunale. Al termine dei due anni, l'amministrazione comunale ha deliberato di rinnovare, per un ulteriore biennio, il servizio in argomento alla stessa ditta. Avverso tale decisione, ed ogni altro atto a questo connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa il ricorrente, titolare della ditta di autosoccorso che era stata concessionaria del servizio fino al 2002, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione. Con ordinanza n. 2212/2004 è stata accolta la domanda di sospensiva. Passando al merito, ad un esame più approfondito della controversia rispetto a quanto consentito nella fase cautelare del giudizio, il Collegio ha osservato che, sebbene il capitolato speciale compilato dal Comune in occasione della trattativa privata con gara informale indetta nel 2002 prevedesse che il servizio in argomento avrebbe avuto una durata biennale, l'art. 354 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 sancisce che "il servizio di rimozione dei veicoli... può essere affidato in concessione biennale rinnovabile a soggetti in possesso della licenza...". Per il TAR, "il fatto che tale facoltà non sia stata espressamente menzionata nel predetto capitolato speciale non comporta che l'amministrazione interessata non possa comunque esercitarla nei modi ivi previsti, non potendo ritenersi che il mancato richiamo di una norma nella *lex specialis* di gara comporti, conseguentemente, un limite alla sua cogenza. Nel caso di specie, quindi, l'amministrazione comunale non ha fatto altro che applicare una norma che attribuisce la possibilità di rinnovare il rapporto concessorio già in atto". Ha, poi, aggiunto il TAR che il ricorrente non lamentava il fatto che la ditta controinteressata, quantomeno nel biennio 2002/2004, sia stato il legittimo affidatario del rapporto in argomento (in esito all'espletamento della procedura informale alla quale ha partecipato lo stesso ricorrente) e tanto è bastato per ritenere presenti in capo al controinteressato i requisiti soggettivi (l'essere cioè il concessionario uscente del servizio) necessari per l'applicazione da parte del Comune del citato art. 354 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495. Il problema che si pone all'interprete, per il TAR, è quello di verificare se la norma da ultimo citata consenta all'Amministrazione di esercitare tale facoltà in via automatica ovvero l'applicazione della stessa sia subordinata ad una valutazione circa la sussistenza delle ragioni di convenienza e interesse pubblico, come previsto dall'art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, modificato dall'art. 44 della legge n. 724/1994. Propendendo a favore di quest'ultima ipotesi, il Collegio ha osservato che l'atto impugnato era, comunque, esente dai profili di illegittimità dedotti dal ricorrente. Nella trattativa privata con gara informale indetta dal Comune nel 2002, il controinteressato aveva offerto uno sconto sui vari importi posti a base d'asta pari al 45%, rispetto al 33% proposto dal ricorrente (terzo ed ultimo classificato). A ciò va aggiunto che, alla gara, pur essendo state invitate 14 ditte operanti nel settore, solo 3 imprese hanno inviato la loro proposta, offrendo il primo classificato (controinteressato) un ribasso del 45%, il secondo 36% ed il terzo (ricorrente) 33%. Il TAR ha quindi concluso che "A distanza di due anni dall'espletamento della predetta procedura, riesce difficile immaginare un cambiamento delle condizioni di mercato tale da giustificare l'avvio di un'indagine conoscitiva che individui una nuova soglia di convenienza, considerato tra l'altro il peculiare settore di riferimento caratterizzato dalla presenza di un numero non elevato di imprese individuali e dall'assenza di innovazioni tecnologiche e modalità organizzative tali da consentire apprezzabili economie di scala".

²⁸⁰ "Orbene, poiché il ricorrente lamenta il mancato esperimento di una procedura comparativa di valutazione secondo le regole di evidenza pubblica, la relativa questione non può che essere devoluta alla giurisdizione (esclusiva, ex art. 6 della legge n. 205/2000) del giudice amministrativo (cfr. *Cons. Stato*, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992 e, più diffusamente, *Cons. Stato*, Sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079)": cfr., ora, art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, c.p.a.

Questo almeno per quanto riguarda la fase dell'affidamento (anche diretto, senza gara) "a monte", mentre resta da esaminare il riparto di giurisdizione "a valle", dopo la stipulazione del contratto. Diverso è infatti il giudice chiamato a decidere le controversie nella fase di esecuzione contrattuale, ove le parti sono su un piano di tendenziale parità e sussistono diritti soggettivi.²⁸¹

Come ricordato, ai fini della determinazione della giurisdizione, il *discrimen* viene fissato nel prima e dopo la stipulazione del contratto.²⁸²

²⁸¹ Ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101, ha ribadito, anzitutto, con riferimento ai motivi con i quali si contestava la conformità del centro di cottura (sotto i diversi profili urbanistico-edilizi, ambientali, sanitari), quanto già rilevato, ossia che le questioni sollevate riguardano profili dell'esecuzione del servizio e quindi fuoriescono dalla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di affidamento di contratti pubblici ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a. (invero, potrebbero viceversa rientrare nella lett. f) sulle "controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa"). La natura di condizione necessaria per l'avvio e l'esecuzione del servizio, che occorre riconoscere al requisito della disponibilità del centro di cottura, comporta – inoltre – che i diversi profili di illegittimità degli atti autorizzativi richiesti per l'apertura del centro di cottura e per l'esercizio dell'attività, dedotti col ricorso introduttivo del raggruppamento Alfa, ritenuti fondati dal primo giudice (in quanto risulterebbe evidente "che il procedimento autorizzativo relativo al centro cottura della Beta s.p.a. era ancora in corso al febbraio del 2019. Il centro cottura non era agibile sino a tale data") e contrastati da Beta dapprima con il ricorso incidentale e con il terzo motivo d'appello, non possono costituire oggetto del giudizio giacché finiscono con l'investire tematiche esulanti dall'ambito proprio della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" (ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e), n. 1, del codice del processo amministrativo, e secondo i noti principi affermati dal giudice del riparto, che assegna alla giurisdizione ordinaria la cognizione sulle controversie relative alla fase esecutiva dei contratti pubblici: per tutte, Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanza 10 gennaio 2019, n. 489). Anche in questo caso, richiamando la Cassazione, la decisione si limita ad un esame superficiale ed omette di vagliare se la fattispecie rientrasse effettivamente nella giurisdizione amministrativa, come sembra peraltro all'apparenza. Vero è che ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter, legge n. 241/1990 "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili", ma è altresì previsto che "Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104" (art. 133, comma 1 lett. a) n. 3, c.p.a.). Allo stesso modo, l'art. 20 dispone al comma 1 che "Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato" e al comma 5-bis che "Ogni controversia relativa all'applicazione del presente articolo è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Parimenti, l'art. 133, comma 1 lett. a-bis), c.p.a. sancisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁸² Va aggiunto infine che esula dall'accertamento spettante al giudice amministrativo valutare se delle modifiche del rapporto lavorativo (ovvero anche la sua cessazione) siano consentite dalla normativa lavoristica o comportino invece una responsabilità a carico del datore di lavoro; si è infatti affermato che in relazione al vincolo per l'impresa subentrante nella gestione dell'appalto di garantire il medesimo trattamento economico e contrattuale già praticato ai lavoratori impiegati "la cognizione del giudice amministrativo, avendo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, si arresta necessariamente all'accertamento sulla legittimità della clausola sociale inserita nel bando di gara; in che modo l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (*id est* come abbia rispettato la clausola sociale) attiene, infatti, alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 15 dicembre 2016, n. 5311)" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615).

Secondo il Consiglio di Stato (Sez. V, 1° aprile 2019, n. 2128)²⁸³, l'annullamento del provvedimento comunale di risoluzione del contratto di appalto per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati (nel caso di specie, nell'esercizio di apposita clausola risolutiva espressa prevista dal capitolato speciale), rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, afferendo alla fase di esecuzione del contratto.²⁸⁴

Nell'occasione, il giudice d'appello, confermando la decisione del giudice di prime cure (sentenza breve del TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 1542/2018, con cui è stato dichiarato il difetto del giudice amministrativo sul ricorso di una società per l'annullamento dell'atto con cui un Comune ha dichiarato la risoluzione del contratto di appalto per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati e per gli altri servizi di igiene urbana nel territorio comunale), ha respinto la tesi secondo cui la questione rientrerebbe tra le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo previste dalle lett. c) e p), dell'art. 133 del codice del processo amministrativo, relative, rispettivamente, alle "concessioni di pubblici servizi", con esclusione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, e "alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere". Il servizio in discussione, infatti, era stato affidato dal Comune nelle forme dell'appalto, anziché mediante concessione, e l'atto comunale impugnato

²⁸³ Con nota di E. De Carlo, *Spetta al tribunale annullare la risoluzione dell'appalto*, in *Italiaoggi*, n. 87 del 12 aprile 2019, pag. 42.

²⁸⁴ L'atto con cui la stazione appaltante, a fronte della sopravvenuta interdittiva antimafia, risolve il contratto in forza di una clausola negoziale all'uopo predisposta non costituisce in alcun modo esercizio di poteri pubblicistici di autotutela, trattandosi ben diversamente dell'esercizio di poteri negoziali, con derivata competenza a conoscere della questione del giudice ordinario, quale giudice delle vicende negoziali successive alla stipula del contratto (TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 12 gennaio 2021, n. 20): cfr. M. Velliscig, *Spetta alla giurisdizione ordinaria conoscere della risoluzione per sopravvenuta interdittiva in applicazione di una clausola contrattuale*, in *lamministrativista.it*, 1° febbraio 2021. Da ultimo, vedasi TAR Lazio, Roma, Sez. Prima Quater, 24 febbraio 2021, n. 2257. La pubblica amministrazione che, sulla base di una clausola risolutiva espressa, comunica la sua volontà di risolvere unilateralmente una commessa pubblica, non agisce nell'esercizio di poteri pubblicistici, bensì privatistici, idonei, pertanto, a radicare la giurisdizione del giudice ordinario: cfr. S. Francario, *L'attivazione da parte della PA della clausola risolutiva espressa nei contratti pubblici: profili di giurisdizione*, *ibidem*, 26 febbraio 2021. Va premesso che il contenzioso verteva sull'illegittimità del contegno del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito di un acquisto di ingente quantitativo di gel igienizzante per le scuole della Regione Siciliana, culminato, da ultimo, nella comunicazione di risoluzione; con tale comunicazione, l'Amministrazione ha proceduto unilateralmente a risolvere la lettera di commessa sulla scorta dell'asserita inefficacia del prodotto igienizzante fornito per la prevenzione e il contenimento del contagio. Nella lettera di commessa, sottoscritta per accettazione dalla ricorrente, si pattuiva la facoltà, per l'Amministrazione, di risolvere il rapporto contrattuale con semplice comunicazione scritta e con effetto immediato, nell'ipotesi di violazione, da parte della società affidataria, delle condizioni pattuite, fatto salvo il pagamento delle prestazioni già eseguite. Per costante e condivisibile giurisprudenza (Cass. civ., Sez. Unite, 10 gennaio 2019, n. 489) qualora la pubblica amministrazione disponga la risoluzione di un contratto invocando la clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 cod. civ., la controversia tra le parti contraenti è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario e non a quella del giudice amministrativo, atteso che l'atto risolutivo è esercizio di un diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'Amministrazione nei confronti del privato. Il TAR ha ritenuto infondate, al riguardo, le deduzioni della ricorrente secondo cui la giurisdizione amministrativa sussisterebbe in ragione dei poteri autoritativi attribuiti al Commissario straordinario per il contrasto e il contenimento della crisi epidemiologica da COVID-19 che escluderebbero qualsiasi tipo di rapporto di parità civilistica con il privato fornitore; infatti, tali poteri non sono stati esercitati nella impugnata risoluzione del contratto di fornitura, disposta in applicazione di una clausola risolutiva espressa, convenuta dalle parti, in quanto contenuta nella lettera di commessa, per cui la dichiarazione unilaterale di voler risolvere il contratto risulta espressione di un diritto potestativo di natura civilistica, senza l'esercizio di alcun potere di diritto pubblico (in questo senso si è già pronunciata la stessa Sezione, in precedente analogo, con sentenza n. 9012 del 6 agosto 2020). In conclusione, è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito, trattandosi di controversia avente ad oggetto un atto di natura negoziale, la cui cognizione è devoluta al giudice ordinario civile.

costituiva esercizio del potere di scioglimento dal rapporto contrattuale stabilito con la stipulazione del contratto, quindi, indiscutibilmente riconducibile alla fase esecutiva del contratto stesso ossia ad una fase in cui, per costante giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, le posizioni delle parti hanno consistenza di diritto soggettivo e sono conseguentemente conoscibili dal giudice ordinario (Cass., SS.UU., ord., 10 gennaio 2019, n. 489). Perciò, seppur a malincuore, il Consiglio di Stato ha negato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.²⁸⁵

Infine, occorre tenere a mente che la *vis expansiva* della giurisdizione civile a scapito di quella amministrativa²⁸⁶ – unitamente ad alcune discutibili interpretazioni fornite dal giudice nomofilattico

²⁸⁵ La Cassazione afferma infatti che non sono riconducibili all'esercizio di un potere autoritativo in materia gli atti compiuti nell'ambito di un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale, intesa a regolare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione dei rifiuti (tra le altre: Cass., SS.UU., 11 giugno 2010, n. 14126; a cui aderisce anche il Cons. Stato: cfr. le sentenze della Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3399, e 9 aprile 2015, n. 1819). Per il Cons. Stato, "si tratta di un orientamento forse opinabile e da rimeditare, nella misura in cui trascura che: a) innanzitutto, l'affidamento di un contratto d'appalto per la raccolta dei rifiuti e lo svolgimento degli altri servizi di igiene urbana si pone a valle ed è attuativo di una scelta di carattere autoritativo concernente le modalità di gestione di un servizio pubblico; b) inoltre, la natura di diritto soggettivo delle posizioni giuridiche controverse non è decisiva, poiché è proprio nella logica di concentrazione delle tutele in situazioni di intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi che si giustifica l'istituto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dal legislatore. Nondimeno l'indirizzo in questione non può non essere seguito, dal momento che esso è stato espresso dal giudice regolatore della giurisdizione".

²⁸⁶ Ad esempio, per Cass. civ., Sez. Unite, sentenza n. 12110 del 17 maggio 2013, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la legittimità di deliberazioni comunali recanti la dichiarazione di nullità, resa in sede di autotutela, della precedente deliberazione di giunta e delle determinazioni dirigenziali poste a base di contratti per operazioni su strumenti finanziari stipulati in base a trattativa privata da un Comune con una banca, in quanto tale declaratoria di nullità, con cui l'Amministrazione unilateralmente afferma la radicale inidoneità dei medesimi atti a produrre effetti vincolanti, al contrario di quanto accade per l'annullamento in autotutela, non costituisce esercizio di poteri autoritativi, né di poteri discrezionali di apprezzamento del pubblico interesse, e deve perciò misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver al riguardo acquisito, trattandosi, nella specie, di accertare se sia o meno intrinsecamente nulla una manifestazione di volontà negoziale, ovvero se da essa sia o meno scaturito un rapporto contrattuale impegnativo per le parti. Dunque, si ha giurisdizione civile anche sull'autotutela della p.a. La declaratoria con cui l'Amministrazione – al di fuori della ricorrenza obiettiva dei presupposti per l'esercizio discrezionale del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 – affermi la radicale nullità di un proprio precedente atto e l'inidoneità di questo a produrre effetti vincolanti per l'Amministrazione medesima non configura un atto autoritativo secondo la Cassazione. Laddove dall'atto dichiarato nullo fosse scaturita la stipulazione di un contratto, la controversia sull'efficacia dell'atto e, conseguentemente, sulla validità del contratto e sulla posizione di diritto soggettivo acquisita dal contraente privato spetta alla giurisdizione del giudice ordinario. Nel caso di specie le SS.UU. della Corte di cassazione sono giunte all'affermazione di questi principi constatando che i vincoli negoziali dichiarati nulli da parte di un Comune, e da questo precedentemente contratti con un istituto di credito, erano stati originariamente oggetto di una trattativa privata e le ragioni della nullità non erano state ricondotte a quelle di cui all'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990. Premesso, in fatto, che: il Comune aveva promosso dinanzi al Tribunale di Bologna una causa volta a far dichiarare nulli, o altrimenti a far annullare, alcuni contratti per operazioni su strumenti finanziari stipulati negli anni 2003 e 2004 ed ha quindi impugnato dinanzi alla Corte d'appello di Bologna la sentenza di primo grado ad esso sfavorevole; nella pendenza del conseguente giudizio d'appello, il medesimo Comune, nel dicembre del 2010, ha proceduto in autotutela a dichiarare nulle la deliberazione di giunta e le determinazioni dirigenziali in forza delle quali i contratti di cui si è detto erano stati stipulati; la banca ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna contestando la legittimità delle deliberazioni comunali da ultimo menzionate e, con motivi aggiunti, ha contestato altresì la legittimità di una successiva nota con la quale il Comune, richiamata la precedente declaratoria di nullità dei provvedimenti sopra indicati, aveva ulteriormente sottolineato le conseguenze di tale nullità sull'efficacia dei contratti per operazioni su strumenti finanziari a suo tempo stipulati con la banca; la medesima banca ha quindi proposto istanza per regolamento di giurisdizione, assumendo che la cognizione della controversia in corso dinanzi al tribunale amministrativo, avente sostanzialmente il medesimo oggetto di quella già pendente davanti alla Corte d'appello di Bologna, rientrerebbe nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario; il Procuratore generale ha concluso per la declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario. Le contrapposte difese delle parti, ritenendo che ciò abbia influenza sulla questione di giurisdizione, dibattevano anzitutto il tema della possibilità stessa dell'Amministrazione di accertare e dichiarare in via di autotutela la nullità di atti

amministrativi da essa in precedenza posti in essere: possibilità che la banca ricorrente era propensa ad escludere, sul rilievo che un siffatto potere è contemplato dalla legge solo in vista dell'annullamento di atti illegittimi e non sarebbe, perciò, estensibile all'ipotesi della nullità, che ha presupposti e conseguenze diverse, laddove al contrario il Comune resistente reputava che la maggior gravità di quest'ultima forma di patologia richiede, a maggior ragione, che l'Amministrazione sia legittimata, se non addirittura obbligata, a rilevarla in via di autotutela; il Collegio è dell'avviso che la decisione sul riparto di giurisdizione non imponesse di prendere posizione, in termini generali, sul tema dinanzi indicato, sembrando sufficiente osservare che, quand'anche non si volesse dare rilievo decisivo alla circostanza che la l. n. 241 del 1990, art. 21-*nonies*, contempla solo il potere della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri atti illegittimi, e non pure quello di dichiararli nulli, e si volesse viceversa sostenere che i principi di legalità e correttezza dell'agire amministrativo impongono comunque alla medesima Amministrazione di vagliare anche d'ufficio l'eventuale nullità dei propri atti, al fine di non dare corso ai relativi effetti, un tale potere avrebbe tuttavia un fondamento ed una portata, almeno per certi aspetti, diversi da quelli che caratterizzano l'annullamento in via di autotutela di cui al citato art. 21-*nonies*; infatti, la declaratoria in via di autotutela della nullità di un atto amministrativo, ove la si ammettesse, in null'altro consisterebbe se non in un'operazione di accertamento della radicale patologia di quell'atto, e pertanto dell'impossibilità che esso produca validamente effetti, con la conseguente affermazione della medesima Amministrazione di non essere vincolata da tali effetti; ben diverso è il fenomeno dell'annullamento dell'atto in autotutela, in cui si esplica una potestà discrezionale, rimessa ad un'ampia valutazione di merito dell'Amministrazione circa la sussistenza di ragioni d'interesse pubblico – concreto ed attuale – che eventualmente giustificano la scelta di sopprimere un atto altrimenti destinato a rimanere pienamente efficace nonostante risulti affetto da vizi di legittimità indicati dal precedente art. 21-*octies* (sostanzialmente corrispondenti a quelli tradizionali dell'atto amministrativo di cui alla l. n. 1034 del 1971, art. 3); a differenza dell'accertamento della nullità, l'annullamento in via di autotutela si realizza quindi tramite una pronuncia avente efficacia necessariamente costitutiva, che modifica la realtà preesistente sotto il duplice aspetto di porre fine alla produzione degli effetti del provvedimento, fino a quel momento efficace ed esecutivo, e di eliminare quelli che l'atto abbia prodotto *medio tempore* dalla sua emanazione, da considerarsi come mai avvenuta; da siffatta premessa discende, come conseguenza naturale, che la declaratoria con cui l'Amministrazione affermi la radicale nullità di un proprio precedente atto amministrativo e l'inidoneità di questo a produrre effetti vincolanti per l'Amministrazione medesima, pur se la si voglia considerare in via di principio ammissibile, non configura un atto autoritativo; essa si risolve nella mera ricognizione di una situazione giuridica d'inidoneità dell'atto a produrre *ex se* effetti di alcun genere, e rispetto a tale situazione l'Amministrazione, al contrario di quel che accade per l'annullamento in autotutela (in cui essa, con il solo ausilio dei propri organi, soddisfa per le vie amministrative l'interesse pubblico), non dispone di alcun potere conformativo neppure per sanare o convalidare l'atto nullo, come invece le è consentito per quello invalido (art. 21-*nonies*, comma 2), sicché deve necessariamente misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver acquisito in forza di quell'atto; se è concepibile che, a determinate condizioni, i diritti acquisiti dai terzi si pieghino all'interesse pubblico in virtù del quale l'Amministrazione esercita il proprio potere di annullamento d'ufficio di un atto amministrativo illegittimo, la situazione perciò appare diversa quando, al di fuori di ogni esplicitazione di autorità e di ogni ponderazione d'interessi, si tratti di accertare in termini oggettivi e vincolanti se un determinato atto debba o meno esser riconosciuto valido e produttivo di effetti dall'ordinamento giuridico; in particolare, ciò appare evidente nell'ipotesi in cui dall'atto amministrativo, della cui eventuale nullità si discute, sia scaturita la stipulazione di un contratto, onde lo stabilire se quell'atto sia o meno idoneo a produrre effetti si riflette in modo immediato e decisivo sulla validità dello stesso contratto e sulla posizione di diritto soggettivo consequenzialmente acquisita dall'altro contraente, innescando, se del caso, il diritto-dovere di disapplicazione dell'atto amministrativo non conforme a legge da parte del giudice chiamato a conoscere del diritto (l. n. 2248 del 1865, art. 5, all. E). In una situazione di tal fatta, che corrisponde a quella prodottasi nella presente vertenza, l'accertamento della nullità degli atti in base ai quali l'Amministrazione ha manifestato la propria volontà di stipulare il contratto, se compiuto unilateralmente dalla stessa Amministrazione, immancabilmente si traduce nell'affermazione di una delle parti del contratto di non considerare vincolanti gli atti che hanno dato vita al contratto medesimo; l'accertare se un atto di manifestazione di volontà negoziale sia o meno intrinsecamente nullo, e sia stato quindi o meno idoneo a generare un vincolo contrattuale impegnativo per le parti, rientra a pieno titolo nell'alveo della giurisdizione ordinaria, come è confermato d'altronde dalla scelta di agire dinanzi al Tribunale di Bologna a suo tempo operata dallo stesso Comune (facendo ivi valere ragioni di nullità che – a quanto è dato desumere dalla documentazione prodotta in questa sede dalle parti e dall'esposizione dei fatti contenuta nelle rispettive difese – sono almeno parzialmente coincidenti con quelle poste a base della declaratoria di nullità poi unilateralmente formulata dall'Amministrazione), e dal fatto che la sentenza di merito di primo grado, contenente l'implicita affermazione della competenza giurisdizionale del giudice che la ha pronunciata, non risulta sia stata da alcuno impugnata per motivi attinenti alla giurisdizione; non rileva, in contrario, la mera circostanza che la parte della cui manifestazione di volontà negoziale si sta discutendo sia una pubblica amministrazione poiché, come s'è

dianzi chiarito, non entra qui in gioco l'esercizio di alcun potere discrezionale e di apprezzamento del pubblico interesse, ma si tratta unicamente di vagliare la conformità alla regole oggettive dell'ordinamento giuridico di determinati atti, dai quali possono o meno essere scaturiti diritti soggettivi di terzi a seconda che quegli atti siano o meno considerati idonei a produrre effetti. Per l'affermazione della giurisdizione ordinaria in ordine alle controversie contrattuali di cui sia parte la pubblica amministrazione, in un caso non identico ma con aspetti simili a quello in esame, si veda Sez. un., 29 maggio 2012, n. 8515 (in *Urbanistica e appalti*, 2012, 11, 1148, con nota di A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, *ibidem*, 1149-1155. L'attribuzione al giudice amministrativo della competenza a dichiarare l'inefficacia del contratto sta determinando nuove incertezze sul riparto di giurisdizione. Alcune soluzioni proposte dalla Cassazione comportano una sostanziale sovrapposizione delle due giurisdizioni. L'A. sostiene che solo al giudice amministrativo spetti pronunciarsi sulla legittimità dell'affidamento e che la giurisdizione amministrativa sul contratto abbia come presupposto l'impugnazione dell'affidamento; e in *Giur. it.*, 2012, 11, 2397, con nota di S. S. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione?*, *ibidem*, 2398-2404): appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia insorta tra un Comune e una banca in relazione alla contestazione da parte dell'ente territoriale della validità di contratti di finanza derivata, stipulati senza alcuna procedura di gara, essendo il rapporto dedotto di natura prettamente privatistica. Qualora il rapporto dedotto in giudizio nella sostanza abbia ad oggetto la validità di atti negoziali, esso è di diritto privato e dunque la giurisdizione spetta al giudice ordinario. Le controversie aventi ad oggetto rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, nelle quali le parti sono in posizione del tutto paritaria, nonostante la qualità di ente pubblico di una di loro, hanno natura prettamente civilistica, facendo sorgere per entrambe tipiche posizioni di diritto soggettivo, derivando dalla conclusione di contratti. Per Cass. civ., Sez. Unite, sentenza n. 12110 del 17 maggio 2013, neppure giova obiettare che la controversia introdotta dinanzi al giudice amministrativo, a seguito dell'impugnazione del contestato atto di autotutela, avrebbe un diverso oggetto, e cioè appunto la validità di quest'ultimo atto amministrativo, del quale invece non si discute nella causa riguardante la validità del contratto; per le ragioni dianzi chiarite, discutere della validità dell'atto con cui il Comune dichiara di non riconoscere effetti giuridici ai provvedimenti in base ai quali ebbe a stipulare i contratti in questione equivale, nella sostanza, a discutere dell'eventuale sussistenza di ragioni di nullità in grado d'inficiare i vincoli derivanti dalla stipulazione di quei medesimi contratti, da questo solo dipendendo la possibilità per una delle parti di sottrarsi (lo stesso Comune controricorrente, del resto, riconosceva che, anche in seguito alla formulazione di motivi di ricorso aggiunti proposti dalla banca dinanzi al giudice amministrativo, a quest'ultimo è stato chiesto di pronunciarsi sugli effetti giuridici che la declaratoria di nullità degli atti amministrativi prodromici può produrre sui contratti per i quali le medesime parti sono in causa dinanzi al giudice ordinario). La tesi secondo la quale una tale pronuncia del giudice amministrativo sarebbe consentita, a norma dell'art. 133 c.p.a., lett. e), n. 1, e dell'art. 121 c.p.a., alla Corte "non appare condivisibile, oltre che per l'insieme dei rilievi sopra esposti, anche per la considerazione che i contratti per operazioni su strumenti finanziari di cui si discute in causa risultano esser stati stipulati tra il Comune e la banca in base a trattativa privata, di talché la loro natura di contratti di diritto privato non può essere elisa dalla mera circostanza che, in astratto, l'ordinamento abbia previsto anche alcune disposizioni speciali destinate a valere per simili contratti quando ne sia parte una pubblica amministrazione; la stipulazione dei contratti in esame non sembra, quindi, riconducibile ad una di quelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture menzionate dalla prima delle due disposizioni sopra citate, ed ancor meno pertinente appare la seconda disposizione (a prescindere da qualsiasi discussione sulla corrispondenza della tipologia degli atti amministrativi ivi previsti con quelli in discorso), la quale disciplina le conseguenze sul contratto dell'annullamento giudiziale di atti propedeutici alla stipulazione, ma non dell'accertamento della loro nullità in via di autotutela, riconducibile, come già detto, alla generale azione dichiarativa della nullità di un atto e perciò sempre ammissibile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ed espressamente sottratta, invece, al giudice amministrativo, come conferma anche la l. n. 241 del 1990, art. 21-*septies* (recepito poi dall'art. 133, comma 1, n. 5, c.p.a.) che a quel giudice devolve in via esclusiva le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi nei soli casi in cui tale nullità dipenda dalla violazione o dall'elusione del giudicato; da tutto quanto sopra consegue l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario anche in ordine alla controversia di cui qui si discute (esulando dal presente regolamento ogni ulteriore valutazione circa la contemporanea pendenza, dinanzi al medesimo giudice ordinario in grado d'appello, dell'altra controversia già a suo tempo introdotta dal Comune per far accertare la nullità dei più volte menzionati contratti)". Ora, a prescindere dall'ambigua digressione sulla azione di nullità (che per la Corte sembra quasi essere limitata all'art. 133, comma 1, n. 5, c.p.a. senza considerare l'art. 31, comma 4, c.p.a.), deve rimarcarsi che un atto di autotutela, in quanto atto di secondo grado relativo a un pregresso atto amministrativo, costituisce *ex se* esercizio di potere pubblico da cui derivano interessi legittimi e giurisdizione amministrativa sugli eventuali vizi. Tant'è che nel caso di specie la banca medesima aveva proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale contestando la legittimità delle deliberazioni comunali con le quali il Comune in autotutela aveva dichiarato nulli i provvedimenti precedenti. Ai sensi dell'art. 21-*septies* (Nullità del

(oltre a Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, deve menzionarsi la pronuncia n. 13246/2019 delle stesse Sezioni Unite: v. *supra*) che non solo estendono l'ambito della responsabilità della p.a., ma rendono ulteriormente incerto il riparto di giurisdizione²⁸⁷ – comporta una notevole serie di ripercussioni dogmatiche e pratiche di non poco momento.

Com'è noto, la disciplina sui contratti pubblici è caratterizzata da una panoplia di elementi che si pongono a cavallo fra diritto privato e diritto pubblico, sia nazionale sia sovranazionale. Il che si ripercuote di riflesso, ineluttabilmente, sulla giurisdizione.²⁸⁸

provvedimento) è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. In dette circostanze sussiste la giurisdizione amministrativa (sussistendo, in assenza di potere, la nullità degli atti che in autotutela hanno dichiarato la nullità delle delibere). Invece la Cassazione fa di tuttata l'erba un fascio e attrae la competenza in sede civile obliterando il diritto positivo: secondo la Corte si sarebbe trattato d'accertare "se un atto di manifestazione di volontà negoziale sia o meno intrinsecamente nullo, e sia stato quindi o meno idoneo a generare un vincolo contrattuale impegnativo per le parti", che rientra a pieno titolo nell'alveo della giurisdizione ordinaria, come confermato d'altronde dalla scelta di agire dinanzi ai Tribunale di Bologna a suo tempo operata dallo stesso Comune (facendo ivi valere ragioni di nullità almeno parzialmente coincidenti con quelle poste a base della declaratoria di nullità poi unilateralmente formulata dall'Amministrazione), e dal fatto che la sentenza di merito di primo grado, contenente l'implicita affermazione della competenza giurisdizionale del giudice che la ha pronunciata, non risulta sia stata da alcuno impugnata per motivi attinenti alla giurisdizione. In tal modo, anziché affermare le distinte giurisdizioni sugli atti *iure imperii* e *iure communi privatorum*, la Corte ha di fatto assorbito la giurisdizione amministrativa in quella civile a dispetto dell'ordinario criterio di riparto secondo Costituzione. Vedasi anche Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 23600 del 9 ottobre 2017: in tema di contratti della p.a., la caducazione in autotutela di atti prodromici alla conclusione del contratto postula la giurisdizione del giudice amministrativo soltanto nell'ipotesi in cui l'esercizio del potere autoritativo di annullamento abbia la funzione di sindacare la legittimità degli atti appartenenti alla sequela procedimentale di carattere discrezionale che ha preceduto la successiva contrattazione con il privato, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nella contraria ipotesi in cui la p.a. persegua l'obiettivo di sottrarsi *ex post* ad un vincolo contrattuale (fattispecie nella quale la giurisdizione del giudice ordinario è stata affermata con riguardo all'impugnativa della delibera comunale di annullamento, in sede di autotutela, di due pregresse delibere con cui era stato dato corso alla stipulazione di contratti cd. "derivati", sul rilievo che questi ultimi erano stati conclusi all'esito di una trattativa privata e che, pertanto, la delibera di annullamento non appariva diretta a sindacare la legittimità di atti del procedimento amministrativo prodromico alla conclusione dei contratti ma piuttosto a realizzare una sorta di recesso unilaterale dagli stessi). In quest'ultimo caso non si pone nemmeno la questione della possibilità per la p.a. di dichiarare nulli in autotutela propri atti, essendo questi stati annullati d'ufficio, ma la Cassazione ha comunque statuito la giurisdizione del giudice ordinario sull'esercizio del potere di autotutela che, a prescindere dall'uso strumentale (sviamento di potere), rimane assoggettato alla giurisdizione amministrativa e non può esserne escluso *manu militari*, anche quando abbia ricadute su rapporti negoziali devoluti alla giurisdizione ordinaria. Semmai, come dimostrano gli artt. 121-122 c.p.a., può avvenire il contrario ed è il giudice amministrativo ad attrarre la cognizione su questioni che spetterebbero alla giurisdizione civile.

²⁸⁷ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La giurisdizione sui contratti pubblici secondo la Cassazione: così è (se vi pare) o as you like it* - nota a Cassazione Sez. Unite, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, in *Riv. Trim. Appalti*, 2, 665-709. Sulla decisione si tornerà più avanti nel testo.

²⁸⁸ Da ultimo, vedasi Cass. civ., Sez. Unite, sentenza n. 9005 del 31 marzo 2021: la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto a seguito dell'esclusione di un concorrente dalla gara – per non avere quegli fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, mediante presentazione della documentazione ivi indicata o richiamata nella lettera di invito – è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza (con riguardo, ad es., all'ammontare delle somme dovute, ai tempi e alle modalità del relativo pagamento e all'individuazione dei soggetti obbligati), mentre è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara: cfr. *Appalti pubblici: al G.O. la controversia circa l'escussione di una polizza fideiussoria*, in *ILcaso.it*, 24 aprile 2021. In conclusione, dando seguito a Cass. SSUU n. 540 del 2019, la Corte ha precisato nei ridetti termini il principio di diritto enunciato nella sentenza delle stesse Sezioni Unite n. 17441/2015. Tale conclusione, per la Corte, non contrasta con i precedenti delle stesse Sezioni Unite (pronunce nn. 4319/2010, 9592/2012, 12866/2020) che hanno affermato che la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del Comune, di una polizza fideiussoria concessa a garanzia di somme dovute per oneri

Se a quanto appena enunciato si aggiunge che la normativa risulta assai equivoca e per certi versi anacronistica, non è difficile pervenire alla conclusione che l'ordinamento non garantisce la certezza del diritto. Come detto, si assiste ad una tutela giurisdizionale incerta e ripartita fra varie giurisdizioni.

di urbanizzazione e a titolo di penali, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia, attesa l'autonomia tra i rapporti in questione. Nelle fattispecie oggetto di tali pronunce, infatti, difettava proprio il tratto che caratterizza la fattispecie dell'incameramento della cauzione provvisoria del concorrente escluso ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006, ossia il nesso di automaticità tra l'escussione della fideiussione ed un provvedimento amministrativo. Secondo la Corte la conclusione enunciata non risulta distonica nemmeno con i precedenti delle stesse Sezioni Unite n. 12901 del 2013 e n. 2507 del 2015, richiamati nella suddetta sentenza n. 17441/15. Detti precedenti, infatti, sono entrambi relativi a vicende nelle quali una pubblica amministrazione ha escusso una polizza fideiussoria in danno di un contraente privato in ragione dei pretesi inadempimenti di quest'ultimo alle obbligazioni sul medesimo contrattualmente gravanti (si veda l'ordinanza n. 12901 del 2013 a pagina 12, § 6, e l'ordinanza n. 2507 del 2015 a pagina 27, §7.3); vicende che quindi, a differenza dal caso qui in esame, si collocavano a valle della stipula del contratto tra il privato e la pubblica amministrazione. V. anche R. Fusco, *Quale giurisdizione per l'azione ex 2033 c.c. esercitata dalla pubblica amministrazione?*, in *lamministrativista.it*, 29 aprile 2021: appartiene alla cognizione del giudice ordinario l'azione che un'amministrazione eserciti per ottenere la ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. in ordine a pagamenti effettuati ad un proprio appaltatore in forza di un contratto *medio tempore* annullato in via di autotutela con provvedimenti consolidatisi. E S. Pignotti, *Quando è competente il giudice ordinario sulle controversie in materia di denegata autorizzazione al subappalto?*, *ibidem*, 23 novembre 2021 (nota a TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 19 novembre 2021, n. 975): rientra nella giurisdizione del giudice ordinario una controversia avente ad oggetto l'impugnazione del diniego di autorizzazione al subappalto opposto dalla P.A. appaltante alla ditta appaltatrice, qualora la specifica motivazione dell'avversato diniego sia attinente alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, e non ad aspetti connessi alla individuazione del subappaltatore in termini di verifica dei necessari requisiti; con conseguente esclusione sia di ogni esercizio di potere pubblico, sia della giurisdizione del giudice amministrativo. La sentenza n. 975/2021 (con commento di M.T. Della Vittoria Scarpati, *Autorizzazione o diniego al subappalto: quale giurisdizione?*, in *www.appaltiecontratti.it*, 7 dicembre 2021), come già anticipato, declinava la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171, ribalta gli esiti del predetto giudizio. (con commento di M.T. Della Vittoria Scarpati, *Il Consiglio di Stato risolve il dubbio sulla giurisdizione in materia di autorizzazione o diniego al subappalto*, in *www.appaltiecontratti.it*, 7 febbraio 2022). Il Consiglio di Stato ha ritenuto, infatti, di dover andare oltre la pariteticità del rapporto che si innesta all'esito della stipula del contratto e ha incardinato, invece, la valutazione che la Stazione Appaltante effettua sulle istanze di autorizzazione al subappalto ancorandola alla antecedente fase della gara. In buona sostanza, ogni volta che la Stazione Appaltante compie un atto che attiene a un segmento del procedimento pubblicistico, anche se vi è alla base l'esistenza del vincolo contrattuale, l'esercizio di un potere operato nell'interesse pubblico contrapposto a un interesse legittimo del privato, determina una posizione di supremazia dell'Amministrazione rispetto alla quale, quindi, il privato stesso può far valere i propri diritti e interessi legittimi soltanto procedendo con l'impugnazione dell'atto ritenuto lesivo dinanzi al competente Giudice Amministrativo. A tal proposito infatti il Consiglio di Stato ha sostenuto che “*deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara*”. Cionondimeno, lo stesso Collegio ha affermato che “*la non riconducibilità dei prescritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela della società appaltata, essendovi, al contrario, un rafforzamento della sua posizione secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, in primis per la necessità che l'attività autorizzativa al subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto*”.

6. Riparto della giurisdizione e problematiche interpretative

A pochi anni dall'introduzione del codice del processo amministrativo, il problema del riparto della giurisdizione rimane sempre vivido in sede interpretativa: la qualificazione dell'Autorità pubblica ed il riconoscimento del potere pubblico da questa esercitato costituiscono invero problematiche che ancora oggi alimentano molteplici dubbi degli interpreti. D'altro canto, il rappresentato problema non poteva certamente trovare soluzione nell'emanazione del codice del processo amministrativo, essendo questo deputato solo a trasporre sul piano positivo gli approdi raggiunti dalla precedente giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori *in subiecta materia*.

Il problema del riparto della giurisdizione qui in esame resta assai complicato, e comunque si pone come una *quaestio iuris* su un aspetto che è stato specificamente oggetto di analisi da parte della giurisprudenza, come puntualizzato. Nondimeno, si è visto come la Suprema Corte, per errore di percezione, abbia erroneamente affermato, da un lato, che la responsabilità della p.a. da contatto sociale spetti alla giurisdizione ordinaria, e, d'altro lato, che esulino dalla giurisdizione amministrativa i comportamenti che presentino un collegamento solo "mediato" col potere pubblico, travisando il dettato normativo. Se il predetto legame non è irrilevante ai fini dell'accertamento della giurisdizione, è giocoforza inferire che lo stesso non può reputarsi irrilevante neppure per la determinazione della competenza. Lo stesso errore di prospettiva è stato commesso dalla Cassazione con riferimento ai contratti cd. "estranei" nei settori speciali (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 1° marzo 2018, n. 4899: v. *infra*). Tant'è vero che la Corte di giustizia UE è di diverso avviso.

Non è condivisibile la tesi secondo la quale la responsabilità amministrativa da contatto sociale sia devoluta alla cognizione del giudice ordinario perché fondata sulla lesione dell'affidamento. Inoltre, l'impostazione che non si condivide avrebbe l'effetto di consentire l'estensione dei principi civilistici ben al di là della misura che sembra doversi ricavare dal diritto positivo. Questo difatti presuppone che la normativa in materia assuma – essa stessa – la veste di criterio del riparto della giurisdizione. In altre parole, non pare corretto che un giudice diverso da quello deputato a sindacare su una determinata attività possa poi intingere nella stessa per vagliare un'eventuale responsabilità. E ciò è stato correttamente rilevato da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21.

È difficile identificare con esattezza e precisione i criteri di riparto della giurisdizione utilizzati dalla giurisprudenza (soprattutto dalla Cassazione), essendo questi i più disparati (dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività della p.a. ai diritti inaffievolibili, passando per la correttezza e buona fede). Nel corso del presente approfondimento, dopo aver già dato atto delle principali questioni affrontate dalla giurisprudenza in materia di riparto della giurisdizione (in particolare, le concessioni "amministrative" ed i contratti pubblici, nonché i comportamenti), occorre affrontare la problematica in rassegna con riferimento ai seguenti profili e settori:

1. Superiorità pubblica sul privato: l'interesse legittimo (cfr. CGARS, sentenza non def. 15 dicembre 2020, n. 1136, e Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7)
2. All'attività autoritativa proceduralizzata *ex lege* si applica il buon andamento *ex art. 97 Cost.*, non il codice civile: i.e. buon andamento e legittimità amministrativa, non buona fede e correttezza e in ogni caso la giurisdizione spetta al giudice amministrativo
3. Atti vincolati o discrezionali: l'attività amministrativa vincolata comporta un diritto soggettivo anziché un interesse legittimo?
4. Amministrazione *iure imperii* e *iure communi privatorum*: amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni)
5. Responsabilità da cose in custodia (es. strade) e da fauna selvatica
6. Quale giurisdizione sui diritti "inaffievolibili"? Sovrapposizione di giurisdizioni e incertezza del diritto.

A grandi linee, questi sono gli aspetti principali degni di essere analizzati.

6.1 - Superiorità pubblica sul privato: l'interesse legittimo

Innanzitutto, occorre puntualizzare che interesse legittimo e interesse pubblico non sono sinonimi, essendo il primo una posizione giuridica soggettiva dai connotati peculiari (sebbene sfuggenti), mentre il secondo caratterizza ogni attività della p.a. in quanto utilizzo di risorse pubbliche che deve perseguire l'interesse collettivo generale per il solo fatto della presenza di un ente pubblico.

Come ricordato, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rientrano "*le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*", secondo l'insegnamento della Corte costituzionale recepito nel d.lgs. n. 104/2010.

In tutti questi ambiti, sul presupposto della superiorità della p.a. sul privato (cd. interesse legittimo)²⁸⁹, non è concepibile una giurisdizione ordinaria.

Si riassumono qui di seguito le caratteristiche del rapporto di diritto pubblico (cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza non def. 15 dicembre 2020, n. 1136, cit., che si concentra per lo più sugli interessi pretensivi). Nel rapporto di diritto pubblico:

a) l'interesse legittimo attribuisce veste giuridica alla pretesa del privato a che l'Amministrazione faccia quanto l'ordinamento giuridico le consente per soddisfare le esigenze sostanziali, meritevoli di tutela, di cui è portatore (il bene della vita); all'interesse legittimo sottostà quindi una situazione di base (diritto costituzionalmente protetto, diritto soggettivo, diritto potestativo, aspettativa, situazione di fatto meritevole di tutela), che trova, spesso, fonte, almeno indiretta, nella Costituzione, assurgendo, non di rado, a diritto fondamentale della persona;

b) non vi è interesse legittimo se non in quanto collegato a una situazione di base e, più precisamente, non vi è riconoscimento di interesse legittimo se non in quanto il titolare abbia, in base all'ordinamento giuridico, la *chance* di ottenere la soddisfazione della pretesa sostanziale;

c) il potere pubblico che si interfaccia con l'interesse legittimo è funzionale al raggiungimento o alla conservazione del bene della vita sotteso all'intervento pubblico; nondimeno, il potere pubblico si relaziona con l'interesse legittimo, non potendosi pretendere che l'Amministrazione soppesi, in ogni decisione, la connessa situazione di base: è a dire che l'Amministrazione considera la situazione del privato nei limiti di quanto alla stessa demandato, in conformità al principio di legalità, ai diritti costituzionali di libertà e alle garanzie dello Stato di diritto;

d) l'imposizione di limiti all'intervento pubblico è funzionale alla tutela del privato (storicamente le libertà costituzionali costituiscono un argine all'esercizio dell'autorità) e, specie in una fase fortemente caratterizzata dalla scarsità delle risorse, anche a presidio dell'Amministrazione; il principio di legalità non solo non impone, ma impedisce all'Ente pubblico di spingersi a intervenire in ambiti al medesimo non attribuiti;

e) l'interesse legittimo si è storicamente affermato nell'epoca in cui il riconoscimento delle libertà, da un lato, e l'avvento del principio di legalità, dall'altro lato, hanno impresso alla posizione del privato connotazioni di garanzia a presidio dei diritti costituzionali, derivando dalla trasformazione e dall'emancipazione della mera soggezione attraverso l'imposizione di limiti agli ambiti di intervento pubblico e di regole finalizzate a considerare la posizione e l'esigenza dei destinatari dell'azione pubblica;

²⁸⁹ Si rinvia a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017. Cfr. M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1881, e F.G. Scoca, *Interessi protetti* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1 ss., il quale rileva che mentre alla situazione soggettiva di diritto di credito si contrappone quella dell'obbligo, alla situazione di interesse legittimo si contrappone la posizione di potere (o potestà), nonché F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, *passim*.

- f) l'interesse legittimo si misura con il potere pubblico: il rapporto fra i due termini, potere e interesse, si connota per essere di collegamento funzionale e necessario dal momento che l'interesse legittimo ha bisogno del potere pubblico che costituisce il contenuto (quel fascio di diritti e facoltà di cui alla più autorevole dottrina civilistica) della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo in quanto il potere pubblico costituisce l'unica risorsa a disposizione del privato per ottenere soddisfazione piena e in forma specifica ovvero la antagonista da cui difendersi;
- g) non può ritenersi che la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo abbia quale unico contenuto le prerogative procedurali di partecipazione al procedimento amministrativo in quanto esse, neppure "in potenza", sono idonee a offrire soddisfazione all'esigenza del privato, che può, invece, trovare (non sempre ma potenzialmente) soddisfazione (almeno in potenza) nell'agire pubblico;
- h) a differenza del diritto soggettivo, connotato da una corrispondenza fra soggetto portatore dell'interesse e soggetto titolare dei poteri per soddisfarlo, nel rapporto di diritto pubblico gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione trovano solo in quest'ultima la possibilità di venire appagati, con la conseguenza che, a fronte di un interesse incardinato in una determinata soggettività giuridica, vi è un altro attore, quello pubblico, avente il potere (eventualmente) di soddisfare quell'interesse;
- i) la relazione fra interesse legittimo e potere pubblico non è esclusiva in quanto l'interesse di cui è portatore il privato non esaurisce il novero degli interessi che l'Amministrazione deve considerare nel decidere: l'interesse sostanziale al bene della vita del privato è tutelato compatibilmente con gli altri interessi, pubblici e privati, che l'Amministrazione è tenuta a considerare;
- l) la persona giuridica pubblica è connotata proprio dal fatto che il suo statuto soggettivo è fisiologicamente permeato dalla pluralità di interessi da perseguire e bilanciare e financo, in caso di interesse pubblico, da individuare nella loro compiuta conformazione; mentre in ambito privatistico è la relazione il motore della soddisfazione dei vari operatori del sistema (portatori degli interessi che si confrontano), in ambito pubblicistico è lo statuto soggettivo e comportamentale dell'Amministrazione ad assicurare l'appagamento dei consociati;
- m) l'Amministrazione è tenuta a considerare tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione nell'ambito del procedimento amministrativo, considerata anche l'attitudine di quest'ultimo a coinvolgere tutti gli interessi possibili, non conoscendo, a differenza di quanto avviene nei rapporti di diritto privato, la nozione di terzo; ciò emerge in modo evidente nel caso in cui l'istanza del privato sia volta alla soddisfazione di un interesse pretensivo, con la conseguenza che l'aspetto autoritativo del provvedimento finale si apprezza in particolar modo nei confronti dei non destinatari;
- n) l'Amministrazione, allorché agisce utilizzando la posizione di autorità, ha i poteri per decidere unilateralmente la regolamentazione dei vari interessi coinvolti, nel rispetto del principio di legalità e sulla base delle prerogative di partecipazione al procedimento, pur potendo all'occorrenza utilizzare moduli consensuali che si inseriscono comunque nell'esercizio delle proprie potestà pubbliche;
- o) nell'ambito del rapporto di diritto pubblico sono stati nel corso del tempo, prima solo dalla giurisprudenza e poi successivamente anche dal legislatore, definiti numerosi e incisivi obblighi comportamentali dell'Amministrazione, che tengono conto del ruolo centrale rivestito da tale ultimo soggetto nell'interazione fra i vari interessi meritevoli di tutela che si confrontano nell'ambito del diritto amministrativo: la legge generale sul procedimento amministrativo, la n. 241 del 1990, è espressione di tale consapevolezza;
- p) mentre nell'ambito della relazione tipica del diritto le parti si trovano in una situazione ben definita, che consente di individuare l'esatto comportamento richiesto a ognuna, con la conseguenza che l'inadempimento di una delle parti diviene automaticamente, e senza bisogno di prova, ferimento dell'interesse a quella sotteso, quando viene coinvolta una situazione di interesse legittimo il mancato rispetto dei doveri di comportamento da parte del soggetto pubblico non è condizione necessaria e sufficiente della frustrazione della situazione sostanziale di base, posto che la soddisfazione della pretesa del privato potrebbe legittimamente essere negata anche rispettando le prerogative proprie del potere pubblico;

q) colui che vanta un interesse legittimo non necessariamente viene tutelato se non viene soddisfatta la sua pretesa: se infatti la possibilità di ottenere un provvedimento favorevole costituisce un requisito fondante della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, non è vero il contrario, nel senso che la titolarità della posizione di interesse legittimo non assicura il raggiungimento del bene della vita preteso, che è tutelato nei limiti delle regole di condotta dell'agire pubblico.

Ne deriva una ulteriore e fondamentale dicotomia fra attività *iure imperii* e *iure communi privatorum*. A seconda che l'attività rientri nella prima o nella seconda tipologia cambia radicalmente lo statuto di regole applicabili: solo nel secondo caso può essere sostenuta la applicazione dei principi civilistici e quindi la responsabilità da contatto sociale. Il problema è che, dalla materia dei contratti pubblici, dove effettivamente può aversi questa ipotesi, il ragionamento è stato esteso non solo alla previa fase evidenziale, ma a tutti i procedimenti amministrativi, con snaturamento della funzione pubblica. La privatizzazione dell'attività della p.a. e la connessa proliferazione della giurisdizione ordinaria hanno pertanto stravolto il consueto paradigma dell'esercizio del potere amministrativo.

Nell'attività autoritativa procedimentalizzata *ex lege* si applica il buon andamento *ex art. 97 Cost.*, e non il codice civile: i canoni da seguire nella valutazione dell'esercizio del potere pubblico sono buon andamento e legittimità amministrativa, non buona fede e correttezza ed in ogni caso la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Se viene meno detta premessa, allora crolla tutta l'impalcatura.

6.2 - All'attività autoritativa procedimentalizzata *ex lege* si applica il buon andamento *ex art. 97 Cost.* e non il codice civile

La responsabilità che grava sull'Amministrazione sorge all'interno di un rapporto di diritto pubblico, nel quale, come sopra illustrato, sono indicate le regole di condotta che l'Ente deve osservare.

Dall'inizio del procedimento l'interessato diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 identifica nelle "*regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi*".

Dunque, la p.a. deve *ex lege* agire conformemente ai principi di parità di trattamento, ragionevolezza, buon andamento e imparzialità.²⁹⁰

²⁹⁰ Sull'utilizzo dei parametri di buon andamento dell'azione amministrativa, di economicità, efficacia ed efficienza della stessa per l'accertamento della condotta antiggiuridica v. A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 88 ss.; P. Santoro, *Discrezionalità e buona fede: un connubio anomalo* (nota a Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467), in *Foro amm. Cds*, 2005, 6, 1940; A. Ciaramella, *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, 2005, 2, 290; G. Colombini, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in Atti del seminario di studi "Le nuove prospettive della responsabilità amministrativo contabile" (Venezia, 2 ottobre 2001), in *Il diritto della Regione*, Padova, 2002, 1; A. Attanasio, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa. Brevi note sui profili di rilevanza nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *www.amcorteconti.it*; A. Sandulli, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 585; S. Cogliani, *Il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa*, *ibidem*, 607. Interessante è anche il richiamo al principio del giusto procedimento per l'intelligenza artificiale a cui fa riferimento V. Tenore, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, cit.: la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, insegna che il procedimento amministrativo può essere gestito anche da un sistema informatico per mezzo di un algoritmo, purché non eluda i principi del giusto procedimento (pubblicità, trasparenza, ragionevolezza proporzionalità): in questo caso, dove la p.a. è spersonalizzata, sarebbe ammissibile una responsabilità da contatto sociale per violazione di buona fede e correttezza? A rigor di logica no, dato che dalla macchina non si può pretendere obblighi di protezione solidale (verrebbe quasi da dire empatia), ma solo efficienza ed efficacia. Cfr. A. Pavan, *Pubblica Amministrazione e Intelligenza artificiale: a che punto siamo?* - Breve ricostruzione dei recenti orientamenti giurisprudenziali, pubblicato in *Altalex* il 23/03/2021, e S. De Felice, *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 6 luglio 2021.

Ciò significa che gli interessi perseguiti risultano il buon andamento e la legittimità amministrativa²⁹¹, non la buona fede e la correttezza civilistiche.²⁹²

Tanto che è prevista la sanzione penale a presidio dei reati dei pubblici agenti (Codice Penale – Libro Secondo – Dei delitti in particolare – Titolo II – Dei delitti contro la pubblica amministrazione – Capo I – Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione).²⁹³

²⁹¹ Come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l'ordinanza 30 marzo 2000, n. 1, che costituisce la più razionale ed avanzata sistemazione giurisprudenziale della materia in esame, i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità "costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione" e "riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato"; sicché "va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo ogni attività dell'amministrazione senza alcuna eccezione" (punto 8.2.1). Vedasi S. Giacchetti, *Appalti di pubblici servizi e/o appalti pubblici di servizi? La legge n. 205 del 2000 gioca a dadi*, sul sito *online* della giustizia amministrativa e in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 3, 177 ss.: "Ora dire quanto ha detto l'Adunanza plenaria:- equivale a dire che l'attività sia di diritto pubblico sia di diritto privato dell'amministrazione costituisce in ogni caso espressione della funzione pubblica;- equivale a dire che la pubblica amministrazione quando opera con strumenti di diritto privato non si trova mai in una posizione di autonomia privata ma si trova sempre in una posizione di discrezionalità, che possiamo anche non definire discrezionalità "amministrativa" *tout court* per non confonderla con quella tradizionale relativa all'attività di diritto pubblico ma che sempre discrezionalità è;- equivale a dire che di regola l'amministrazione non ha diritti, che per definizione nell'ambito loro riconosciuto sono liberamente esercitabili senza alcun controllo esterno, ma ha potestà, che per definizione sono sottoposte, nel loro esercizio, al controllo dell'ordinamento;- equivale a dire che l'amministrazione, quando opera con gli strumenti del diritto privato, opera in un sistema di diritto privato di pubblico interesse; sistema che, come si evince dalla sentenza della Corte Costituzionale 23 ottobre-2 novembre 2000 n. 459 resa in materia di cumulabilità di interessi e rivalutazione monetaria dei crediti retributivi dei soli lavoratori alle dipendenze di privati, ben può essere significativamente diverso dal diritto privato di interesse privato."

²⁹² Tale suggestione è stata ricavata dalla disciplina degli accordi amministrativi, ai quali "si applicano ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili" (art. 11, comma 2, l. n. 241/90) ed ora è ipostatizzata nell'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/90 (aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120 - Conversione in legge con modificazioni del Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, cd. Decreto Semplificazioni).

²⁹³ A titolo esemplificativo può farsi parola dell'art. 328 del codice penale - "Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione": "*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa*".

Compete il risarcimento a colui che, pur non essendo persona offesa dal reato, ha comunque subito un danno derivante dalla ingiusta condotta (Cass. civ., Sez. VI-3, ordinanza 26 maggio 2021, n. 14453). La importante decisione trae origine da un episodio, purtroppo frequente, in cui un paziente si recò presso la guardia medica, che si oppose alla richiesta di visita domiciliare, nonostante i riferiti sintomi di un malore che, successivamente, risultò essere un infarto al miocardio, risoltosi fortunatamente bene. Va distinta la persona offesa dal reato dal soggetto danneggiato dallo stesso. La persona offesa è esclusivamente il soggetto titolare del bene giuridico protetto (o dell'interesse tutelato), ex art. 90 c.p.p. Nell'ipotesi di omissione di atti d'ufficio, ex art. 328 c.p., il bene giuridico tutelato è esclusivamente il buon andamento della pubblica amministrazione e, segnatamente, il suo regolare funzionamento nella fase di realizzazione dei suoi compiti istituzionali, per cui la persona offesa è esclusivamente la p.a. (ex multis Cass. Pen. 29/10/2019, n. 47114). Il soggetto danneggiato dal reato è, invece, ogni soggetto che dal reato nel caso concreto abbia subito un danno. Ne consegue che l'individuazione della persona offesa non esaurisce l'individuazione di ogni possibile danneggiato civile dal reato, dovendo quest'ultimo essere accertato con riferimento al caso concreto (cfr. Cass. 23/04/1999, n. 4040). Cfr. C. Lattarulo, *Danno morale anche a chi non è offeso dal reato* - La persona offesa è solo il soggetto titolare del bene giuridico protetto, mentre il danneggiato è chiunque abbia subito un danno dal reato (Cass. civ. n. 14453/2021), pubblicato in *Altalex* il 04/06/2021.

In casi del genere, tuttavia, stante la qualifica di pubblico agente, dovrà essere valutata in concreto l'attività: amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni). Nel primo caso si avrà di norma la giurisdizione del giudice amministrativo, nel secondo quella del giudice civile.

Esemplificativamente, in materia di contratti pubblici, l'omissione della procedura di gara configura abuso d'ufficio perseguibile ex art. 323 c.p.²⁹⁴

Siccome, ex art. 30, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano non le norme del codice civile (le quali, invece, trovano applicazione nella fase negoziale del rapporto con la stazione affidante) bensì quelle contenute nella legge n. 241/90 (in quanto non derogate dalle disposizioni del codice), sarà a queste ultime che occorrerà fare riferimento.

L'azione amministrativa, secondo un modello di esame analitico²⁹⁵, può essere distinta in quattro diverse tipologie, differenziate in ragione del grado d'intensità del potere di scelta riservato all'Amministrazione:

1. attività vincolata quando il potere di scelta è nullo;
2. attività connotata da discrezionalità amministrativa quando il potere di scelta è definito da regole giuridiche, essenzialmente orientate alla luce del principio di proporzionalità, sancito anche e soprattutto dal diritto europeo;
3. attività connotata da discrezionalità tecnica quando il potere di scelta è definito da regole tecnico-scientifiche;

²⁹⁴ Nella nuova disposizione dell'art 323 del codice penale, modificata dal decreto cd. Semplificazioni (art. 23 del decreto-legge n. 76 del 2020), i pubblici ufficiali e incaricati di pubblici uffici risponderanno penalmente solo in caso di violazioni tassativamente elencate e specifiche, eliminando in radice ogni margine di discrezionalità. La riforma del reato di abuso d'ufficio si accompagna alla modifica del danno erariale nella parte in cui esclude che i pubblici amministratori e dipendenti siano chiamati a risarcire danni commessi con colpa grave. La nuova disciplina del danno erariale, fino al 31 luglio 2021 (prolungato al 31 dicembre 2021 in sede di conversione nella legge 11 settembre 2020, n. 120 e differito al 31 luglio 2023 dall'art. 51, comma 1, lettera h), della legge n. 108 del 2021), limita la responsabilità al solo dolo per quanto riguarda le "azioni". Per le "omissioni", invece, la punibilità è sia a titolo di dolo che di colpa. Nelle intenzioni del governo, va perseguito con maggiore severità chi non agisce per inerzia o negligenza rispetto a chi compie azioni anche se con errori "formali" (art. 21 del decreto-legge n. 76 del 2020). Il decreto-legge cd. Semplificazioni (n. 76/2020, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120) ha modificato i confini del reato di abuso di ufficio riscrivendo la prima delle condotte indicate dall'articolo 323 del codice penale. Infatti, nel testo precedente, modificato dalla legge n. 234/1997, il reato sanzionava il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni e del servizio, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto "in violazione di norme di legge o di regolamento". Nella nuova versione, operativa dal 17 luglio 2020, il reato di abuso d'ufficio colpisce sempre il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto ma ciò deve accadere "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità". Cfr. M. Ferrari, *Violazione di regola connessa a potere discrezionale configura abuso d'ufficio?* - La violazione di una regola di condotta relativa a un potere discrezionale in astratto, ma vincolato in concreto, rende configurabile l'abuso d'ufficio (Cass. 8057/2021), pubblicato in *Altalex* l'11/03/2021. A seguito della riforma del 2020, il reato di abuso d'ufficio postula che il reo violi una specifica regola di condotta che non lasci spazio alla discrezionalità del soggetto. Ebbene, la suddetta violazione integra il reato non solo allorché il potere esercitato sia vincolato sin dal principio. Infatti, rientra nella fattispecie incriminatrice anche la violazione della regola collegata ad un potere astrattamente discrezionale ma divenuto vincolato per le scelte operate dal soggetto agente prima dell'adozione del comportamento illegittimo. Così ha deciso la Corte di Cassazione, Sezione IV, con la sentenza del 1° marzo 2021, n. 8057.

²⁹⁵ Cfr., in proposito, R. Chieppa, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in R. Chieppa – V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007. L'A., ripercorse le principali posizioni dottrinali sul concetto di merito dell'azione amministrativa, sostiene che "la legittimità attiene alla rispondenza dell'atto alle regole giuridiche, che governano l'esercizio del potere amministrativo, mentre il merito è costituito da prescrizioni non giuridiche, che indirizzano l'autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l'interesse pubblico tutelato". Cfr., inoltre, A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, e D. Granara, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021.

4. attività di merito, che, essendo presupposto di opportunità della scelta, attiene all'ambito pregiudiziale.

La discrezionalità sembra essere divenuta il principale criterio di riparto della giurisdizione.²⁹⁶

A più riprese, nelle decisioni della Cassazione, si è visto il giudice affermare la giurisdizione civile sul presupposto che non entra in gioco l'esercizio di alcun potere discrezionale e di apprezzamento del pubblico interesse, ma si tratta unicamente di vagliare la conformità alla regole oggettive dell'ordinamento giuridico di determinati atti, dai quali possono o meno essere scaturiti diritti soggettivi di terzi a seconda che quegli atti siano o meno considerati idonei a produrre effetti.

6.3 - L'attività amministrativa vincolata implica un diritto soggettivo anziché l'interesse legittimo?

Per poter rispondere in maniera adeguata, occorre prendere le mosse dal diritto positivo.

All'art. 21-*octies* (Annullabilità del provvedimento) della legge n. 241/90 viene sancito che è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza, mentre non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, "per la natura vincolata del provvedimento", sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis* (comma così modificato dall'art. 12, comma 1, lettera i), legge n. 120 del 2020).

Emerge *per tabulas* che la disposizione attribuisce la predetta questione alla p.a. ex art. 21-*nonies* (Annullamento d'ufficio) ovvero al giudice amministrativo (l'unico che ha il potere di annullare gli atti amministrativi), non certo al giudice ordinario. Da qui si ottiene un primo indizio volto a smentire la *communis opinio* sulla valenza della discrezionalità amministrativa in sede di riparto. Ma vi è di più. All'art. 31 (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità) c.p.a. viene stabilito che, decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.²⁹⁷ È fatta salva la riproponibilità

²⁹⁶ Nemmeno il diritto penale è esente dalla predetta suggestione legata al potere discrezionale. L'art. 162 del codice penale tratta un'autonoma causa di estinzione del reato contravvenzionale: l'oblazione. Questa consiste nel pagamento volontario di una somma di denaro. Nello specifico, la cosiddetta oblazione ordinaria si differenzia da quella discrezionale di cui all'art. 162 *bis* c.p. in quanto si applica alle sole contravvenzioni punibili con l'ammenda, mentre la seconda si applica qualora sia prevista la pena dell'arresto o dell'ammenda. Si tratta nel primo caso di un vero e proprio diritto soggettivo a ottenere l'estinzione del reato: di conseguenza il giudice, qualora abbia verificato l'esistenza delle condizioni che legittimino l'oblazione, è obbligato a consentirla, dichiarando, però, l'estinzione del reato solo dopo il pagamento della somma richiesta; mentre nel secondo caso l'oblazione è subordinata al potere discrezionale del giudice, che, nonostante la verificata presenza delle condizioni richieste e dell'inesistenza degli elementi ostativi, può poi decidere se ammettere o respingere la domanda di oblazione in considerazione della ritenuta gravità del fatto.

²⁹⁷ Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3430. L'azione avverso il silenzio assume una natura giuridica mista, tendendo ad ottenere sia l'accertamento dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare ai sensi dell'art. 2 legge n. 241 del 1990, sia la condanna della stessa Amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito (con possibilità, altresì, di formulare in sede giurisdizionale un giudizio di spettanza del bene della vita agognato dal ricorrente, qualora si controverta in tema di azione vincolata ed emerga la fondatezza sostanziale della pretesa azionata in giudizio). Affinché possa configurarsi il silenzio inadempimento contestabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 l. n. 241 del 1990, 31 e 117 c.p.a., occorre che sussista un obbligo di provvedere e che, decorso il termine di conclusione del procedimento, non sia stato assunto alcun provvedimento espresso, avendo tenuto l'Amministrazione procedente una condotta inerte. In particolare, la

dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. Al comma 3 si precisa esplicitamente che *“Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*. Ne consegue che in tal caso il giudice amministrativo può sostituirsi alla p.a., non essendo il suo sindacato circoscritto all'attività discrezionale.

Il presente assunto si fonda sugli artt. 117, comma 4, e, per analogia, 114, comma 6, c.p.a.: nel rito sul silenzio il giudice può sostituirsi all'Amministrazione, nominando il commissario *ad acta*, solo per atti vincolati o qualora risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione. Persistendo l'inadempimento, occorre adottare tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale. In forza dell'art. 117, comma 4, del c.p.a., il giudice del silenzio *“conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto”*, ivi comprese le conseguenze dell'inadempimento da parte della p.a. A fronte della resistenza ad ottemperare da parte della p.a., ed ora anche da parte del commissario *ad acta*, occorre attivare tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento. Al fine di *“incentivare”* il pronto

giurisprudenza ha ritenuto che un obbligo di provvedere sussista in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano all'Amministrazione l'adozione di un provvedimento e, quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione pubblica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 settembre 2018, n. 5344). Ogniquale volta la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda dall'intermediazione del pubblico potere, l'Amministrazione, dunque, è tenuta ad assumere una decisione espressa, anche qualora si faccia questione di procedimenti ad istanza di parte e l'organo procedente ravvisi ragioni ostative alla valutazione, nel merito, della relativa domanda: l'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990, pure in caso di *“manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità ... della domanda”*, impone l'adozione di un provvedimento espresso, consentendosi in tali ipotesi soltanto una sua redazione in forma semplificata, ma non giustificandosi una condotta meramente inerte. Il silenzio inadempimento non può, invece, configurarsi in presenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, aventi ad oggetto un'utilità giuridico economica attribuita direttamente dal dato positivo, non necessitante dell'intermediazione amministrativa per la sua acquisizione al patrimonio giuridico individuale della parte ricorrente. In particolare, l'azione avverso il silenzio *“presuppone la sussistenza di posizioni d'interesse legittimo (da tutelare dall'inerzia dell'amministrazione) e non già di diritto soggettivo. Tantomeno il procedimento avverso il silenzio può essere attivato per ottenere la tutela di diritti di credito nei confronti della Pubblica Amministrazione”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 marzo 2018, n. 1904). Come precisato, *“la fattispecie del c.d. “silenzio-inadempimento” riguarda le ipotesi in cui, di fronte alla formale richiesta di un provvedimento da parte di un privato, costituente atto iniziale di una procedura amministrativa normativamente prevista per l'emanazione di una determinazione autoritativa su istanza di parte, l'Amministrazione, titolare della relativa competenza, omette di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge; di conseguenza, l'omissione dell'adozione del provvedimento finale assume il valore di silenzio-inadempimento (o rifiuto) solo nel caso in cui sussisteva un obbligo giuridico di provvedere, cioè di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell'organo amministrativo destinatario della richiesta, attivando un procedimento amministrativo in funzione dell'adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico; presupposto per l'azione avverso il silenzio è, dunque, l'esistenza di uno specifico obbligo (e non di una generica facoltà o di una mera potestà) in capo all'amministrazione di adottare un provvedimento amministrativo esplicito, volto ad incidere, positivamente o negativamente, sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente”* (così, *ex multis*, IV Sezione, sentenza n. 5417/2019). I presupposti per l'attivazione del rito sono dunque sia l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, sia la natura provvedimentale dell'attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell'obbligo di agire in via provvedimentale sancita dall'art. 2 della L. n. 241 del 1990” (Consiglio di Stato Sez. III, 1 luglio 2020, n. 4204). L'obbligo di provvedere, peraltro, non può considerarsi assolto mediante l'adozione di atti meramente interlocutori, finalizzati a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, per propria natura non idonei a manifestare la volontà dispositiva dell'ente procedente e, dunque, a configurare una decisione provvedimentale sulle questioni oggetto del procedimento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5040). L'insussistenza di un obbligo di provvedere o l'avvenuta conclusione del procedimento con un atto espresso ostano, dunque, all'accoglimento del ricorso ex artt. 31 e 117 c.p.a.

adempimento, il ricorso alla penalità di mora ex artt. 114, comma 4 lett. e), 117, 1 e 7 c.p.a. può costituire un utile strumento anche nel rito del silenzio (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 marzo 2016, n. 1578).

Da tutto quanto precede risulta sconfessata l'interpretazione secondo cui la natura discrezionale o vincolata di un'attività possa fungere da criterio di riparto della giurisdizione.²⁹⁸

²⁹⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 11 luglio 2017, n. 8211: "È opportuno ricordare, in proposito, che "è ormai superata la concezione per cui a fronte dell'attività amministrativa vincolata starebbero unicamente posizioni giuridiche di diritto soggettivo, alla luce della pacifica massima secondo cui 'la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega' (affermazione basata sulla premessa che 'la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività', mentre il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova 'fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi di regola natura patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale')". Di talché "quando risulti, attraverso i consueti processi interpretativi, che l'ordinamento abbia inteso tutelare l'interesse pubblico, alle contrapposte posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione indiretta, che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell'amministrazione e, dall'altro, si traduce nella possibilità di promuovere, davanti al giudice amministrativo, il controllo sulla legittimità dell'atto" (v., di questa Sezione la sent. 24 febbraio 2015, n. 3252, con la giurispr. ivi richiamata, incluse in particolare Cons. Stato, ad. plen., 5 luglio 1999, n. 18, e Cons. Stato, ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8, secondo cui l'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione del privato in termini di diritto soggettivo, occorrendo distinguere, "anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico"; nonché Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1550, che nel ribadire il medesimo orientamento richiama la massima di Corte cost. 16 aprile 1998, n. 127, secondo cui costituisce "un postulato privo di qualsiasi fondamento ... che, di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondono situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi"). Da ultimo, CGARS, 13 settembre 2021, n. 802, riformando la sentenza del TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 1763/2021, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sull'attività di certificazione dei crediti e relativa autotutela: "Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia proposta da una Banca avente ad oggetto il ritiro in autotutela della certificazione del credito rilasciata ai sensi degli artt. 9, commi 3-bis e 3-ter, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, 7, d.l. 8 aprile 2013, n. 35 e 37, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, e ciò in quanto la finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria, per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento, caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione". Ha chiarito, il CGARS, che si deve escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa P.A. nel rapporto con l'amministrato (Consiglio di Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7820). La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione", con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela (si pensi al potere del giudice in sede di giudizio sul silenzio di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio). Del resto, che l'attività della P.A., per il solo fatto di essere vincolata, non cessi di essere attività autoritativa e di tradursi in atti aventi natura non già paritetica, bensì provvedimentale, sottoposti alla giurisdizione del G.A., emerge con chiarezza da molteplici istituti del diritto amministrativo. A mero titolo esemplificativo, si indicano i seguenti casi: a) la materia edilizia, connotata per larga parte dall'esercizio di attività vincolata che, non per questo, cessa di essere attività autoritativa, espressione di potestà pubblicistiche. La devoluzione della materia dell'edilizia alla giurisdizione esclusiva del G.A. ex art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., si spiega, del resto, proprio in ragione del carattere autoritativo e pubblicistico dei poteri esercitati dall'Amministrazione nella materia in esame, in coerenza con l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 204/2004 e n. 191/2006); b) il potere del G.A., in sede di giudizio sul silenzio, di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, esercitabile, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., quando si tratti di atti vincolati, ovvero

Alla luce di tale conclusione si producono effetti sconvolgenti giacché vanno messi in discussione quasi tutti gli arresti della Cassazione in punto di giurisdizione.²⁹⁹

non residuino ulteriori margini di discrezionalità in capo alla P.A.: ciò, tenuto conto che il rimedio del rito del silenzio si applica in via esclusiva all'attività provvedimento della P.A. (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 1° luglio 2020, n. 4204; Sez. IV, 2 settembre 2019, n. 6048), essendo invece escluso tale rimedio quando si tratti di pretese fondate sull'esercizio di diritti soggettivi, ovvero per ottenere l'adempimento di obblighi convenzionali o, addirittura, la stipula di accordi contrattuali (Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 402); c) in terzo luogo, il dettato dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990, lì dove inibisce al giudice amministrativo l'annullamento dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, "*per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*". Data la premessa, il CGARS conclude nel senso che l'individuazione del giudice munito di giurisdizione sia, anche nel caso in questione, ancorata all'ordinario criterio della *causa petendi*, ovvero sia della posizione giuridica soggettiva per la quale viene attivata la tutela giurisdizionale, il che impone la determinazione della natura dell'atto adottato dall'amministrazione, sussistendo la giurisdizione del G.A. laddove si tratti di un atto di esercizio di poteri autoritativi funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico. Ebbene, il potere certificativo in questione ha natura pubblicistica essendo espletato dall'Amministrazione in virtù della posizione di "supremazia" che la stessa riveste nell'ordinamento quale soggetto istituzionalmente preposto alla tutela di interessi pubblicistici. L'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo della legittimità del rilascio della certificazione in questione, e dello speculare provvedimento di ritiro in autotutela, deriva dalla natura di atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi e che non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico. Non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poiché sottesi all'emissione del provvedimento in questione sono i poteri di verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell'esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l'Amministrazione non agisce *iure privatorum* e il privato non è titolare di un diritto soggettivo. La finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione.

²⁹⁹ Di recente, vedasi Corte di Cassazione, Sezione Lavoro Civile, Sentenza 3 marzo 2021, n. 5825, secondo cui il rilascio del DURC è atto a contenuto vincolato e, pertanto, spetta al giudice ordinario statuire sulla regolarità della posizione del contribuente (cassa sentenza n. 95/2014 della Corte d'appello di Trento, depositata l'11/12/2014): cfr. D. Passigli, *Il rilascio del DURC irregolare è ostativo ad un affidamento allorché difettino i relativi presupposti? Può l'interessato impugnare il DURC "irregolare" davanti al giudice e chiedere la condanna al rilascio del DURC "regolare"?* - Breve commento a sentenza 3 marzo 2021, n. 5825 sezione Lavoro della Cassazione. Con sentenza depositata l'11.12.2014, la Corte d'appello di Trento ha confermato la pronuncia di primo grado che aveva ordinato all'INPS di emettere il Documento Unico di Regolarità Contributiva senza indicazioni di irregolarità a carico di una s.n.c. La Corte, in particolare, ha condiviso l'assunto del primo giudice secondo cui eventuali irregolarità contributive a carico dei soci della società istante, ove relative a situazioni estranee alla loro partecipazione nella società, non potevano refluire in danno della società stessa e ha confermato la sentenza anche nella parte recante la statuizione di condanna al *facere*. Avverso tali statuizioni ha proposto ricorso per cassazione l'INPS, deducendo un unico motivo di censura e denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E, e 4, 5, 6 e 7 c.p.a., per essersi la Corte di merito sostituita ad esso nella valutazione discrezionale concernente la regolarità della posizione contributiva dell'impresa controricorrente ed altresì per avergli ordinato di emanare il Documento Unico di Regolarità Contributiva senza indicazioni di irregolarità. Il motivo è risultato solo parzialmente fondato. La Cassazione ha premesso, al riguardo, che – come correttamente rilevato dall'Istituto ricorrente – il Documento Unico di Regolarità Contributiva (cd. DURC) ha la funzione di certificare il regolare versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi da parte di imprese e lavoratori autonomi che partecipino a gare indette per l'affidamento di appalti pubblici o di concessioni di servizi o ancora che, nel settore dell'edilizia, realizzino lavori o opere in favore di committenti privati (cfr. in tal senso già l'art. 3, comma 8, lett. b), l. n. 494/1996, la cui disciplina è stata prima riscritta dall'art. 2, d.l. n. 210/2002, conv. con l. n. 266/2002, poi dall'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, e nel frattempo estesa ai committenti privati nel settore edilizio dall'art. 86, comma 10, d.lgs. n. 276/2003). Più in particolare, i contenuti del cd. DURC sono individuati dal d.m. 24.10.2007, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 1176, l. n. 296/2006, il quale, per quanto qui rileva, nel ribadire che esso "è richiesto ai datori di lavoro ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi in

Si è consolidato, nella giurisprudenza della Corte di legittimità, il principio secondo cui la competenza giurisdizionale del giudice ordinario su una domanda con la quale un privato insorga contro atti e comportamenti di una pubblica amministrazione che siano lesivi delle sue posizioni di diritto

materia di lavoro e legislazione sociale previsti dall'ordinamento nonché ai fini della fruizione dei benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria", ed altresì "ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia" (art. 1), stabilisce che la "regolarità contributiva" sussiste qualora vi sia "correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici", "corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti" e "inesistenza di inadempienze in atto" (art. 5, comma 1), premurandosi poi di chiarire, da un lato, che la regolarità contributiva non è compromessa da eventuali richieste di rateizzazione di pagamenti o da sospensione di essi che siano previste da disposizioni di legge o ancora da documentate istanze di compensazione (art. 5, comma 2), e, dall'altro, che non costituiscono cause ostative al rilascio del DURC talune ipotesi in cui sulla sussistenza o meno del credito sussista contenzioso amministrativo o giurisdizionale in atto (art. 8, commi 1, 2 e 4) ed altre in cui vi sia "uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate", così intendendosi uno "scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC" (art. 8, comma 3). Tanto premesso, secondo la Corte, "è evidente che il giudizio sulla sussistenza o meno della "regolarità contributiva" non presenta affatto quei margini di discrezionalità che invece rivendica l'INPS al fine di sostenere addirittura che la controversia circa il suo mancato rilascio sfuggirebbe alla giurisdizione del giudice ordinario: fermo restando che, nella presente controversia, non è più dato di discorrere circa la spettanza della giurisdizione, ostandovi il vincolo del giudicato interno (così da ult. Cass. S.U. n. 10265 del 2018), risulta all'opposto dalla normativa dianzi cit. che l'unico presupposto realmente sotteso all'accertamento della "regolarità contributiva" è l'adempimento delle obbligazioni concernenti contributi e premi, oltre che di eventuali versamenti dovuti alle casse edili, e che le stesse ipotesi in cui la presenza di un inadempimento non è d'ostacolo al rilascio del DURC sono rigidamente tipizzate dalle fonti primarie e secondarie, per modo che l'ente previdenziale preposto al suo rilascio non è chiamato ad esercitare, nell'ambito del relativo procedimento, poteri discrezionali, ma deve esclusivamente verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti normativamente previsti nello svolgimento di una attività vincolata, di carattere meramente ricognitivo, della cui natura partecipa anche il giudizio tecnico concernente la verifica di cause che non siano ostative al suo rilascio; ed è appena il caso di soggiungere che contrari argomenti non è dato desumere da Cass. S.U. nn. 25818 del 2007 e 3169 del 2011, atteso che in tali pronunce la giurisdizione del giudice amministrativo è stata affermata in ordine al giudizio (chiaramente incidentale) sulla regolarità del DURC nelle controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione di appalti pubblici, notoriamente rimesse alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo" (enfasi aggiunta). Ciò chiarito, deve nondimeno escludersi che il giudice ordinario, chiamato a decidere su una controversia in cui un'impresa o un lavoratore autonomo lamenti il mancato rilascio del DURC per presunte irregolarità contributive, possa condannare l'ente previdenziale a rilasciarlo: osta al riguardo la previsione dell'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E, la quale, nel prevedere il divieto, a carico del giudice ordinario, di condannare la p.a., o un concessionario di un pubblico servizio, ad un *facere*, non detta una regola sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma investe piuttosto l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario, che concernono appunto il divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo (così, tra le più recenti, Cass. S.U. n. 23835 del 2004); ed è affatto consolidato, nella giurisprudenza della Corte di legittimità, il principio secondo cui la competenza giurisdizionale del giudice ordinario su una domanda con la quale un privato insorga contro atti e comportamenti di una pubblica amministrazione che siano lesivi delle sue posizioni di diritto soggettivo e non trovino fondamento nell'esercizio di poteri discrezionali idonei a degradarle in meri interessi legittimi, non viene meno per il fatto che l'attore abbia anche richiesto una pronuncia che implichi annullamento, modifica o revoca di provvedimento amministrativo o abbia portata sostitutiva del medesimo, con condanna dell'Amministrazione ad un *facere*, atteso che ciò implica solo il dovere del giudice adito, nel rispetto dei limiti interni dei suoi poteri giurisdizionali, di astenersi dall'emanare la pronuncia richiestagli (cfr. per tutte Cass. S.U. n. 600 del 1979 e innumerevoli successive conformi). Pertanto, la Corte conclude che non può validamente proporsi davanti al giudice ordinario alcuna domanda di condanna al rilascio del DURC, ma solo – e in presenza, beninteso, un interesse ex art. 100 c.p.c. – all'accertamento di una situazione di "regolarità contributiva". V. anche Cass. S.U., Ordinanza n. 25480 del 21/09/2021 (Rv. 662277 - 02): in tema di rilascio della certificazione di regolarità fiscale (c.d. DURF), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda cautelare per il rilascio d'urgenza della relativa attestazione, atteso che il *petitum* sostanziale dedotto in giudizio si identifica nel diritto soggettivo all'accertamento della posizione fiscale del contribuente, senza che assuma rilevanza il procedimento amministrativo nell'ambito del quale il predetto certificato è destinato a essere utilizzato: cfr. *Domanda cautelare per il rilascio d'urgenza della certificazione di regolarità fiscale (c.d. DURF)*, in *IlCaso.it*, 18/10/2021.

soggettivo e “*non trovino fondamento nell’esercizio di poteri discrezionali idonei a degradarle in meri interessi legittimi*”, non viene meno per il fatto che l’attore abbia anche richiesto una pronuncia che implichi annullamento, modifica o revoca di provvedimento amministrativo o abbia portata sostitutiva del medesimo, con condanna dell’Amministrazione ad un *facere*, atteso che ciò implica solo il dovere del giudice adito, nel rispetto dei limiti interni dei suoi poteri giurisdizionali, di astenersi dall’emanare la pronuncia richiestagli. Eppure, tale *petitum* dovrebbe far propendere per il giudice amministrativo.

Ora, già da quanto testé riportato (in poche righe viene sintetizzato il “cuore” di questo elaborato), è evidente che la Corte ha completamente travisato il dettato normativo e perfino il potere pubblico, che può avere natura vincolata oltre che discrezionale, come sopra illustrato.³⁰⁰

Ma il discorso non riguarda solo il giudice nomofilattico.

Basti pensare all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9.³⁰¹ Hanno natura provvedimentale soltanto gli atti con cui il GSE accerta il

³⁰⁰ Sul rapporto fra natura vincolata del provvedimento e garanzie partecipative vedasi Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288: è illegittima la mancata comunicazione di avvio del procedimento che porta all’adozione di un atto di natura vincolata ove la situazione sottesa si dimostri particolarmente complessa. Ha chiarito, la Sezione, che la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle garanzie partecipative in situazioni peculiari e giuridicamente complesse; la giurisprudenza più avveduta afferma la sussistenza dell’obbligo di avviso dell’avvio anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l’accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; id. n. 2953 del 2004; n. 2307 del 2004 e n. 396 del 2004). Invero, non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all’Amministrazione l’inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria (TAR Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683). Tale principio è stato riaffermato di recente dalla giurisprudenza sostenendo che “È illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva “comunicazione di avvio del procedimento” ex art. 7, l. n. 241 del 1990, ove dal giudizio emerga che l’omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l’emanazione di un provvedimento con contenuto diverso” (CGARS, 26 agosto 2020, n. 750).

³⁰¹ Con ordinanza 25 marzo 2019, n. 1934, la quarta Sezione del Consiglio di Stato, investita del ricorso in appello, ha rimesso all’esame dell’Adunanza plenaria la questione relativa alla natura giuridica (provvedimentale o paritetica) degli atti con cui il Gestore dei servizi energetici verifica di anno in anno il rispetto della cd. *quota d’obbligo* da parte dei produttori o degli importatori di energia elettrica proveniente da fonte non rinnovabile. Evidenzia, la Sezione quarta, come il giudice di primo grado sia giunto a ravvisare la natura provvedimentale degli atti di verifica del GSE analizzando la normativa di riferimento ed in particolare la disciplina secondaria che, sulla base degli artt. art. 11, co. 1, 2, 3 e 5 del d. lgs. n. 79 del 1999, tipizza un vero procedimento di verifica affidato al GSE secondo le direttive emanate dapprima con il d.m. 11 novembre 1999 e poi con il d.m. 24 ottobre 2005 (quest’ultimo adottato in attuazione dell’art. 20, comma 8, del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, e a far tempo dal novembre 2006). Sempre secondo la prospettazione del giudice di primo grado, così come sunteggiata nella ordinanza di rimessione, anche ad ammettere lo svolgimento di attività vincolata – dato l’apprezzamento di natura tecnica sull’*an* e sul *quantum* della quota d’obbligo – tale profilo, sulla base della giurisprudenza consolidata, non sarebbe sufficiente per riconoscere la posizione di diritto soggettivo, rilevando solo la finalizzazione della disciplina alla cura di un interesse della collettività e non di un interesse individuale patrimoniale. La finalità perseguita dalla disciplina in argomento è quella di tutelare l’interesse pubblico al corretto adempimento dell’obbligo derivante dall’art. 11 d.lgs. n. 79/99, preordinato al perseguimento di preminenti interessi pubblici anche di portata sovranazionale, in considerazione degli obiettivi europei e internazionali in materia produzione energetica da fonti rinnovabili. In tale contesto si iscrive l’apprezzamento del Gestore sulla determinazione della quota d’obbligo, condotto alla stregua della normativa di riferimento e dell’ampia provvista fattuale (autodichiarazione, certificati verdi ricevuti e “ogni altro dato in suo possesso”), avente esiti non sempre incontrovertibili. Se l’ordinamento ha inteso tutelare l’interesse pubblico, alle posizioni private non può che essere riconosciuta una protezione indiretta che passa attraverso la potestà provvedimentale e si traduce nella possibilità di adire il giudice amministrativo per il controllo di legittimità. Il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza plenaria, ha fornito al riguardo una soluzione “duale”. Secondo tale soluzione, hanno natura provvedimentale gli atti con cui il GSE accerta il mancato assolvimento, da parte dei

mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte non rinnovabile, dell'obbligo di cui all'art. 11, d.lgs. n. 79/1999. L'Ad. plen. ritiene che il potere del GSE di accertare unilateralmente e definitivamente (in via amministrativa) lo stato (eventuale) di inadempienza degli operatori economici rispetto al ridetto obbligo di legge non possa che manifestarsi attraverso la forma ed i contenuti propri dell'attività provvedimentale, configurandosi una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo in capo all'impresa sottoposta al procedimento di verifica da parte del GSE. L'Ad. plen. giunge invece a conclusioni diverse riguardo alla natura dell'atto conclusivo del procedimento di verifica nel caso in cui il controllo del GSE abbia dato esito positivo.

Muovendo dalla ricognizione della natura giuridica del Gestore dei servizi energetici (GSE s.p.a.) e dalla funzione dallo stesso svolta in relazione alla verifica dell'osservanza della quota d'obbligo prevista dal ridetto art. 11 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, poiché il suddetto obbligo è posto nel preminente interesse della collettività alla graduale riduzione della componente di anidride carbonica presente nell'atmosfera e corrisponde al superiore interesse a verificarne la concreta osservanza da parte dello Stato (qui da intendersi sia come "Stato-persona", in rapporto ai vincoli internazionali nascenti dalla firma del cd. protocollo di Kyoto, sia come "Stato-comunità", in rappresentanza dell'interesse collettivo al miglioramento della qualità ambientale), ne viene che il compito di verifica affidato al GSE si risolve in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata. Come tale, siffatta attività si caratterizza per la sua significativa rilevanza pubblica, inquadrandosi nell'alveo dei controlli, espressamente previsti dalla Carta costituzionale (art. 41, comma 3, Cost.), che i pubblici poteri esercitano sull'attività economica privata per assicurare che la stessa persegua gli specifici fini sociali previsti dalla legge. In tale contesto, l'adempimento della quota d'obbligo, riguardata dal versante dei soggetti obbligati, si atteggia alla stregua di una prestazione patrimoniale imposta (art. 23 Cost.) la cui previsione a livello di normazione primaria (art. 11 del d.lgs. n. 79/99) soddisfa il requisito costituzionale della riserva relativa di legge.

Le disposizioni di settore delineano nel loro complesso un quadro regolatorio nel cui alveo si svolge dunque da parte del GSE un'attività implicante l'esercizio procedimentalizzato di eminenti funzioni amministrative di controllo. Orbene, alla luce di quanto detto, ritiene l'Adunanza plenaria, che il potere del GSE di accertare unilateralmente e definitivamente (in via amministrativa) lo stato (eventuale) di inadempienza degli operatori economici rispetto al ridetto obbligo di legge non possa che manifestarsi attraverso la forma ed i contenuti propri dell'attività provvedimentale. Il suddetto potere si iscrive in un rapporto di naturale asimmetria fra le parti, ben rappresentato dalla tradizionale endiadi potestà-soggezione, propria dei rapporti di diritto amministrativo qualificati dalla autoritatività dell'azione del soggetto agente.³⁰²

soggetti obbligati (i produttori e gli importatori di energia da fonte non rinnovabile), della predetta quota d'obbligo, con conseguente onere di impugnazione nel termine decadenziale di sessanta giorni; mentre rivestono natura paritetica gli atti con cui il GSE accerta l'avvenuto rispetto della stessa quota d'obbligo, con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale nell'ipotesi in cui il produttore/importatore di energia intenda ottenere la restituzione delle somme eventualmente versate in eccesso ai fini dell'adempimento di siffatto obbligo di legge. Cfr. A. Colavecchio, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, 90-107; A. Travi, *(Sulla natura degli atti del Gestore dei servizi energetici (Gse))* (nota a sent. Cons. Stato, ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9; sent. Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324), in *Il Foro italiano*, 2019, 11, pt. 3, 581-587. V. anche M. Lavatelli, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sancisce la natura "duale" delle note del GSE [Gestore dei Servizi Energetici] d'accertamento del rispetto delle quote d'obbligo di energia verde, con una contraddittoria "reductio ad absurdum"*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1, 164-188 (disponibile a: <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/consiglio-di-stato-gse-obbligo-energia-verde>).

³⁰² "Se è vero infatti che i poteri sanzionatori non mettono capo al GSE ma alla AEEG (oggi ARERA, Autorità di regolazione delle Reti e dell'Ambiente), nondimeno appare evidente la stretta correlazione tra l'atto di autonomo accertamento della inadempienza da parte del Gestore ed i meccanismi di riparazione che da tale accertata inadempienza ne derivano, rappresentati in particolare dalla applicazione delle sanzioni pecuniarie per l'inadempimento di competenza dell'Autorità (che – si ripete – viene investita solo *ai fini dell'applicazione delle sanzioni*) e dagli altri eventuali provvedimenti dei Ministri competenti, cui va inviata da parte del GSE la

In contrario avviso non deve indurre l'asserito carattere vincolato (anche ove, in tesi, conseguente a mero accertamento tecnico) dell'atto con cui il GSE verifica, in positivo o in negativo, l'assolvimento del ridetto obbligo da parte degli operatori del settore energetico.

Anche a ritenere – ciò che appare tuttavia dubbio – che la verifica del GSE sia scevra da profili valutativi di ordine tecnico, nondimeno, anche seguendo tale costruzione teorica, il carattere vincolato dell'atto non ne eliderebbe la connotazione provvedimentale, una volta acclarato che la norma mira a soddisfare in via diretta l'interesse pubblico alla puntuale osservanza della quota d'obbligo di energia da fonte rinnovabile e che tale interesse pubblico primario viene delegato ad un soggetto privato esercente pubbliche funzioni capace di accertare in via autonoma e definitiva la

comunicazione contenente i nominativi dei soggetti inadempienti. Nessun soggetto dell'ordinamento potrebbe unilateralmente e con carattere di autonomia rispetto ad altre autorità amministrative suggellare il definitivo accertamento della inadempienza di un operatore economico se la legge non intestasse a quel soggetto poteri amministrativi in senso proprio, che si estrinsecano cioè necessariamente con l'adozione di atti aventi natura provvedimentale; rispetto ai quali, le misure di tutela della parte privata si compendiano in via principale nel provocare l'annullamento degli atti di accertamento della inadempienza, previa impugnazione degli stessi nel termine decadenziale di legge dinanzi al giudice amministrativo. Ritiene pertanto questa Adunanza plenaria che, più che sulla forma procedimentalizzata, nei modi dianzi divisati, di esercizio dei poteri amministrativi di controllo in capo al GSE (non incompatibile *ex se* con la individuazione di posizioni di diritto soggettivo dei soggetti privati coinvolti) a far propendere per la connotazione autoritativa degli atti di accertamento negativo adottati dal GSE nell'ambito del procedimento di verifica di che trattasi deponga la natura di quei poteri, estranea al paradigma dell'atto paritetico di mero accertamento ove si risolve nel produrre, con effetto costitutivo, un nuovo *status* a carico dell'operatore economico (quello appunto, di soggetto inadempiente), suscettibile di rilevare *ex se* ai fini della applicazione di ulteriori provvedimenti a carattere sanzionatorio. Per vero, non sarebbe coerente con il sistema prefigurare una sanzione (o altro provvedimento sospensivo o limitativo del titolo di esercizio da adottarsi da parte degli altri Ministeri cui va indirizzata la comunicazione di inadempienza accertata dal GSE) che abbia a presupposto non un atto autoritativo ma di mero accertamento, suscettibile in tesi di essere contestato in via autonoma, nei limiti della prescrizione del diritto, nell'ambito di un rapporto obbligatorio paritetico *inter partes* ben difficile da ipotizzare nella fattispecie in esame, avuto riguardo alla asimmetria delle posizioni rispettive ed alla natura dei poteri in concreto esercitati dal GSE. E' evidente come anche tale elemento, che riguarda la stretta correlazione tra atto di accertamento dell'inadempimento (con conseguenziale attribuzione all'operatore economico dello stigma di soggetto inadempiente) ed il sistema delle sanzioni correlate a quell'accertamento, militi nel senso della natura provvedimentale dell'accertamento negativo, avuto riguardo anche alla necessaria esigenza di certezza giuridica e di stabilità del provvedimento del GSE che accerta l'inadempienza dell'operatore economico rispetto all'obbligo di legge, in funzione propedeutica al sistema sanzionatorio affidato alle cure di altre autorità amministrative. Non sarebbe infatti coerente con il sistema suindicato che il provvedimento sanzionatorio, di sicura matrice provvedimentale, avesse a presupposto un atto di autonomo e insuperabile accertamento della inadempienza potenzialmente cedevole, nel quinquennio, sotto la scure giurisdizionale. Per vero, nella fattispecie in esame ed ai limitati fini dell'azione amministrativa volta all'accertamento della inadempienza ed all'applicazione delle sanzioni correlate, vi sono due soggetti dell'ordinamento che agiscono di conserva nell'esercizio di eminenti funzioni pubbliche complementari: il primo (GSE) accerta (se e in che misura l'obbligo di legge è stato adempiuto) e suggella, ove occorra, lo stato di inadempimento del produttore che non abbia ripianato, nel termine assegnatogli, la situazione debitoria risultante dalla verifica negativa; il secondo (ARERA) che sanziona, ponendo a base della misura riparatoria l'accertamento posto in essere dal GSE. Ora, poiché la sanzione può conseguire soltanto al definitivo accertamento del dovuto, appare evidente come gli atti posti in essere da ciascuno di tali soggetti debbano necessariamente avere analoga natura giuridica, atteso che – come detto – la sanzione consegue al definitivo accertamento del dovuto. Tale costruzione suppone pertanto la qualificazione della fattispecie in termini di attività provvedimentale suscettibile di giudizio impugnatorio, sia in relazione alla sanzione, sia rispetto al presupposto atto accertativo inerente al mancato assolvimento puntuale della quota d'obbligo prevista dalla legge. Diversamente da quanto previsto nell'ambito del procedimento generale delineato dalla legge di depenalizzazione in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, in cui l'autorità che ingiunge il pagamento della sanzione deve far proprio l'accertamento ("se ritiene fondato l'accertamento" cfr. art. 18, comma 2, l. n. 689/81), nella fattispecie in esame i compiti di accertamento e di applicazione della sanzione per la mancata osservanza dell'obbligo di legge sono ripartiti secondo una rigida distinzione tra GSE e ARERA; di modo che, salvi i vizi propri del provvedimento sanzionatorio, non potrebbe darsi impugnazione di tale atto da parte di chi contesti *l'an debeatur* della sanzione senza che non venga contestualmente mossa contestazione all'accertamento del GSE, soggetto quindi che deve essere giocoforza parte del rapporto giuridico processuale" (ptt. 5.5-5.6 dir.).

inadempienza del soggetto obbligato. Giova infatti rammentare che, in termini generali, la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività; il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova, invece, fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi di regola natura patrimoniale, pongono a carico dell'Amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale. Donde il principio che la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma alla quale l'atto si collega e alla conseguente posizione di autorità attribuita all'Amministrazione (o al soggetto comunque esercente una pubblica funzione), giacché quando risulti, attraverso i consueti processi interpretativi, che l'ordinamento abbia inteso tutelare in via primaria l'interesse pubblico e che conseguentemente l'Amministrazione agisca come autorità, alle contrapposte posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione mediata che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell'Amministrazione e, dall'altro, si traduce nella possibilità di promuovere, davanti al giudice amministrativo, il controllo sulla legittimità dell'atto.³⁰³

In un sol colpo, dunque, viene smentita la giurisdizione ordinaria sia sulle sanzioni amministrative sia sulle attività vincolate.

Ciò detto riguardo alla fattispecie della verifica negativa dell'adempimento dell'obbligo di legge, a conclusioni diverse riguardo alla natura dell'atto conclusivo del procedimento di verifica l'Adunanza plenaria ritiene di dover giungere nel caso in cui il controllo del GSE sull'osservanza della quota d'obbligo abbia dato esito positivo. In tale ipotesi, appare evidente come non sussista alcun atto provvedimentale a contenuto ed effetto costitutivo che il Gestore adotti "*in danno dell'operatore economico*" a suggello della conclusione della fase di verifica e sulla cui base venga esercitato il potere sanzionatorio dell'Autorità di settore. In tale evenienza, infatti, il GSE si limita a riscontrare che l'impresa ha adempiuto, per quell'anno, all'obbligo di legge. È da escludere pertanto che a tal genere di atto possa riconnettersi natura provvedimentale, posto che in tal caso non vi è alcuna incisione sulla posizione giuridica del soggetto obbligato, né sussiste alcuna "determinazione sfavorevole" correlata, come nel caso dell'esito negativo della verifica, all'accertamento dello stato di inadempienza dell'operatore economico in funzione propedeutica al procedimento sanzionatorio. E, d'altra parte, nel delineato contesto di un atto che si limiti a verificare in senso positivo l'adempimento dell'obbligo da parte del privato, la struttura impugnatoria del giudizio e il conseguente onere di gravame dell'atto di accertamento positivo nel termine decadenziale difficilmente sarebbero coerenti con i presupposti e le condizioni di tale azione processuale, anche in termini di interesse a ricorrere in rapporto alla (immediata) lesività dell'atto.³⁰⁴

³⁰³ "Né, al fine di inferirne la natura paritetica degli atti in esame, potrebbe giovare il richiamo, svolto dalla parte appellante anche in sede di memoria conclusiva, alle argomentazioni rinvenibili nella decisione assunta da questa Adunanza plenaria n. 12 del 2018, in tema di natura paritetica degli atti di accertamento dell'obbligo di corrispondere gli oneri concessori connessi al rilascio dei titoli edilizi. A parte la assoluta diversità della materia, vale osservare che in quel caso è la stessa autorità comunale ad essere intestataria dei poteri sanzionatori correlati al mancato accertamento degli oneri concessori, di tal che l'accertamento della inadempienza è compiuto dalla stessa autorità in sede di applicazione della sanzione, il che rende coerente la decisione di considerare non autoritativo l'atto presupposto di mera determinazione quantitativa degli oneri concessori da corrispondere ai fini del rilascio del titolo edilizio" (pt. 5.7 dir.). Con la sentenza n. 12 del 30 agosto 2018 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha definito la questione, oggetto di un risalente dibattito pratico e teorico, della natura del contributo di costruzione (previsto dall'art. 16 del d.P.R. 380 del 2001), qualificandolo come corrispettivo di diritto pubblico, richiesto dal Comune mediante un atto amministrativo paritetico, sempre rivedibile in caso di errore nella quantificazione entro gli ordinari termini di prescrizione: cfr. F. Gorgerino, *notazioni sulla natura giuridica del contributo di costruzione*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2019, 1, pt. 2, 110-130. Anche in questo caso può essere sollevato più di un dubbio sulla decisione della Plenaria.

³⁰⁴ "La natura dell'atto è dunque nella fattispecie appena descritta quella propria dell'atto paritetico, tipologia di antica costruzione giurisprudenziale, delineatasi nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione a quegli atti che, in quanto sforniti di autoritatività, risultano incapaci – secondo la

Dalla disamina sembra emergere una concezione “negativa” del provvedimento che, per essere tale, deve provocare un danno al destinatario; in caso di esito positivo si avrebbe invece un atto paritetico. Un simile argomento, se portato alle estreme conseguenze, condurrebbe ad escludere la natura provvedimentale delle aggiudicazioni, delle autorizzazioni e delle sovvenzioni pubbliche. E ciò pare più che sufficiente a contraddire il *dictum* della Plenaria. Ma basti pensare al caso di una sentenza favorevole alla parte attrice che però abbia compensato le spese di lite: l’attore dovrà impugnare la decisione nei termini di legge e non entro il termine decennale di prescrizione. Così come nel penale una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato dev’essere impugnata per aversi assoluzione nel merito. Gli esempi potrebbero essere molteplici. Non è quindi la efficacia dannosa a contraddistinguere il potere autoritativo, bensì il suo *modus operandi*.

In disparte le predette considerazioni, per vero più orientate ad una politica di equità sostanziale che ad una esegesi giuridica, Cons. Stato, Ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9, giunge alla seguente conclusione: “Al di là della natura del provvedimento, la soluzione del quesito posto a questa Adunanza plenaria risulterà di più immediata percezione *se riguardata dal punto di vista della posizione del soggetto che agisce in giudizio*: nel caso di accertamento negativo egli contesta l’esercizio di un potere unilaterale dell’amministrazione di accertare l’inadempimento, cui consegue l’avvio del procedimento sanzionatorio; nel caso di verifica positiva, il privato non si duole (né potrebbe dolersi) degli esiti della verifica, positiva, e tanto basta a escludere che ogni relativa controversia possa avere ad oggetto l’esercizio di un potere autoritativo (il)legittimamente esercitato.

costruzione dogmatica dell’epoca - di degradare i diritti soggettivi incisi, che restano integri ed azionabili pertanto nei tradizionali termini prescrizionali. E che oggi possono essere definiti come quegli atti, posti in essere da un’amministrazione in senso oggettivo nell’ambito di un rapporto amministrativo complesso in cui si intrecciano poteri autoritativi e non, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo proprio per assicurare unità e concentrazione anche sul piano processuale a una vicenda sostanziale pluristrutturata (in cui situazioni di potere, diritto e interesse risultano inestricabilmente intrecciate). A ben guardare, l’accertamento positivo compiuto dal GSE, che riscontri il corretto adempimento dell’obbligo di corrispondere la quota d’obbligo da parte dell’operatore, si rivolge in una mera presa d’atto dell’assolvimento degli obblighi discendenti direttamente dalla legge in cui ciò che rileva, sul piano del controllo amministrativo, è che quel soggetto per quell’anno non può essere ritenuto inadempiente. Tuttavia, ben si comprende come a tale atto di accertamento positivo, sfornito di autoritatività, giammai potrebbe riconnettersi un effetto ostativo rispetto ad un’azione restitutoria, da introdurre nel termine prescrizionale del diritto, conseguente alla rideterminazione del dovuto, ove – come nella specie – la parte obbligata dichiara di essere incorsa in errore (ed abbia in tale preteso errore coinvolto lo stesso GSE) nell’indicare i quantitativi di energia sui quali calcolare la quota d’obbligo. In tale ipotesi, la natura non provvedimentale dell’atto di accertamento positivo del GSE risulta pienamente coerente con la circostanza secondo cui la contestazione non riguarda formalmente un atto dell’amministrazione ma sostanzialmente la determinazione dell’esatta portata dell’adempimento di un debito rispetto al contenuto specifico dell’obbligazione *ex lege* nonché all’eventuale esistenza di una situazione creditoria riveniente da un adempimento eccedentario rispetto al dovuto. In tale contesto, quelli che una volta erano definiti *atti paritetici*, in omaggio alla struttura impugnatoria del processo, oggi sono atti di una vicenda procedimentale, svincolata dalla natura necessariamente impugnatoria del processo, in cui si tratta semplicemente di accertare la consistenza delle situazioni sostanziali e la spettanza del bene dedotto in giudizio. Consegue da tale ricostruzione giuridica della fattispecie che, in caso di esito positivo del controllo sul rispetto della quota d’obbligo – ipotesi che ricorre nella fattispecie oggetto di causa – se la parte assuma di aver pagato più del dovuto o comunque intenda rimettere in discussione la quantificazione del dovuto, per come accertata dal Gestore ancorché sulla base delle autodichiarazioni rese dal legale rappresentante dell’impresa obbligata, non incontra il limite della decadenza dall’azione impugnatoria, correlata soltanto ai provvedimenti del Gestore accertativi della inadempienza; onde l’impresa sottoposta a verifica positiva potrà sempre far valere, nel rispetto del termine prescrizionale del diritto, la sua pretesa restitutoria dinanzi al giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva (art. 133, lett. o) c.p.a.). Se nel caso di accertamento dell’inadempimento il privato può contestare la legittimità di una potestà amministrativa a cui si ricollega una potestà sanzionatoria, a fronte di una verifica positiva dell’adempimento degli obblighi di legge la controversia riguarda esclusivamente il *quantum* dovuto e l’asserita ripetizione di quanto versato in più. Si tratta quindi di una controversia di natura patrimoniale, in cui non viene in questione il legittimo (o meno) esercizio di una potestà pubblica ma solo il corretto calcolo di quanto sia dovuto sul presupposto di una verifica dell’assolvimento degli obblighi di legge, verifica positiva che nell’immediatezza del suo svolgersi non è contestata da nessuna delle parti del rapporto sostanziale” (pt. 5.8 dir.).

Se quindi è contestata la determinazione del dovuto e si agisce in giudizio – come nel caso in esame – con un’azione di ripetizione di indebitato, la controversia non afferisce all’esercizio di un potere autoritativo, ma a mere posizioni patrimoniali delle parti, giustiziabili nel rispetto del termine prescrizione del diritto fatto valere” (pt. 5.8 dir.; corsivo aggiunto).

Ora, è chiaro che una medesima attività non possa essere definita in modo diverso a seconda degli esiti pratici a cui addivene, altrimenti si avrebbe un potere amministrativo “a geometria variabile”, inconcepibile in uno Stato di diritto. Un concezione postuma del potere pubblico lo rende ineffabile. Per potersi dire rispettato il principio di legalità, la funzione amministrativa deve essere ricostruita su basi oggettive e non soggettive.

Invero, la prospettiva da adottare è quella della p.a., non quella delle sue controparti o terzi (che dire se l’esito positivo del controllo del GSE fosse stato impugnato da un terzo? In quel caso non avrebbe avuto rilievo l’argomento dell’assenza di danno e quindi di interesse del destinatario).

Da ultimo, l’Adunanza plenaria “non può esimersi dal rilevare come tale soluzione duale riguardo alla natura degli atti del GSE (provvedimentale/non provvedimentale, a seconda degli esiti del procedimento di verifica) risulti pienamente coerente con la scelta legislativa, non altrimenti giustificabile ove non connessa all’esercizio di poteri amministrativi (cfr. Corte cost. n. 292 del 2000, n. 204 del 2004 e n. 140 del 2007), di affidare alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo la giurisdizione anche di questa materia, sia che vengano in gioco poteri autoritativi in senso tecnico e quindi interessi legittimi, sia che si controverta di meri diritti soggettivi di natura patrimoniale, solo indirettamente collegati all’esercizio di un potere autoritativo nel cui ambito pur si inseriscono, come appunto quelli qui dedotti in termini di *condictio indebiti* con l’atto introduttivo del giudizio” (pt. 5.9 dir.). Ciò precisato in ordine alla natura degli atti in esame ed alla diversa declinazione ontologica degli stessi, a seconda degli esiti della verifica, la decisione suscita più di una perplessità.

Un’attività amministrativa autoritativa non può divenire paritetica per il semplice fatto che si tratta di entità ontologicamente inconciliabili: nel primo caso, configurandosi interessi legittimi, si avrà tutt’al più un accordo amministrativo ex art. 11 della legge n. 241/90; nel secondo caso, per converso, l’attività è *ab origine* paritetica e si sviluppa mediante modalità consensuali e negoziate.³⁰⁵

³⁰⁵ Da ultimo, vedasi Cassazione, Sez. Un. Civili, ord. 04 giugno 2021, n. 15572: cfr. *Competenza sulla controversia tra il gestore del servizio energetico e il soggetto privato produttore di energia*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25576 - pubb. 01/07/2021. In materia di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia tra il gestore del servizio energetico e il soggetto privato produttore di energia, qualora la materia del contendere non riguardi le tariffe, il criterio di loro quantificazione o la concessione degli incentivi, ma soltanto l’inadempimento contrattuale riguardante il corrispettivo, meramente privatistico, dovuto sulla base della convenzione conclusa ovvero la condanna del gestore al pagamento dei crediti maturati dal titolare dell’impianto fotovoltaico. Nella specie una società notificava al GSE un decreto ingiuntivo per euro 11.013,08, sostenendo di essere proprietaria di un impianto fotovoltaico, di aver stipulato col GSE una convenzione ventennale per il riconoscimento del contributo incentivante derivante dalla produzione di energia elettrica, e di aver maturato in relazione a ciò corrispettivi mai corrisposti di importo pari a quelli richiesti con il decreto ingiuntivo. Il GSE si costituiva, eccependo in primo luogo il difetto di giurisdizione del giudice adito, sostenendo che la controversia avesse ad oggetto la misura degli incentivi destinati alla produzione di energia fotovoltaica, materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. o) cod. proc. amm. (in quanto attinente a procedure o provvedimenti amministrativi concernenti la produzione di energia); quindi, avendo interesse a che la questione di giurisdizione venisse risolta in via definitiva, proponeva ricorso ex art. 41 c.p.c. Il GSE, a sostegno della attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del g.a. richiamava l’art. 103 Cost., essendo il GSE un ente solo formalmente privato, ma in effetti una società interamente partecipata dal Ministero Economia e Finanze dotata di poteri pubblicistici, tra i quali rientra il regime degli incentivi; segnalava altresì un consolidato orientamento di giurisprudenza che riconosce la giurisdizione esclusiva del g.a su ogni controversia riguardante la produzione di energia e sostiene che la controversia sia relativa alla misura degli incentivi dovuti. La resistente con controricorso evidenziava che il GSE non aveva contestato l’esistenza o l’ammontare del credito e sosteneva che la richiesta di regolamento preventivo di giurisdizione fosse solo dilatoria, avendo la controversia ad oggetto solo il rapporto contrattuale, privatistico. Il

Procuratore generale ha concluso nel senso dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione ordinaria. L'art. 133, comma 1, lett. o) del d.lgs. n. 104 del 2010 così recita: *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo diverse previsioni di legge ... o) le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricom prendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti”*. Quanto alla individuazione del giudice avente giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni ha più volte affermato che il GSE è soggetto che, seppur nella veste di società per azioni, il cui azionista unico è il Ministero dell'economia e delle finanze, svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare in tema di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile, attendendo alla gestione del relativo sistema pubblico, anche mediante la concreta erogazione delle tariffe (Cass., Sez. U., 24 febbraio 2014, n. 4326; Cass., S.U., 27 aprile 2017, n. 10409; Cass., S.U., 4 maggio 2017, n. 10795; Cass., S.U., 13 giugno 2017, n. 14653; Cass., S.U., 3 novembre 2017, n. 26150; Cass., S.U., 2 novembre 2018, n. 28057; Cass. n. 10020 del 2019). Si è, altresì, precisato che la previsione di contributi tariffari, e quindi lo stesso regime di sostegno e promozione delle fonti rinnovabili di energia, costituisce uno strumento d'indirizzo della produzione energetica nazionale (Cass., S.U., n. 14653/2017; Cass., S.U., n. 28057/2018), ciò innestandosi *“in un'area dominata dalla necessità di tutelare e bilanciare rilevanti interessi pubblici e privati”* (Cass., S.U., n. 10795/2017). Si è anche evidenziato che nella specie, la *“procedura”* (termine che - come rilevato anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa - caratterizza ambiti maggiormente inclusivi rispetto a quello, con spiccata accezione tecnica, di *“procedimento”*) di cui all'art. 133, comma 1, lett. o), cod. proc. amm., risulta quella segnata dalla norma di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 28 del 2011, che non ha esaurito la disciplina del sistema di incentivazione anche nella fase di transizione dal vecchio al nuovo regime, rimettendone la regolamentazione alla decretazione ministeriale (d.m. 6 luglio 2012, art. 19) sulla base di criteri indicati dalla stessa anzidetta norma primaria, i quali, come visto, fanno riferimento anche all'intervento del GSE sulla base di negozi privatistici con funzione pubblicistica regolativa dell'obiettivo incentivante. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 16 del 2017, ha evidenziato che le *“convenzioni stipulate con il Gestore”* si palesano come *“negozi di diritto privato”* accessori ai provvedimenti di concessione degli incentivi ma altresì *“costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico”*. Recentemente, la Cassazione in due cause analoghe ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, affermando il seguente principio di diritto: *“In materia di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia tra il gestore del servizio energetico e il fallimento della società di produzione energetica, qualora la materia del contendere non riguardi le tariffe, il criterio di loro quantificazione o la concessione degli incentivi, ma soltanto l'opponibilità o meno alla procedura fallimentare della cessione di crediti inerenti agli incentivi concessi, in correlazione alla produzione anzidetta, per il periodo successivo alla dichiarazione da parte della curatela del fallimento di voler subentrare nel rapporto; né è idonea ad incidere sull'individuazione dell'autorità avente il potere di giudicare l'eccezione riconvenzionale proposta dal gestore in punto di giurisdizione, determinandosi quest'ultima sulla sola base del “petitum” sostanziale, che rimane inalterato pur a seguito dell'eccezione in parola.”* (Cass. S.U. n. 7560 del 2020; il principio è richiamato da Cass. n. 23900 del 2020). Nelle controversie recentemente definite con ord. n. 7560 del 2020 e con ord. n. 23900 del 2020 non era in contestazione l'esistenza né l'ammontare del credito, in quanto agiva in giudizio il Fallimento di un consorzio creditore solo allo scopo – meramente privatistico – di essere indicato come unico avente diritto a percepire il pagamento dei crediti maturati dal Consorzio nei confronti del GSE successivamente alla dichiarazione di fallimento, senza che nella materia del contendere rientrasse alcun profilo autoritativo, ovvero il Fallimento chiedeva soltanto accertarsi la inopponibilità alla procedura concorsuale dei contratti di cessione di crediti intercorsi tra il Consorzio e un terzo cessionario. Ad essere controversa non era la debenza della tariffa incentivante, ovvero il criterio per la sua quantificazione, ma la sola individuazione dell'avente diritto al pagamento, afferente al profilo privatistico del rapporto, contrariamente ai precedenti di legittimità (v. Cass. n. 26155 del 2017) in cui il profilo in discussione era un profilo autoritativo. Anche nella successiva ordinanza n. 785 del 2021, emessa anch'essa in sede di regolamento di giurisdizione promosso da GSE, si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la pretesa azionata in quel caso dal cessionario del credito nei confronti del GSE non aveva ad oggetto in alcun modo, neppure in via mediata, l'esercizio di un potere autoritativo da parte di quest'ultimo, ma soltanto l'accertamento dell'esistenza o meno di un inadempimento di natura contrattuale. La Corte ne ha in quell'occasione tratto la conseguenza che il GSE si trovasse, rispetto al cessionario del credito, in una posizione privatistica di parità quale controparte contrattuale, per cui ha affermato che la causa fosse stata correttamente incardinata davanti al giudice ordinario. Anche nella presente controversia, per risolvere la questione di giurisdizione, occorre verificare se la materia del contendere verta sull'utilizzo di poteri pubblicistici del gestore in materia di regolazione di tariffe e di determinazione degli incentivi, o se essa abbia un oggetto esclusivamente privatistico, in cui non sia minimamente evocato in causa l'esercizio di pubblici

Un permesso di costruire o un decreto di esproprio non possono diventare un contratto, un atto di autotutela rimane autoritativo in quanto atto di secondo grado su un precedente atto amministrativo, un'autorizzazione presuppone la relativa capacità di diritto pubblico, ed una sanzione amministrativa implica l'esercizio della funzione di verifica e controllo.³⁰⁶

Diversamente opinando, l'attività amministrativa rappresenterebbe un irrocervo.

A nulla rileva il richiamo all'insegnamento della Corte costituzionale poiché citato a sproposito³⁰⁷: basti pensare alle materie di giurisdizione esclusiva, già analizzate nel presente studio, per avere contezza della complessità della materia. Non sempre le questioni patrimoniali sono incluse nella giurisdizione esclusiva (emblematico è il caso delle concessioni), così come esistono casi in cui la giurisdizione esclusiva attiene a sole questioni patrimoniali (si pensi alla revisione dei prezzi). Inoltre, il coacervo di interessi e diritti da cui scaturisce la giurisdizione esclusiva non si riferisce alla medesima attività che assume diverse connotazioni a seconda dell'esito finale, ma a differenti attività che conservano il proprio *status* giuridico dall'inizio alla fine. La *ratio* della giurisdizione esclusiva,

poteri da parte di uno dei soggetti coinvolti. Nella causa pendente tra le parti, la domanda, azionata dalla in via monitoria, ha ad oggetto un semplice pagamento somma, volto alla corresponsione di quanto dovuto alla società produttrice di energie rinnovabili a titolo di incentivo alla produzione, sulla base della convenzione conclusa, ovvero la condanna del gestore al pagamento dei crediti maturati dal titolare dell'impianto fotovoltaico: un corrispettivo meramente privatistico, non essendo in discussione la misura delle tariffe né degli incentivi. Anche la difesa del GSE, contenuta nell'opposizione, si dipanava su profili esclusivamente privatistici, avendo questi giustificato il mancato pagamento degli incentivi per il 2018 sostenendo di aver pagato erroneamente più del dovuto in uno degli anni precedenti di vigenza della convenzione (essendo stati emessi benestare di pagamento in eccedenza rispetto alla produzione di energia). Anche in questo caso, quindi, non è in contestazione alcun profilo autoritativo, ma la legittimità della compensazione operata dal gestore, per cui la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, secondo le linee indicate da Corte cost. n. 204 del 2004, secondo cui le controversie relative a concessioni di pubblici servizi sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, per cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia tra il gestore del servizio energetico e il soggetto privato produttore di energie rinnovabili, ogni qual volta la materia del contendere non riguardi le tariffe, né la materia della loro quantificazione, né la concessione degli incentivi, ma soltanto l'inadempimento contrattuale, peraltro neppure negato in relazione al 2018 dal gestore (come sottolineava la Procura generale nelle sue conclusioni) che ha soltanto rappresentato di aver pagato a suo avviso in eccesso nel 2011 e di aver trattenuto le somme richieste dal privato in riferimento al 2018, in compensazione di quelle precedentemente versate in eccedenza. La controversia appartiene quindi alla giurisdizione del giudice ordinario.

³⁰⁶ La controversia concernente le sanzioni amministrative comminate dall'ASL, nell'ambito dell'attività di vigilanza e controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso da una struttura accreditata, va devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la contestazione sulla debenza e/o entità della sanzione include quella sulla valutazione discrezionale di correttezza o meno della gestione del servizio offerto, da cui è scaturito il provvedimento sanzionatorio (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 18168 del 24 luglio 2017).

³⁰⁷ Sul punto si evidenzia che la Corte costituzionale, con sentenza n. 292 del 17 luglio 2000, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui istituiva una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Dopo la sentenza è entrata in vigore la legge n. 205 del 21 luglio 2000, in cui l'art. 7 ha sostituito l'art. 33 dichiarato incostituzionale ponendo un delicato problema di diritto transitorio con riferimento alle cause pendenti in relazione alla giurisdizione sopravvenuta per effetto di detta legge. In seguito, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, ha dichiarato la parziale incostituzionalità degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), restringendo così i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In base alla decisione l'articolo contestato affida – nel nuovo testo – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore” (cfr., ora, art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.). Sulla sentenza 27 aprile 2007, n. 140, v. nota n. 49 *supra*.

ancorché snaturata da successivi ed eterogenei interventi legislativi, rimane quella di concentrare davanti ad un unico giudice le varie vicende che possono verificarsi nel corso di un procedimento amministrativo (classico esempio è la materia dell'espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa).

Ormai il ruolo della giurisdizione amministrativa esclusiva è limitato ai comportamenti non sorretti da un provvedimento, ma comunque collegati "mediatamente" all'esercizio del potere pubblico (inclusi anche nella giurisdizione generale di legittimità, così come i diritti consequenziali patrimoniali), e ai diritti cd. "perfetti", incomprimibili ed inaffievolibili (vita e salute, su tutti): non è infatti rinvenibile nel nostro ordinamento alcun principio o norma che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti.³⁰⁸

Si ha quindi l'impressione che l'Adunanza plenaria abbia compiuto una forzatura del diritto positivo al fine precipuo di rimettere in termini il ricorrente, per ragioni di equità sociale si potrebbe dire, ma ciò provoca importanti ricadute sul piano giuridico. Nel caso esaminato dalla Plenaria il problema era meno rilevante perché si trattava di giurisdizione esclusiva (ancorché la questione fosse meramente patrimoniale e più adatta alla giurisdizione ordinaria), ma al di fuori del predetto ambito (benché la soluzione al caso di specie sia più semplice: i.e. un'azione di ripetizione dell'indebito dinanzi al giudice ordinario previa disapplicazione del provvedimento amministrativo "definitivo" contestato per aver recepito l'errore di calcolo commesso dall'attore), seguendo il ragionamento cristallizzato dalla decisione in parola, si assisterebbe alla assegnazione delle controversie al giudice amministrativo (per provvedimenti sfavorevoli e dannosi) ovvero al giudice ordinario (in caso di esito positivo che trasformerebbe l'atto amministrativo in atto paritetico). Il che comporta un notevole aggravamento del riparto di giurisdizione che non trova riscontro nel diritto positivo, ma è frutto di giurisprudenza creativa. A dire il vero, nelle valutazioni della Plenaria sembra echeggiare il portato delle decisioni della Cassazione, specialmente in merito al danno da provvedimento favorevole annullato perché illegittimo, dove si ritrova la medesima questione della "dannosità".

Analoghe considerazioni valgono per la carenza di potere che, per la giurisprudenza³⁰⁹, equivale a dire giurisdizione del giudice civile su diritti soggettivi, anziché giurisdizione amministrativa. In realtà,

³⁰⁸ Nondimeno, in materia di contenzioso elettorale amministrativo, sono devolute al giudice amministrativo, indipendentemente dall'appartenenza dell'organo elettivo ad un ente pubblico economico, le controversie in tema di operazioni elettorali, mentre spetta al giudice ordinario la cognizione delle controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo; né la giurisdizione del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento del consiglio sulla convalida degli eletti, o dell'atto di proclamazione o, ancora del provvedimento di decadenza, perché anche in tale ipotesi la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente l'elettorato attivo o passivo (Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 23682 del 9 novembre 2009, relativa all'impugnazione della delibera dichiarativa della decadenza di un componente del consiglio dei delegati di un consorzio di bonifica). Vedasi anche il caso CSM-Davigo (nota n. 148 *supra*). Si ravvisa una concezione antiquata legata all'annullamento dell'atto amministrativo, figlia di un tempo in cui il processo amministrativo era giudizio sull'atto e non sul rapporto, mentre ora comprende anche la materia risarcitoria.

³⁰⁹ Sul punto cfr. D. Giannini, *Il riparto della giurisdizione: caratteri generali*, in *iusexplorer.it*. Il problema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione è risolto dall'art. 103 della Costituzione. Nel dettaglio, la norma stabilisce che "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". Recependo gli approdi dell'elaborazione interpretativa del tempo, quindi, la Carta Fondamentale ha accolto il principio della doppia giurisdizione e quello del criterio di riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A. fondato sulla *causa petendi*, in base al quale la tutela dei diritti soggettivi spetta, di regola, al G.O., mentre quella degli interessi legittimi al G.A., salva l'attribuzione al G.A. anche di una giurisdizione esclusiva in particolari materie. Il fondamento del riparto in ragione della posizione giuridica azionata è costante nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, con sentenza delle SS. UU. n. 1139 del 19 gennaio 2007, ha affermato che "la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario

non è così. Allorché si debba giudicare su una manifestazione del potere pubblico, ancorché *in thesi* viziata da difetto di attribuzione o altra grave patologia (a pena di nullità), è giocoforza riscontrare la giurisdizione del giudice amministrativo in veste di giudice speciale “nell’amministrazione”. Invero, vertendosi sull’esercizio del potere amministrativo, solo all’esito del giudizio si potrà stabilire se esso sia stato esperito correttamente o meno. Di conseguenza, non appare affatto ragionevole sottrarre la cognizione al giudice naturale (istituito e preposto proprio per quella materia) e rimettere il riparto di giurisdizione alla ricostruzione di parte (che comporterebbe una discrasia fra annullabilità e nullità, ovvero fra ipotesi che differiscono solo per la dimensione quantitativa, non qualitativa del vizio), unicamente indirizzata ad esautorare il giudice speciale amministrativo.³¹⁰

e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione”. Ciò posto, occorre adesso evidenziare che, all’indomani dell’emanazione della Carta Fondamentale, in sede interpretativa è parso subito evidente come le coordinate costituzionali, seppur capaci di offrire una guida generale, fossero comunque insufficienti per qualificare, in concreto, una lite tra P.A. e privato in termini di controversia concernente la lesione di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo: per questo motivo, gli sforzi della giurisprudenza e della dottrina si sono orientati verso la individuazione di “criteri sussidiari” idonei a completare quello principale della *causa petendi*. A questi fini, sono state elaborate diverse teorie. Tra queste, quella a cui tutt’oggi la giurisprudenza continua a fare riferimento è la teoria che fa leva sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo uso del potere. Questa dicotomia è stata per la prima volta elaborata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la storica sentenza Ferrari del 1949. Invero, quella patrocinata dalla Cassazione rappresenta una tesi che ha tratto spunto dalla “teoria dell’affievolimento dei diritti”, già sostenuta, prima della Costituzione, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: in particolare, secondo quest’ultima teoria, il fenomeno dell’affievolimento del diritto è quello per il quale il diritto soggettivo, quando si verificano le condizioni per il suo legittimo sacrificio da parte del potere amministrativo, si trasforma (o affievolisce) in interesse legittimo, con conseguente competenza del giudice amministrativo a conoscere delle relative controversie. Ebbene, nel tentativo di specificare ulteriormente il fenomeno dell’affievolimento (o, come venne successivamente definito, della degradazione), con la sentenza Ferrari del 1949 le Sezioni Unite statuirono che, se il cittadino nega che il potere sia conferito all’autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta al giudice ordinario, “perché si tratta di accertare se il diritto sia tale anche di fronte alla pubblica amministrazione”; “se, invece, la controversia abbia per suo oggetto l’esercizio, che si pretende scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l’aspetto della competenza, della forma o del contenuto, specie in relazione all’eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni, la competenza a conoscere è del giudice amministrativo”. Dopo il 1949, la giurisprudenza prevalente ha continuato a ritenere che si ha carenza di potere allorché si contesti la stessa esistenza del potere amministrativo: in questo caso la controversia riguarda il diritto soggettivo e, perciò, la giurisdizione spetta al giudice ordinario; viceversa, si ritiene che vi sia scorretto esercizio del potere (o, come anche si afferma, “cattivo uso del potere”) quando si contesti l’uso illegittimo del potere stesso: in questa ipotesi la controversia riguarda l’interesse legittimo e, perciò, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Il criterio di riparto elaborato dal “*grand arrêt*” del 1949 è arrivato pressoché immutato fino ai nostri giorni, sebbene non possano considerarsi del tutto risolti alcuni dubbi serbati da una parte della giurisprudenza. Le principali teorie che hanno conteso il primato alla teoria elaborata per la prima volta dalla sentenza Ferrari sono le seguenti: la teoria della carenza di potere in concreto; la teoria fondata sulla distinzione tra potere vincolato e potere discrezionale; la teoria dei diritti inaffievolibili. Dello stesso autore vedasi *Il C.p.a. sancisce il trionfo della dicotomia carenza di potere – cattivo uso del potere*, in *iusexplorer.it*; v. anche S. Petrone, *Cattivo uso e carenza di potere: questioni giurisprudenziali di maggior rilievo*, in *Riv. Cammino Diritto*, 2018, 10, e bibliografia ivi citata.

³¹⁰ Da ultimo, vedasi Cassazione Civile, Sez. Unite, Sentenza n. 7643 del 1° aprile 2020, avente per oggetto la sentenza n. 4667 del 30 luglio 2018, con cui il Consiglio di Stato, Sez. VI, ha rigettato l’appello proposto da un Comune. Il Consiglio di Stato, premesso il quadro normativo di riferimento, attinente al regime giuridico dei beni culturali, ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, ed in particolare alla cosiddetta “prelazione artistica”, disciplinata agli artt. 59 e ss. del codice dei beni culturali e del paesaggio, ha affermato che l’atto di esercizio della prelazione “è un provvedimento amministrativo in correlazione al quale il privato è titolare di un interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice del giudice amministrativo”. La sentenza n. 4667/2018 ha evidenziato che la giurisdizione del giudice ordinario è configurabile solo in presenza di un atto nullo perché adottato in difetto assoluto di attribuzione e dunque in carenza di potere in astratto (l. n. 241 del 1990, art. 21-*septies*), ipotesi estranea al caso in esame, “in quanto si contesta la modalità temporale di esercizio del potere

e non l'esistenza del potere stesso". Il primo motivo di ricorso del Comune denunciava la violazione degli artt. 103,113 e 24 Cost., sotto il profilo dei criteri di riparto della giurisdizione, esponendo che, allorché si deduca, come nel caso in esame, la carenza in capo alla p.a. del diritto di prelazione, ovvero l'esercizio del diritto di prelazione artistica oltre il termine stabilito dalla legge, si è in presenza di una ipotesi di carenza di potere ablatorio, in relazione alla quale il privato vanta una posizione di diritto soggettivo rimessa alla giurisdizione ordinaria. Il secondo motivo di ricorso denunciava la violazione degli artt. 103,113 e 24 Cost., sotto il profilo del superamento dei limiti esterni della giurisdizione per "sconfinamento" nell'area riservata al legislatore, avendo il giudice amministrativo, nel caso in esame, introdotto un nuovo *dies a quo* (segnato dalla conoscenza della sentenza di annullamento della precedente Delib. Consiliare), diverso da quello dettato dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 61, comma 1, per far decorrere il termine di esercizio della prelazione. Il primo motivo di ricorso si è rivelato infondato. Un ormai risalente orientamento della stessa Corte affermava che, in tema di prelazione a favore dello Stato nelle alienazioni a titolo oneroso di cose di interesse artistico o storico, ai sensi della l. n. 1089 del 1939 (poi d.lgs. n. 490 del 1999, e da ultimo d.lgs. n. 42 del 2004), ove fosse dedotta l'intempestività dell'esercizio del potere discrezionale di acquisto da parte della p.a. rispetto al termine stabilito dalla legge, la relativa controversia doveva spettare alla giurisdizione del giudice ordinario, prospettandosi l'esigenza di dare tutela alla proprietà del privato rispetto alla pretesa acquisitiva dell'Amministrazione, giacché, superato detto termine, sarebbe venuto meno proprio il potere pubblico di comprimere il diritto reale soggettivo dell'interessato. Configurandosi il diritto di prelazione, originariamente previsto dalla l. 1° giugno 1939, n. 1089, art. 31, come espressione di un potere statale di supremazia per il conseguimento dell'interesse pubblico alla conservazione ed al generale godimento di determinati beni, la controversia avente ad oggetto la verifica del tempestivo compimento dell'atto di esercizio di tale potere veniva intesa come attinente non già alla legittimità del provvedimento amministrativo, quanto alla sussistenza (ovvero, alla sopravvenuta carenza) del potere stesso di acquisizione della pubblica amministrazione, il che giustificava l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. Un., 17/04/2003, n. 6221; Cass. Sez. Un., 15/04/2003, n. 5993; Cass. Sez. Un., 11/03/1996, n. 1950; Cass. Sez. Un., 06/05/1994, n. 4386; Cass. Sez. Un., 01/07/1992, n. 8079). Di seguito, Cass. Sez. Un., 03/05/2010, n. 10619, aveva, peraltro, evidenziato come le norme in tema di beni di rilievo storico e artistico succedutesi nel tempo (l. n. 1089 del 1939, d.lgs. n. 490 del 1999, e ora d.lgs. n. 42 del 2004) abbiano sempre demandato alla p.a. il compito di valutare se, tenuto conto delle caratteristiche dei beni stessi, del prezzo per essi pattuito e delle risorse finanziarie a disposizione, sia o meno utile per la generalità dei consociati acquisirne la proprietà con prelazione rispetto al terzo acquirente. La p.a. interviene, quindi, come portatrice d'interessi collettivi, per la cui tutela può decidere di acquisire i beni all'esito di una valutazione altamente discrezionale, a fronte della quale le parti private si trovano in posizione di soggezione, nell'ambito di una vicenda procedimentale di stampo pubblicistico che culmina in un provvedimento di tipo autoritativo, della cui legittimità non può che conoscere il giudice amministrativo. Più di recente, poi, Cass. Sez. Un., 05/03/2018, n. 5097, con riguardo alla compravendita di un bene sottoposto a vincolo archeologico ed alla prospettata inefficacia del medesimo vincolo per inosservanza delle norme in tema di trascrizione e notificazione del relativo atto impositivo, ha escluso che l'esercizio della prelazione da parte della p.a. possa integrare una fattispecie di carenza di potere in astratto, e perciò un'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per difetto assoluto di attribuzione, "l'unica che consente di configurare, nel sindacato giurisdizionale relativo all'esercizio di funzioni restrittive, la giurisdizione del giudice civile". Come chiarito da Cass. Sez. Un., 05/03/2018, n. 5097, con interpretazione che va riaffermata, "sussiste, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario quando, nelle funzioni restrittive, il provvedimento nullo per difetto di attribuzione pretende di incidere su un diritto soggettivo a stampo conservativo. In questa ipotesi l'azione amministrativa che si riversa in un provvedimento nullo per difetto di attribuzione non è idonea a scalfire il diritto soggettivo". Viceversa, ove si verta in ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente non all'*an*, bensì al *quomodo* della potestà pubblica, la posizione fatta valere dall'acquirente che abbia subito l'esercizio del diritto di prelazione (di cui si duole, perché avvenuto senza i presupposti di legge) è di interesse legittimo oppositivo, e non di diritto soggettivo, ed in quanto tale devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Questa più recente interpretazione, come si legge nella motivazione di Cass. Sez. Un., 05/03/2018, n. 5097, trova fondamento normativo nella l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*septies*, comma 1, inserito dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 14, comma 1, secondo il quale "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge". La l. n. 241 del 1990, art. 21-*septies*, individua, invero, quale causa di nullità del provvedimento il "difetto assoluto di attribuzione", e cioè la carenza di potere in astratto, vizio che, negando l'astratta capacità dell'atto di produrre l'effetto degradatorio del diritto soggettivo, perciò implica la devoluzione della controversia al giudice ordinario. Ove, al contrario, la p.a. sia munita dell'astratta titolarità del potere esercitato, e sia dedotto il vizio del suo concreto esercizio, il provvedimento è annullabile, e quindi comunque in grado di degradare la posizione soggettiva del privato, il che giustifica la sussistenza della giurisdizione amministrativa. È dunque corretta l'affermazione della giurisdizione amministrativa cui è pervenuto il Consiglio di Stato nell'impugnata

Il giudice naturale precostituito e chiamato a decidere sul cattivo esercizio del potere (perfino nel caso di carenza assoluta di attribuzione) è il giudice amministrativo. Diversamente opinando, si amplierebbe inammissibilmente, al di fuori dei chiari limiti delineati dalla previsione di legge, la giurisdizione ordinaria attraverso l'attribuzione, di carattere eccezionale, della competenza su una fattispecie di potere pubblico. Fermo il carattere eccezionale delle disposizioni che hanno introdotto una specifica fattispecie di giurisdizione amministrativa, è dato rinvenire lo stesso presupposto della dedotta disparità di trattamento, vale a dire l'omogeneità delle situazioni, attesa la diversità solo quantitativa del vizio addebitato, che come già evidenziato, costituisce elemento costitutivo della giurisdizione. Né può ritenersi irragionevole la scelta discrezionale del legislatore, di individuare, quale elemento costitutivo della giurisdizione speciale amministrativa la presenza di potere pubblico (a prescindere dalla sua nullità o annullabilità). E non solo. Difatti si avrebbe una eterogeneità anche all'interno dei casi di nullità, dal momento che soltanto per il difetto assoluto di attribuzione sussisterebbe la giurisdizione ordinaria, mentre di contro per la violazione ed elusione del giudicato è prevista la giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. a) n. 5, c.p.a. Lo stesso dicasi per la mancanza degli elementi essenziali del provvedimento, circa la quale resta da capire se sia attribuita al giudice ordinario o amministrativo. A rigor di logica, dovrebbe spettare al giudice amministrativo quale esercizio (illegittimo) del potere pubblico, ma la Suprema Corte potrebbe ravvisare una lesione del diritto soggettivo all'integrità della sfera privata.³¹¹

Ne consegue un problema di impostazione: vero è che la giurisdizione si determina in base al "*petitum* sostanziale", ma la sostanza va accertata in relazione alla *ratio* del riparto giurisdizionale più che alla pretesa in giudizio, altrimenti il giudice amministrativo rischia di essere emarginato a dispetto della Carta costituzionale. Sarebbe fin troppo facile aggirare la giurisdizione amministrativa prospettando un diritto soggettivo in luogo di un interesse legittimo, ovvero – ipotesi assolutamente attuale – per le questioni risarcitorie in caso di responsabilità da attività amministrativa autoritativa. Ogni volta che sia in discussione il potere amministrativo (salvo che per le questioni incidentali),

sentenza, atteso che il Comune ha esercitato il potere di prelazione di cui è titolare per legge, ed essendo oggetto di lite, piuttosto, la contestazione della tardività, e, dunque, della legittimità d.lgs. n. 42 del 2004, ex art. 61, del suo (ri)esercizio, a seguito dell'annullamento giudiziale di un primo atto di prelazione. Anche il secondo motivo di ricorso è risultato infondato. L'impugnata sentenza del Consiglio di Stato non denota un vizio di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, come inteso anche alla stregua della sentenza della Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 6, essendo tale vizio configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete (Cass. Sez. Un., 11/09/2019, n. 22711; Cass. Sez. Un., 25/03/2019, n. 8311; Cass. Sez. Un., 12/12/2012, n. 22784). Nella specie, il Consiglio di Stato, individuando nella data di pubblicazione o di notificazione della sentenza di annullamento del primo atto di prelazione il *dies a quo* per la decorrenza del termine di sessanta giorni al fine di rinnovare l'esercizio del potere di acquisizione, si è attenuto al doveroso compito interpretativo di ricercare la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, in coerenza, peraltro, con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa che ammette in via generale, salva diversa disposizione di legge, il tempestivo riesercizio del potere provvedimentale a seguito della caducazione in sede giurisdizionale dell'atto originario. Tale operazione ermeneutica potrebbe, al più, dare luogo ad un eventuale *error in iudicando*, ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale. Il ricorso è stato perciò rigettato.

³¹¹ La domanda risarcitoria proposta nei confronti della p.a. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento di concessione di piccola derivazione, ampliativo della propria sfera giuridica e legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione ordinaria, atteso che viene denunciata non già la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio, deducendo il privato di avere sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'emissione del provvedimento. Peraltro, il giudice ordinario competente non va individuato nel tribunale regionale delle acque pubbliche ai sensi dell'art. 140, comma 1, lett. e), del R.D. n. 1775 del 1933, in quanto il pregiudizio ivi contemplato è determinato da un'attività provvedimentale legittima (in genere, di carattere ablativo della proprietà privata) e, in quanto tale, incidente direttamente nella sfera patrimoniale del singolo, non già attraverso il "*medium*" dell'affidamento incolpevole (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 12799 del 22 maggio 2017).

deve essere affermata la giurisdizione del giudice speciale a ciò deputato (anche e soprattutto laddove sia contestata la inesistenza stessa del potere esercitato).

Altrimenti tanto vale eliminarlo dall'ordinamento giuridico. Non ha davvero alcun senso perpetuare interpretazioni antiquate ed antidiluviane, ormai superate, nell'odierno stato del diritto positivo attuale. Si ravvisa una concezione arcaica legata all'annullamento dell'atto amministrativo, figlia di un tempo in cui il processo amministrativo era giudizio sull'atto e non sul rapporto, mentre ora comprende anche la materia risarcitoria.

6.4 - Amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni): responsabilità per inadempimento senza obbligo di prestazione

A questo punto occorre esaminare un ulteriore profilo degno di nota, cioè quella *vis* espansiva che estende sempre più il modello civilistico, presupponente la parità delle parti ed ontologicamente inconciliabile con il pubblico potere benché allo stato ammesso nella responsabilità amministrativa (in relazione a fattispecie peculiari: sanità e istruzione).³¹²

È la responsabilità da contatto sociale qualificato. Le obbligazioni senza prestazione³¹³ (poste alla base della responsabilità da contatto sociale), ossia obblighi di comportamento posti in capo a un soggetto per la tutela della sfera giuridica altrui, derivano da un rapporto paracontrattuale, ovvero da un evento che mette in relazione due soggetti facendo sorgere, in capo a uno dei due o a entrambi, accanto all'obbligo principale di prestazione, obblighi reciproci di buona fede, di protezione e di informazione ai sensi degli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c. Il mancato adempimento di tali obblighi fa sorgere una responsabilità cui è applicabile in via diretta la disciplina degli artt. 1218 ss. c.c., pur non trattandosi di responsabilità di fonte strettamente contrattuale.

Questa tesi è stata sviluppata dalla giurisprudenza per affermare la responsabilità del medico per i danni causati al paziente. Sussiste una copiosa giurisprudenza in ordine alla qualificazione giuridica del rapporto tra medico e paziente da ricondurre nel *genus* della responsabilità contrattuale da "contatto sociale" nonostante il dato normativo della legge n. 24 del 2017, che sembra inquadrate la responsabilità medica nuovamente nelle maglie della responsabilità extracontrattuale.³¹⁴

³¹² M.C. Cavallaro, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, cit., 50, ritiene che nel campo dei servizi pubblici, il superamento del criterio di immedesimazione organica ha comportato l'affermazione di un principio di responsabilità contrattuale dell'Amministrazione che eroga il servizio e che prescinde dall'accertamento della responsabilità del singolo operatore. E tuttavia, non è questa la strada che sembra avere imboccato la giurisprudenza in materia di colpa dell'Amministrazione, laddove la responsabilità consegua all'illegittimo esercizio del potere.

³¹³ Vedasi C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini fra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, ora in Id., *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997, 177, ss. Condivide, in molti punti, i ragionamenti di Castronovo, F. G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 6, 4060. Il Castronovo sostiene che sia possibile ravvisare nel rapporto amministrativo regolato dalla l. n. 241/1990 un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione della p.a., su cui incombe l'obbligo accessorio di rispetto o di protezione della sfera del soggetto privato: la violazione di tali obblighi espone la p.a. a responsabilità contrattuale.

³¹⁴ Il *leading case* in materia è Cass. civ., Sez. III, sent. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332 ss.: "non si può criticare la definizione come "contrattuale" della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto. Infatti, la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti anche i principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative. Si fa riferimento, in questi casi, al "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale". Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento – art. 1173 c.c.) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce. La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale anche se il

In tale modo, pertanto, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. Una tale ipotesi riproduce lo schema proprio della responsabilità contrattuale in quanto il soggetto non ha fatto (*culpa in faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*. La tesi della responsabilità da contatto amministrativo qualificato trova il suo archetipo logico-giuridico nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico in quanto ai confini tra contratto e torto (nel senso che, nel primo caso, la fonte del danno risarcibile è contrattuale ex art. 1218 c.c., mentre nella seconda ipotesi è extracontrattuale ex art. 2043 c.c.).³¹⁵

fatto generatore non è il contratto. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui; quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale". Come precedentemente chiarito (v. nota n. 167 *supra*), da un lato parte della giurisprudenza e della dottrina continua, attualmente, a sostenere ancora la tesi della sussistenza del contatto sociale (almeno per i fatti verificatisi in epoca antecedente alla predetta legge), così riducendo la portata della modifica legislativa che inquadra la responsabilità del medico nell'ambito di una responsabilità extracontrattuale, fatti salvi eventuali contratti. Dall'altro, il legislatore ha ovviato alle difficoltà giurisprudenziali di quantificazione del risarcimento del danno in caso di azione di rivalsa (per come distinta dalla azione di regresso) della struttura sanitaria (che parzialmente la dottrina aveva avuto modo di affrontare nella distinzione tra polizza e fideiussione) fornendo delle direttive più chiare proprio sotto un profilo quantitativo, salva la limitazione sotto il profilo soggettivo della sussistenza del dolo e della colpa grave ai fini del produttivo esperimento della stessa: cfr. M. Lopinto, *Regresso e rivalsa della struttura sanitaria in ipotesi di danno cagionato dal medico in via esclusiva post legge n. 24 del 2017*, in *IL Caso.it*, 9 aprile 2021; v. anche M. Barresi, *Responsabilità sanitarie: il travagliato viaggio interpretativo - Dalle rivoluzioni del "contatto sociale" del 1979 e del 1999 alla recente Legge Gelli-Bianco*, pubblicato in *Altalex* il 23/04/2021.

³¹⁵ Cfr. L. Viola - D. Testini, *La responsabilità da contatto con la Pubblica Amministrazione*, Macerata, 2005. Ad essa sarebbero riconducibili ipotesi in cui la forma giuridica del torto (*rectius*: illecito) extracontrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o del chiunque e, nello stesso tempo, manca il cuore del rapporto obbligatorio ma anche il suo requisito impreteribile, la prestazione. Secondo la dottrina civilistica la soluzione a quest'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale potrebbe rinvenirsi abbracciando una diversa prospettiva secondo la quale fonte dell'obbligazione risarcitoria non sarebbe né la violazione del principio del *neminem laedere* né l'inadempimento della prestazione, bensì la lesione di obblighi di protezione, autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, su quello della fonte. Questa figura di responsabilità da contatto sociale ha trovato particolare riconoscimento in giurisprudenza con riguardo alla questione della responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nei confronti del paziente. Le difficoltà della giurisprudenza nell'individuare in tale fattispecie la natura giuridica della responsabilità nascono dalla mancanza di un precedente contratto su cui tale responsabilità possa fondarsi e sulla inopportunità di considerare il medico designato dalla struttura sanitaria come "l'autore di un qualsiasi fatto illecito". Tali difficoltà hanno indotto la stessa Suprema Corte di Cassazione a delineare, quale fonte di responsabilità, il contatto sociale, il cui connotato caratterizzante risiede nell'incolpevole affidamento che il malato pone nella professionalità del medico. Tale genere di responsabilità nasce da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto". Questo "nuovo" modello di responsabilità, d'altronde, presenta una *vis expansiva* di non poco momento, tanto da aver coinvolto, per taluni aspetti, anche il rapporto giuridico insegnante-alunno. Nella nota sentenza delle Sezioni Unite del 2002 (Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ e prev.*, 2002, 4-5, 1013, con nota di G. Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, *ibidem*, 1022-1037; in *Dir. e Giust.*, 2002, 33, 19, con nota di M. Rossetti, *Quando il danno "contatto sociale" si estende agli istituti scolastici*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; in *Studium Juris*, 2002, 1514), infatti, prendendo posizione in senso negativo sulla *vexata quaestio* dell'applicabilità della presunzione di responsabilità a carico dei precettori, ex art. 2048 c.c., nel caso di danno procurato dal minore a se stesso, la Corte ha qualificato il rapporto giuridico *de quo* da "contatto sociale qualificato", come fosse di natura contrattuale, sul presupposto

della inapplicabilità dello schema extracontrattuale a causa della genericità soggettiva della stessa lettera della legge (il legislatore, ex art. 2043 c.c., parla di “colui che ha commesso il fatto”, non prendendo in considerazione alcun rapporto giuridico preesistente come, invece, sembra sussistere nel caso di insegnante-alunno). Nella stessa sentenza, infatti, si è ritenuto che “nel caso di danno arrecato dall’allievo a se stesso, sussiste una responsabilità contrattuale sia dell’istituto scolastico sia dell’insegnante. Con riferimento all’istituto scolastico, l’accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell’allievo determinano l’instaurazione di un vincolo negoziale in virtù del quale, nell’ambito delle obbligazioni assunte dall’istituto deve ritenersi inclusa anche quella di vigilare sulla sicurezza e l’incolumità dell’allievo, anche al fine di evitare che l’allievo procuri danni a se stesso. Con riferimento al precettore, si instaura per contatto sociale un rapporto giuridico nell’ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l’allievo si procuri da solo un danno alla persona”. D’altronde, la stessa giurisprudenza ha formulato la tesi del contatto sociale qualificato prendendo le mosse principali dalla dottrina più autorevole in materia, che già aveva ipotizzato una serie di fattispecie di “responsabilità da contatto sociale qualificato” rinvenibili nel caso di responsabilità precontrattuale, di cd. responsabilità da prospetto, di cd. responsabilità da revisione, di intermediazione mobiliare, nonché in riferimento alle informazioni professionali non veritiere. Come è noto, il nostro ordinamento civile prevede principalmente due forme di responsabilità patrimoniale, diverse per presupposti, quella contrattuale e quella extracontrattuale. La prima presuppone una relazione giuridica tra due soggetti preesistente e differenziata rispetto alla generale relazione di correttezza che sussiste tra tutti i soggetti dell’ordinamento; tale relazione è fonte di obblighi e, quindi, di un programma specifico di comportamento, la cui violazione cagiona un danno. Nella seconda, invece, tale relazione preesistente difetta ed il danno è cagionato da un fatto lesivo con cui si viola la generale relazione di solidarietà che vincola i membri dell’ordinamento. Così, la giurisprudenza, in ambito civilistico, ha chiarito che la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all’attore da alcun rapporto giuridico precedente o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre se a fondamento della pretesa venga enunciato l’inadempimento di un’obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile una responsabilità contrattuale. L’art. 1173 c.c., il quale indica le possibili fonti di tale rapporto giuridico preesistente che dà luogo, in caso di esiti patologici, alla responsabilità civile, non menziona tra le fonti dell’obbligazione una nozione così generica quale quella di contatto sociale; si osserva, tuttavia, che tale disposizione, nello stabilire che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico, delinea un sistema caratterizzato da un’atipicità delle fonti di obbligazioni, tra le quali può essere collocato anche il rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale; *id est* il fatto stesso che il legislatore consideri fonte di obbligazione “ogni altro atto o fatto” idoneo lascia ipotizzare un’ampia gamma di fonti giuridiche, limitate solo dal concetto di idoneità alla produzione in conformità all’ordinamento giuridico, implicitamente confermando la tesi di una responsabilità da contatto. In questo senso, infatti, la stessa tesi del contatto sociale qualificato ben potrebbe trovare la sua fonte giuridica nel concetto di “ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni”, tanto più che nessuna norma giuridica, *expressis verbis*, sembra negare la conformità di tale tesi all’ordinamento giuridico, ex art. 1173 c.c. In materia di diritto ad un’equa riparazione in caso di mancato rispetto del termine ragionevole del processo (ex l. n. 89/2001) si è sostenuto (Cass. nn. 14885/2002 e 15229/2002) che in base all’art. 1173 c.c. possano anche sussistere obbligazioni *ex lege*. Così il diritto ad un’equa riparazione in caso di mancato rispetto del termine ragionevole del processo, avente carattere indennitario e non risarcitorio, non richiede l’accertamento di un illecito, ex art. 2043 c.c., né presuppone la verifica dell’elemento soggettivo della colpa a carico dell’agente; esso è invece ancorato all’accertamento della violazione dell’art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, cioè di un evento *ex se* lesivo del diritto della persona alla definizione del suo procedimento in una durata ragionevole, l’obbligazione avente ad oggetto l’equa riparazione configurandosi non già come obbligazione *ex delicto*, ma come obbligazione *ex lege*, riconducibile, in base all’art. 1173 c.c., ad ogni “altro atto o fatto idoneo” a costituire fonte di obbligazione in conformità all’ordinamento giuridico. Sullo stesso tema (l. n. 89/2001) Cass. n. 6168/2003 ha avuto modo di precisare che il danno, patrimoniale o non patrimoniale, che si pretende venga indennizzato deve essere di volta in volta accertato e non può considerarsi conseguenza automatica ed indefettibile dell’eccessivo protrarsi del processo (v. anche Cass. n. 8/2003). Infine, S. Giacchetti, *La responsabilità patrimoniale dell’amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi – interessi legittimi*, cit., in *Riv. amm.*, 2002, 2, osserva con riguardo alla responsabilità contrattuale che questo rapporto preesistente è di solito costituito da un vincolo di natura contrattuale, ma ben può formarsi anche al di fuori di un contratto (art. 1173 c.c.); sicché la locuzione responsabilità contrattuale è sicuramente riduttiva e sta ad indicare qualunque situazione in cui il fatto lesivo causa di responsabilità è compiuto nell’ambito di un rapporto preesistente ed in violazione di un obbligo da esso previsto.

È proprio in questo settore che può cogliersi appieno la distinzione fra amministrazione *iure imperii* e *iure communi privatorum*, ovvero fra amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni).³¹⁶ La cd. “contrattualizzazione” della responsabilità della p.a. è sostenuta anche allo scopo di assicurare alle parti deboli una più efficace tutela, in termini di alleggerimento dell’onere della prova, termine prescrizione, ecc.³¹⁷ e si è accompagnata al processo di “privatizzazione” della p.a. che ha subito un’accelerazione negli anni recenti, al fine di assicurare una maggiore efficienza. Tuttavia, occorre considerare molto attentamente questi fenomeni. La responsabilità della p.a. per inadempimento senza obbligo di prestazione mette in crisi la distinzione fra amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni)³¹⁸, soprattutto perché la cognizione viene affidata alla giurisdizione ordinaria. Da un lato,

³¹⁶ Ai fini del riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici – siano essi dati o meno in concessione – occorre distinguere tra la sfera attinente all’organizzazione del servizio e quella attinente, invece, ai rapporti di utenza. Ne consegue che, in ipotesi di azione risarcitoria proposta nei confronti dell’ente gestore del servizio energetico e/o proprietario della rete, se il danno lamentato dall’utente è il riflesso dell’organizzazione del servizio stesso, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo (ai sensi delle lettere “c” ed “o” dell’art. 133, comma 1, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario se non si controverte dell’esercizio o del mancato esercizio del potere amministrativo o, comunque, di comportamenti anche mediatamente riconducibili all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni o da soggetti ad essi equiparati, e l’utente proponga l’azione risarcitoria con riferimento ai danni derivanti dal cattivo funzionamento dell’erogazione e chieda la condanna del convenuto a provvedere alla soluzione tecnica dell’inconveniente (Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza n. 7043 del 21 marzo 2013). Appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia che investe il potere dell’Amministrazione relativo all’organizzazione ed alle modalità di attuazione di un “servizio pubblico”, trovando al riguardo applicazione l’art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (nel testo risultante dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), il quale, nella materia dei pubblici servizi, attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione ove si sia in presenza dell’esercizio di potestà pubblicistiche (Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 16391 del 27 luglio 2011 - Principio affermato in una controversia avente ad oggetto il modo di esercizio del potere di programmazione sanitaria da parte di una ASL e, segnatamente, in riferimento alla cd. “sanatoria” con riconoscimento “*ex post*”, in via amministrativa, di una maggiore capacità operativa di strutture sanitarie private convenzionate). Trattasi di un orientamento in qualche misura aderente al dato letterale dell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 e dell’art. 7 della l. n. 205 del 2000, che con lapidaria affermazione escludevano i “rapporti individuali di utenza”, espressamente devoluti alla giurisdizione ordinaria, problema in ordine al quale la giurisprudenza appare tuttora dare soluzione facendo seguito all’orientamento formatosi in relazione alle previgenti disposizioni.

³¹⁷ Cfr. E. Casetta - F. Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, TAR Abruzzo, Pescara 6 luglio 2001, n. 609, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, TAR Lombardia, Sez. III, 31 luglio 2000, n. 5310, e 9 marzo 2000, n. 1869), in *Foro it.*, 2002, 1, pt. 3, 18-20. In merito al dibattito relativo alla responsabilità dell’amministrazione, gli A., pur evidenziando l’importanza delle sentenze nn. 500 e 501, pronunciate nel 1999 dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, in seguito ad un’analisi sommaria della giurisprudenza più recente, giudicano altrettanto importante la scelta del legislatore di estendere lo spettro della giurisdizione esclusiva. Riguardo alla responsabilità da contatto amministrativo, nonostante si tratteggi, in ambito giurisprudenziale e dottrinale, un modello di illecito che ricalca alcuni profili di quello contrattuale, a giudizio degli A., tale modello non si distacca, anche in forza delle sentenze in epigrafe, dall’illecito precontrattuale o extracontrattuale. Un ulteriore assioma che gli A. sostengono essere scalfito è quello della presunzione di legittimità dell’azione amministrativa, sostituito, nel settore in esame, da quello della presunzione di colpevolezza dell’Amministrazione. Da parte degli A. si sollevano, inoltre dubbi legati all’individuazione della fonte dell’obbligazione ed al proficuo impiego della costruzione nell’ambito della lesione degli interessi procedurali, ritenendo opportuno che si spieghi come la violazione di norme procedurali possa automaticamente far sorgere una pretesa risarcitoria in capo al privato. Gli A. attendono dunque ulteriori affinamenti, soprattutto teorici, riconoscendo peraltro che la costruzione in esame ha l’indubbio merito di disvelare il fatto che la posizione dell’Amministrazione nei confronti del privato non può essere assimilata a quella del generico terzo.

³¹⁸ Con la l. n. 241/90 i principi di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa sono diventati criteri giuridici positivi, con la conseguente possibilità di invocare, a loro tutela, il giudice ed il controllore. Giustamente, è stato detto, rappresentano aspetti formanti della costituzione materiale economica (S. Giacchetti, *La responsabilità patrimoniale dell’amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, cit.); si assiste quindi alla prospettiva dell’“amministrazione per risultati” in sostituzione della tradizionale “amministrazione per atti” ed una caratterizzazione del quadro normativo in senso “paritario” e “informale”, con conseguente emarginazione del tradizionale principio di tipicità delle

si pone quindi il problema della incompatibilità dei modelli privatistici con l'attività imperativa (mentre, al contrario, *nulla quaestio* per le attività aventi natura diversa), dall'altro lato, bisogna invero tener conto del magistero della Corte dei conti, che ha superato la predetta distinzione fra atti *iure imperii* e *iure communi privatorum*.³¹⁹

Se in tale contesto è venuta meno l'idiosincrasia della Cassazione per le "giurisdizioni speciali" (anche in questo caso l'enfasi era incentrata sul "potere discrezionale" illustrato in precedenza, sicché si riproponeva il consueto schema che regola il riparto fra giudice amministrativo e ordinario),

manifestazioni dell'attività amministrativa. Concetti di utilità e di rapporto costi-benefici diventano parametro del giudizio e del controllo (A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998). La trasformazione della funzione amministrativa da potere a servizio e la conseguente riconosciuta pari dignità del cittadino di fronte all'Amministrazione, inducono a concepire l'obbligo di quest'ultima nei confronti del primo in termini di vera e propria "prestazione" ai sensi dell'art. 1174 c.c., e quindi a trarre momenti interpretativi, con i dovuti accorgimenti, dai principi generali sulle obbligazioni. Peraltro, in seno al procedimento amministrativo, dottrina e giurisprudenza hanno dato luogo ad una revisione teorica delle fattispecie di illecito che nello svolgimento dello stesso possono perpetrarsi, dando luogo alla figura di una specifica responsabilità contrattuale o, comunque, "da contatto" (per la giurisprudenza e un'ampia elaborazione della problematica v. G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003).

³¹⁹ In passato, costante si era mantenuto l'insegnamento del Giudice della nomofilachia per il quale la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità a carico di amministratori, funzionari ed impiegati dello Stato o degli enti pubblici, per atti connessi al rapporto di servizio o d'impiego e produttivi di un danno (artt. 52 R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, 81 e 82 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e 103 Cost.), andasse esclusa, con riferimento agli enti pubblici economici, per quegli atti posti in essere non nell'esercizio di poteri discrezionali di natura amministrativa, ma nell'ambito della gestione con strumenti privatistici dell'attività imprenditoriale di detti enti, in quanto, in siffatte ipotesi, l'indagine sulla suddetta responsabilità non era ritenuta implicare valutazioni sull'adozione o meno di criteri di corretta amministrazione da parte del dipendente, o della persona legata da rapporto di servizio con l'ente pubblico, ma si esauriva nell'ambito dei principi generali che regolano le obbligazioni di diritto civile, e, conseguentemente, rientrando nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario (Cass., Sez. un., 21 ottobre 1983, n. 6179, in *Giur. it.*, 1984, III, 1, 295, *ex plurimis*, ed anche Cass., Sez. un., 2 ottobre 1993, n. 10381, in *Giust. civ.*, Mass., 1993, 1498; 22 maggio 1991, n. 5792; 2 marzo 1983, n. 1282). È ben vero che gli amministratori dell'ente pubblico economico devono perseguire, comunque, non l'interesse proprio ma quello, di carattere pubblico, dell'ente di appartenenza, ma ciò non era reputato sufficiente a configurare l'esercizio di un potere di discrezionalità amministrativa, ovvero l'espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione o di funzioni pubbliche tali da giustificare la giurisdizione del giudice contabile (cfr. Cass., Sez. un., 15 novembre 1989, n. 4860, in *Giust. civ.*, 1990, I, 71). La loro eventuale responsabilità per l'illecita gestione delle somme dell'ente di appartenenza doveva essere valutata alla stregua dei criteri di correttezza e buona fede che presidono alla materia delle obbligazioni, verificando se il soggetto deputato ad agire in nome e nell'interesse dell'ente pubblico, nell'osservanza di tali criteri, avesse ben valutato la convenienza pratica degli atti compiuti, utilizzando con tempestività ed adattabilità gli strumenti tipici di cui dispongono gli operatori economici, in relazione alle opportunità di mercato ed osservando quelle regole di comportamento che l'ordinamento prescrive per tutti gli imprenditori. Così stando le cose, la responsabilità per danni contestata agli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici non risultava pertanto suscettibile di essere scrutinata alla luce degli obblighi esistenti nell'ambito della p.a., ma doveva essere accertata in base ai principi generali che regolano le obbligazioni di diritto civile; ne conseguiva – ha sempre sostenuto la Cassazione – che la devoluzione di controversie così caratterizzate alla Corte dei conti urterebbe contro le ragioni stesse per le quali la giurisdizione alla stessa intestata è stata concepita e mantenuta. Il principio veniva ancor meglio precisato (Cass. SS.UU. n. 1243 del 1° dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 877, risolvendo le ombre sorte in relazione alle discrasie rilevatesi in ordine alle competenze del controllo e all'ambito giurisdizionale), affermando che, avuto riguardo ad una acclarata natura di ente pubblico economico, opera, in materia di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti, la distinzione fra atti nei quali si esplica, con moduli imprenditoriali, l'attività gestoria, ed atti che si configurano come espressione di poteri autoritativi, di autorganizzazione e di funzioni di rilievo pubblicistico, con il corollario che, ai fini del riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e Corte dei conti, si applicava il principio per cui competono al giudice ordinario i giudizi di responsabilità concernenti l'attività imprenditoriale vera e propria, anche se sottoposta a controlli di tipo amministrativo. Il principio era già stato accennato da Cass., Sez. un., 12 giugno 1999, n. 334, in *Giust. civ.*, Mass., 1999, 1344 (a sottolineare la costanza dell'atteggiamento della Corte, v. Cass., Sez. un., n. 12654 del 15 dicembre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, 9, pt. 1, 2273, con nota di M. A. Visca, *Natura giuridica della AMTAB e conseguente giurisdizione del giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori, ibidem*, 2277-2280; Cass. Sez. un., n. 829 del 29 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 3261).

ciò tuttavia contribuisce a confondere ancora di più il riparto di giurisdizione in quanto l'ambito di competenza del giudice speciale amministrativo (esercizio del potere pubblico: interessi legittimi e questioni risarcitorie; in particolari materie, diritti soggettivi) differisce da quello del giudice speciale contabile (utilizzo di finanza pubblica, a prescindere dalle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, senza distinzioni fra comportamento posto in essere con atti autoritativi o atti privatistici).³²⁰

L'ambito giurisdizionale della Corte dei conti, e la sua basilare importanza nel quadro delle tutele ordinamentali, in quanto volta a garantire il corretto uso delle risorse pubbliche ed il buon andamento della p.a. (artt. 81 e 97 Cost.), sembra aver trovato una linea interpretativa coerente con gli sviluppi delle conformazioni strutturali e delle dinamiche operative delle pubbliche amministrazioni anche nell'orientamento della Corte di Cassazione, profilo di marcata importanza se si considera che tale orientamento è seguito dalla Suprema Corte nella sua attribuzione regolatrice della giurisdizione.³²¹

³²⁰ Peculiarità ha mostrato l'orientamento della Corte di Cassazione con riferimento ai giudizi di conto: in questa ipotesi si ravvisavano e si ravvisano, quali elementi essenziali e sufficienti perché un soggetto rivesta la qualifica di agente contabile, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità contabile, soltanto il carattere pubblico dell'ente per il quale tale soggetto agisce e del denaro o del bene oggetto della sua gestione, mentre resta irrilevante, oltre che l'eventuale assenza, da parte di quel soggetto, di contestazione della responsabilità stessa, il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi indifferentemente secondo gli schemi generali, previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto od in parte (v. Cass. civ., Sez. un., 10 aprile 1999, n. 232). È costante la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione (Sent. 9 ottobre 2001, n. 12367, in *Giust. civ.*, Mass, 2001, 1730; si veda, fra le prime, la sent. n. 846 del 1974) per la quale, alla qualità di agente contabile è assolutamente indifferente il titolo giuridico in forza del quale il soggetto – pubblico o privato – ha maneggio del pubblico danaro (come detto, in un atto amministrativo, in un contratto, o addirittura mancare del tutto). Essenziale è, invece, che in relazione al maneggio stesso del danaro sia costituita una relazione tra ente di pertinenza ed altro soggetto, a seguito della quale la percezione delle finanze avvenga in base a un titolo di diritto pubblico o privato, in funzione della pertinenza di tale danaro all'ente pubblico e secondo uno schema procedimentale di tipo contabile. Orbene, nel giudizio di conto, il bene pubblico non viene in rilievo in quanto funzionalizzato e legato all'azione amministrativa, ma in quanto oggetto, in senso lato, di custodia.

³²¹ Così risulta palese dalla ordinanza della Cassazione a Sezioni Unite n. 19667 del 22 dicembre 2003, ove su ricorso per regolamento di giurisdizione sollevato da amministratore di consorzio comprensoriale per la gestione di opere acquedottistiche (il quale contestava la potestà giurisdizionale della Corte in quanto amministratore di ente pubblico economico, e quindi, secondo costante indirizzo – fino ad allora – sottratto alla giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile in quanto operante secondo modelli privatistici), citato dalla Procura della Corte dei conti per l'Abruzzo in relazione a consulenza finanziaria e a supposto illecito utilizzo di fondi, la Cassazione premiava le note contenute nella difesa dell'Organo di tutela erariale che evidenziavano la complessa plurisoggettività della p.a., il suo ricorso a moduli e strumenti privatistici senza che per ciò venga posto in ombra il fine pubblico, al cui perseguimento, peraltro, vengono asservite ingenti finanze pubbliche, con la conseguenza di una necessaria tutela delle risorse collettive con le modalità risarcitorie, sanzionatorie, ma anche deterrenti dell'azione di responsabilità amministrativa: cfr. L. Venturini, *Necessità di tutela delle risorse collettive e giudizio di responsabilità amministrativa innanzi alla corte dei conti: la costituzione (art. 103), la riforma dell'istituto nel 1994, i mutamenti nella p.a. ed il nuovo orientamento della cassazione in tema di enti pubblici economici*, in *www.diritto.it*, febbraio 2004; Id., *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 6, 294. La Corte in sintesi osserva che il processo di privatizzazione ha "subito un'accelerazione" negli anni recenti, al fine di assicurare alla p.a. una maggiore efficienza, e ciò sotto il profilo, da un lato della forma giuridica (si ricorda *ad exempla* di peculiare rilievo la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici quali l'IRI, l'ENI, l'ENEL, ai sensi dell'art. 15 d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, e l'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che prevede la possibilità di gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata), dall'altro dei moduli operativi riconducibili allo strumentario ed alle regole del codice civile. Sul piano degli equilibri costituzionali, le avvenute innovazioni mantengono però un'esigenza di controllo e garanzia della finanza pubblica: la giurisdizione della Corte dei conti non ha subito un ridimensionamento ma, al contrario, un maggior radicamento della stessa, correlato alla sussistenza di un soggetto pubblico, anche nelle nuove forme che esso può rivestire, dovendosi utilizzare come criterio distintivo quello dell'interesse pubblico perseguito e del conseguente profilo oggettivo legato all'utilizzo delle risorse collettive necessarie per il

Solo la giurisdizione contabile ha pertanto concretizzato effettivamente la “giurisdizione per materia”, la ripartizione delle attribuzioni giurisdizionali per blocchi di materie (d.lgs. n. 29/93, d.lgs. n. 80/1998, l. n. 205/2000), superando dunque la dicotomia fra interesse legittimo (esercizio dell’autorità ed adozione dell’atto autoritativo) e diritto soggettivo (rapporto paritetico); a differenza della giustizia amministrativa che rimane impantanata a metà del guado, con una giurisdizione generale di legittimità sempre più limitata ed una giurisdizione esclusiva, che esclusiva non è, fondata su materie che materie non sono giacché presentano eccezioni ed esenzioni (v. *supra*). Non può sfuggire, al termine di quanto detto, l’importanza di tenere ben distinta la giurisdizione amministrativa sia da quella ordinaria sia da quella contabile, evitando di confondere i criteri di riparto e le rispettive sfere di attribuzione. Allo stesso modo, *de iure condendo*, è auspicabile un intervento organico di riforma complessiva del riparto di giurisdizione che prenda una posizione netta, rimediando alle mezze misure apportate nel recente passato che, a ben vedere, finiscono per applicare il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, criterio che invero non dovrebbe trovare spazio in presenza di una giurisdizione esclusiva *ratione materiae*. Altra considerazione critica all’attuale sistema è quella che verte sulla persistente operatività, pur in ipotesi in cui dovrebbe applicarsi esclusivamente il criterio della materia, del criterio del riparto della giurisdizione basato sulla *causa petendi*, che determina soltanto incertezze ed una complessiva *deminutio* di tutela per il privato, che per conseguire piena soddisfazione deve continuare a rivolgersi a due giudici diversi. E non solo.

La problematica sovrapposizione delle giurisdizioni (non solo fra giudice ordinario ed amministrativo, ma anche fra questi e la Corte dei conti) crea incertezza del diritto. Il nodo gordiano del riparto, unitamente a una legislazione schizofrenica e contorta, fa sì che nella prassi si abbiano le decisioni di giudici diversi su questioni analoghe. Il che è francamente inammissibile in uno Stato di diritto.

Basti pensare al caso deciso da Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, in cui un privato aveva presentato un progetto preliminare di massima per la realizzazione di un grande complesso alberghiero mediante lo strumento del Piano Attuativo Comunale (PAC); in relazione a tale progetto preliminare veniva sviluppata una intensa interlocuzione tra la società proponente, assistita dai professionisti all’uopo incaricati, e gli uffici comunali fino a che – dopo aver espresso parere favorevole, con segnalazione di alcuni chiarimenti e richieste di miglioramenti e con l’invito a presentare richiesta di permesso di costruire in deroga (in sostituzione del PAC già presentato), richiesta che veniva puntualmente effettuata da parte del privato, e dopo l’acquisizione di un parere emanato dalla Regione – l’Amministrazione locale adottava una variante urbanistica e modificava significativamente, in senso restrittivo, il regime edilizio ed urbanistico dell’area in questione. In considerazione di ciò, gli uffici comunali comunicavano al privato la non applicabilità delle deroghe alla erigenda costruzione alberghiera, prospettando l’opportunità di presentare nuovamente un PAC. Sulla scorta della suddetta narrativa la società lamentava come il Comune si fosse comportato in modo ondivago e avesse leso le aspettative ingenerate procrastinando la dovuta decisione in ordine alla domanda presentata, chiedendo la condanna del Comune al risarcimento dei danni.

La fattispecie è del tutto analoga a Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, che ha affermato la responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione per mancata conclusione del procedimento di *project financing* per l’ampliamento del cimitero comunale, con successiva gestione dei servizi annessi, dando seguito al consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111) per cui, nel caso di mancata conclusione del procedimento di *project financing*, sussiste la responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e

raggiungimento della cura generale affidata. Il nuovo e più saldo radicamento istituzionale è portato dall’innovazione legislativa attuata con la l. n. 20 del 1994, che ha ampliato gli spazi e le caratteristiche dell’azione di responsabilità amministrativa, estendendola anche alle fattispecie legate a danni arrecati ad altra Amministrazione, così introducendo un principio di extracontrattualità che non tollera distinzioni fra comportamento posto in essere con atti autoritativi o atti privatistici.

buona fede e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative. Tale responsabilità va, in particolare, riconosciuta nel caso in cui l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse – approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore – e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di insuperabili ragioni ostantive che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto.

In ambedue le vicende appare di palmare evidenza che l'iniziativa è stata del privato mentre la p.a. si è limitata a valutare la fattibilità pratica e giuridica degli interventi proposti dal promotore. Ne deriva che l'errore di fondo è stato commesso dal soggetto proponente che sin dall'inizio non ha verificato adeguatamente la disciplina di settore e le caratteristiche dell'area.

Perciò, se una scorrettezza c'è stata, questa risulta imputabile al privato proponente. La p.a. svolge l'istruttoria, a seguito dell'istanza di parte, al fine di appurare se l'intervento proposto sia fattibile o meno ma non ha alcun vincolo nei confronti del proponente, dovendo essa rispondere anzitutto nei confronti della collettività generale ed essendo altresì l'interesse pubblico indisponibile (o meglio, disponibile fino a un certo punto, nei termini di legge). Alcune variabili non dipendono neppure dalla p.a. procedente come dimostra il parere della Regione nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, evenienza assolutamente normale nel procedimento amministrativo vista la congerie di enti pubblici coinvolti nell'istruttoria e competenti secondo la legge (emblema ne è la conferenza di servizi).

Il problema è che l'Amministrazione procedente non solo è chiamata a rispondere per tutti, ma deve interloquire col privato senza sapere come andrà a finire il procedimento che, regolato dalla legge, è comunque condizionato dalle varie compagini pubbliche deputate ad esprimersi. In ogni caso, va considerata la normale alea imprenditoriale insita nel rischio d'impresa, la quale suggerirebbe di lasciare a carico del proponente l'eventuale conclusione negativa del procedimento (fatta salva la disciplina del danno da ritardo), specialmente quando l'errore di fondo è commesso dal privato e la p.a. svolge l'istruttoria sulla base di tale erronea impostazione.

Non ha davvero alcun senso attribuire alla p.a. una responsabilità da "contatto sociale" per lesione dell'affidamento in assenza di provvedimenti favorevoli (Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236) o la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368), poiché non è questo il criterio da seguire nel procedimento amministrativo (che è regolato dalla legge e non è rimesso alla autonomia delle parti) e viene di fatto obliterato il principio di autoresponsabilità del soggetto proponente.³²²

³²² In tal senso si è espresso, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, sottoponendo all'Adunanza plenaria l'individuazione del giudice competente a decidere sul risarcimento danni conseguente all'annullamento giurisdizionale di una variante e dei conseguenti permessi di costruire (affidamento incolpevole); quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo'; qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione. Nel caso di specie, ad avviso della Sezione, dovrebbe tenersi conto del fatto che: a) la vicenda trae origine da una favorevole variante urbanistica e da permessi di costruire, e cioè da provvedimenti emessi dal Comune in accoglimento delle istanze del dante causa della appellata, e dai titoli edilizi che ella ha chiesto di volturare in proprio favore, ritenendoli conformi ai suoi interessi, negli stessi termini in cui lo erano per il suo dante causa; b) l'interessata ha difeso in giudizio gli atti in questione, risultando soccombente, come l'Amministrazione, sia nel giudizio di annullamento sia in quello, successivo, di esecuzione per violazione del giudicato, laddove è stata definitivamente acclarata la non sanabilità delle opere nemmeno ai sensi dell'art. 38, del Testo unico sull'edilizia; c) ad avviso dell'appellata, l'affidamento ingenerato dal Comune si sarebbe sostanziato nella

propria convinzione di aver titolo a ottenere (e mantenere) i permessi di costruire. A questo proposito, si richiamano i passaggi logico-argomentativi contenuti nella menzionata ordinanza di rimessione alla Adunanza plenaria n. 2013 del 2021, depositata dalla Sezione Seconda, la quale ha evidenziato anche su questo aspetto un contrasto di giurisprudenza tra le Sezioni semplici del Consiglio di Stato: “*Segnatamente, a fronte di un indirizzo per cui la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo «ha accertato l'assenza di un danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo. Tanto che l'amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta jure avrebbe dovuto respingere l'istanza di concessione edilizia» (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183) e per cui «nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo (...) non può (...) dolersi del danno chi – per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. – abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo contra legem) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno» (Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346), vi è un'altra corrente giurisprudenziale favorevole al riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'affidamento del privato verso un provvedimento illegittimo, annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale, seppur in presenza di stringenti limiti in tema di prova della colpa dell'amministrazione, del danno subito dall'istante e del nesso di causalità tra l'annullamento e il predetto danno (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 20 dicembre 2017, n. 5980; T.a.r. Campania, Napoli, sezione VIII, sentenza 3 ottobre 2012, n. 4017, dove si riconduce la tematica de qua alla responsabilità precontrattuale)”. Tanto premesso, il Collegio reputa opportuno svolgere alcune ulteriori precisazioni circa il primo dei cennati orientamenti, il cui esito interpretativo sembra condivisibile. L'affidamento è un istituto giuridico che taglia trasversalmente l'intero ordinamento giuridico e senza dubbio ha rilievo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche nelle fattispecie in cui vi è esercizio di un potere di natura pubblicistica. Il Collegio ritiene che, per aversi un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato, occorra che questi – in buona fede e senza sua colpa – ritenga di avere titolo al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita. In sostanza, ai fini della sussistenza di un affidamento meritevole di tutela, il privato che ha interloquuto con la pubblica amministrazione innanzitutto non deve averla indotta dolosamente o colposamente in errore e comunque deve risultare titolare di una aspettativa qualificata, basata su una pretesa risultante conforme al quadro ordinamentale applicabile al caso di specie. In linea di principio, l'ipotesi dell'annullamento del provvedimento favorevole in sede giurisdizionale va tenuta distinta da quella dell'annullamento d'ufficio in sede autotutela: a fronte del medesimo *petitum* risarcitorio, le *causae petendi* sono differenti. Nel caso di annullamento d'ufficio, l'eventuale affidamento del privato è stato *ab antiquo* considerato rilevante dalla giurisprudenza anche consultiva dello stesso Consiglio di Stato, sulla rilevanza del tempo decorso dall'emanazione dell'atto illegittimo e sull'onere dell'Amministrazione di basare l'atto d'annullamento su una adeguata motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico attuale (salve le precisazioni necessarie nei casi in cui siano stati commessi illeciti in materia edilizia: cfr. la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 17 ottobre 2017). Quando invece avverso l'atto abilitativo è proposto un ricorso al giudice amministrativo da parte di chi vi abbia interesse, la sentenza di annullamento non può tenere conto di un 'legittimo affidamento', rilevando il vizio dell'atto annullato. Sotto tale profilo, può risultare condivisibile la deduzione difensiva del Comune appellante, secondo cui chi esegue un provvedimento – che sia stato tempestivamente impugnato – lo fa 'a suo rischio e pericolo'. Non sembra infatti che possa sussistere un 'legittimo affidamento', da porre a base di una domanda risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione, quando il beneficiario dell'atto – avvertito della possibilità che questo sia annullato – ritenga di effettuare spese, che ragioni di prudenza potrebbero indurre ad evitare. Si può ritenere, in tal caso, che vi sia una 'scelta consapevole' di dare esecuzione ad un atto, malgrado sia stata tempestivamente dedotta la sua illegittimità, poi rilevata dal giudice. Una tale 'scelta consapevole' non può che risultare decisiva anche per escludere sotto il profilo causale la riferibilità del danno all'Amministrazione. Tali considerazioni possono rilevare a maggior ragione quando l'interessato abbia cominciato una attività sulla base di una denuncia di inizio di una attività o dichiarazioni analoghe e poi il giudice amministrativo abbia ravvisato l'insussistenza dei relativi presupposti, censurando la mancanza di provvedimenti repressivi dell'Amministrazione. Anche in questi casi – in capo a chi ha presentato una dichiarazione contrastante con la normativa di settore - non sembra che si possa ravvisare un affidamento meritevole di protezione, dovendo egli imputare solo a se stesso il pregiudizio conseguente all'accertamento della insussistenza dei relativi presupposti. Allorquando si tratti dell'annullamento in sede di autotutela di un provvedimento risultato illegittimo, è dunque ben difficile innanzitutto ravvisare un affidamento 'incolpevole', quando l'illegittimità era riscontrabile dal suo stesso beneficiario. Inoltre, per il caso di annullamento in sede di autotutela, la legge n. 241 del 1990 dispone dettagliate regole riguardanti l'esercizio del relativo potere: da nessuna disposizione e da nessun principio generale si può desumere una regola per la quale l'Amministrazione dovrebbe temere di esercitare il proprio potere di annullamento d'ufficio, perché il destinatario dell'atto di annullamento potrebbe agire per ottenere il*

risarcimento del danno conseguente al ripristino della legalità. In sostanza, non può che affermarsi la sussistenza di un principio di non contraddizione, per il quale l'Amministrazione – qualora abbia riscontrato di avere emanato un provvedimento illegittimo – non può essere posta nella asistemica alternativa di annullare tale provvedimento e di dovere risarcire il danno al beneficiario dell'atto illegittimo, oppure di non annullare affatto il provvedimento, per evitare la proposizione della domanda risarcitoria. Anche per i casi di annullamento in sede giurisdizionale dell'atto illegittimo dovrebbe rilevare il principio di non contraddizione. Nel caso di annullamento del permesso di costruire risultato illegittimo, si verifica la soccombenza del destinatario del titolo, che riveste la qualifica di controinteressato nel giudizio proposto avverso di esso. Ammettere che il controinteressato soccombente possa chiedere il risarcimento del danno, nei confronti della autorità emanante, significa affermare che in ogni caso il beneficiario del provvedimento illegittimo non risponderebbe delle conseguenze di tali illegittimità e anzi di esse comunque si avvantaggerebbe, poiché la sua soccombenza rispetto alla domanda d'annullamento sarebbe 'compensata' dalla sua possibilità di ottenere il ristoro economico dall'Amministrazione, rendendo irrilevante se non altro il principio di autoresponsabilità. Comunque, sempre con riferimento all'ipotesi del permesso di costruire illegittimamente rilasciato, si può affermare che il controinteressato soccombente – a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del titolo – vanta indubbiamente una pretesa risarcitoria nei confronti del progettista che ha elaborato la domanda, la quale è accolta (*de plano* o previ accertamenti) perché l'Amministrazione la ha considerata attendibile, 'fidandosi' del titolo professionale di chi la ha predisposta. Sotto tale profilo, non sembra che possa parlarsi di un affidamento 'incolpevole', quando il richiedente - per il tramite del progettista – abbia presentato un progetto di per sé non assentibile. Il committente non può che rispondere dell'errore commesso dal progettista e può agire nei suoi confronti con la relativa azione contrattuale. In questo contesto, quando sia stato annullato un permesso illegittimo seguito dalla realizzazione delle opere, potrebbe riscontrarsi un *vulnus* alla integrità dell'ambiente e del territorio, configurandosi una fattispecie in cui chi ha ottenuto il permesso illegittimo – più che essere la 'vittima di un illecito' – ne risulta l'autore. Tali considerazioni a maggior ragione possono rilevare, per i casi in cui l'attività edilizia consegua alla presentazione di una dichiarazione di parte, in assenza di un formale atto autoritativo abilitativo. Sotto tale profilo, nei casi concreti – in presenza dei relativi presupposti di fatto – può rilevare anche il principio generale desumibile in materia di illeciti dall'art. 47 del codice penale (sull'"errore determinato dall'altrui inganno"), per il quale "del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo". Pertanto, in linea di principio si potrebbe affermare – in linea col principio di autoresponsabilità – che non può fondatamente chiedere alcun risarcimento chi proponga una istanza di per sé non accoglibile, quando vi sia una asseverazione o una dichiarazione di parte, che in qualsiasi modo attesti la spettanza di un titolo abilitativo, in realtà non spettante. Dovrebbero inoltre rilevare anche tutte quelle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988, circa le regole di diligenza – anche sulla conoscenza della normativa applicabile – cui si devono attenere coloro che svolgono attività in determinati settori della vita sociale. Sembra inevitabile dunque distinguere i casi in cui l'illegittimità sia riconducibile esclusivamente ad un errore commesso dall'Amministrazione, dagli altri casi in cui l'illegittimità consegua alla presa d'atto di elementi poi risultati insussistenti: chi propone una domanda inaccoglibile non potrebbe dunque chiedere il risarcimento, nei casi in cui l'Amministrazione – dopo aver espressamente o tacitamente accolto l'istanza, assecondando l'iniziativa – ripristini la legalità con l'emanazione di un annullamento d'ufficio. Dovrebbe inoltre rilevare una ulteriore regola, per la quale – nel caso di emanazione di un provvedimento *ictu oculi* illegittimo (come nel caso di emanazione di una autorizzazione paesaggistica immotivata) – la palese illegittimità dell'atto dovrebbe fare escludere la fondatezza della domanda risarcitoria di chi abbia ritenuto di porre in essere le attività costruttive, per di più prima che il provvedimento sia divenuto inoppugnabile o in pendenza del relativo giudizio di impugnazione. Anche in tali casi, l'esecuzione di un provvedimento *sub iudice* potrebbe dare luogo ad un comportamento imprudente ed 'a proprio rischio e pericolo', rispetto al quale la successiva sentenza d'annullamento non costituisce un evento imprevedibile. Tutto ciò precisato, nella menzionata ordinanza di rimessione alla Adunanza plenaria n. 2013 del 2021 il risarcimento dei danni per lesione da affidamento sul provvedimento favorevole poi annullato è stato domandato sulla base del rilievo che il Comune aveva rilasciato a suo favore diversi titoli a costruire nella stessa zona omogenea di piano regolatore generale nel solo rispetto della distanza minima tra costruzioni stabilita nel decreto del 2 aprile 1968, n. 1444, e non anche in quella prevista dalle norme tecniche di attuazione di piano. Alla statuizione di rigetto della domanda in primo grado, fondata sul fatto che nessuna colpa dell'Amministrazione è ravvisabile per l'annullamento della concessione edilizia ciò nondimeno rilasciata, poiché il comportamento di quest'ultima «*corrisponde alla convinzione della ditta di aver diritto ad ottenere la concessione edilizia*», la società appellante oppone l'assunto per cui compete in via esclusiva all'Amministrazione interpretare ed applicare la normativa urbanistica ed edilizia applicabile. A fronte di ciò il privato richiedente il titolo a costruire «*deve poter confidare che l'interpretazione della norma da parte dell'autorità preposta a tale compito non costituisca un inganno*», per cui, in caso di errata interpretazione e conseguente illegittimità del provvedimento emesso, l'Amministrazione sarebbe tenuta a risarcire il privato. Nei propri scritti conclusionali la società appellante ha aggiunto, anche a confutazione delle tesi espresse dalla

IV Sezione del Consiglio di Stato, con la sopra citata ordinanza di rimessione ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. dell'11 maggio 2021, n. 3701, che il rischio correlato all'esecuzione del provvedimento favorevole, e nello specifico di un titolo ad edificare, non può sempre essere assunto dal privato «*in base ad un malinteso principio di autoresponsabilità*». Secondo l'appellante, ad eccezione del caso in cui il privato «*abbia proposto istanze infedeli*», il rischio va invece posto a carico dell'Amministrazione, nella sua qualità di «*operatore qualificato*» preposto all'interpretazione ed applicazione delle norme attributive del pubblico potere e responsabile dell'attuazione degli scopi di interesse pubblico stabiliti dalla legge. Sulla prospettazione così sintetizzata, Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, ha ritenuto che la Sezione rimettente, cui il giudizio va restituito ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., dovrà valutare se da essa emerga un affidamento dell'appellante sulla legittimità della concessione edilizia richiesta ed ottenuta, o piuttosto una pretesa a che l'Amministrazione applichi correttamente le regole urbanistico-edilizie vigenti, anche a costo di respingere l'istanza di rilascio di un titolo ad edificare. Dovrà quindi essere verificato se a fondamento della domanda risarcitoria non sia stata dedotta un'aspettativa alla legittimità dell'azione amministrativa, indistinguibile da quella del *quivis de populo*; da questa, se non consegue con carattere di automatismo un rischio a carico del privato che abbia attivato il potere, nemmeno può per converso predicarsi con altrettanto automatismo un diritto al risarcimento del danno a favore di quest'ultimo, se non nei casi in cui sia allegata e dimostrata una convinzione non inficiata da colpa sulla legittimità dell'iniziativa intrapresa e del provvedimento favorevole ottenuto. Nel caso di Cons. Stato, Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, deve sottolinearsi che la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento amministrativo è stata proposta non già dal destinatario di quest'ultimo, ma dalla sua avente causa. La ricorrente non ha partecipato al procedimento di adozione della variante urbanistica che ha reso edificabile l'area poi da essa acquistata. Al momento dell'acquisto del terreno, secondo Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, «la medesima ricorrente poteva dunque confidare sulla destinazione impressa da tale variante, salvo che, in punto di fatto, non risulti accertato, che la stessa potesse essere a conoscenza dei profili di illegittimità della variante che hanno poi portato al suo annullamento; circostanza questa su cui non si traggono elementi nell'ordinanza di rimessione. Sotto il profilo finora evidenziato, ed in relazione ai danni dedotti nel presente giudizio, sembrerebbero dunque profilarsi tutti gli elementi idonei a ritenere che, attraverso l'esercizio della potestà di pianificazione urbanistica da parte del Comune, possa essersi ingenerata nella ricorrente la ragionevole convinzione sulla destinazione edificatoria dell'area e che perciò fosse equo il prezzo di acquisto come area edificabile anziché come terreno agricolo. Della differenza tra i due valori l'amministrazione comunale può dunque essere ritenuta responsabile, al pari del venditore, secondo gli ordinari strumenti di tutela civilistica. Né l'eventuale responsabilità dell'amministrazione comunale può essere esclusa dalla eventualmente concorrente responsabilità del venditore. Si può al riguardo osservare che diversi sono i titoli di responsabilità: quella dell'amministrazione si fonda sull'apparenza ingenerata al di fuori di ogni rapporto con l'acquirente, e dunque sul piano extracontrattuale; quella del venditore per il difettoso risultato traslativo riposa su un titolo contrattuale (sulla possibilità di ravvisare un concorso di diversi soggetti nel medesimo fatto illecito per diversi titoli di responsabilità si rinvia alla consolidata giurisprudenza di legittimità: Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 1987, n. 9407; I, 3 dicembre 2002, n. 17110; III, 8 gennaio 1999, n. 108; 16 dicembre 2005, n. 27713; ord. 17 gennaio 2019, n. 1070). Il concorso di cause è a sua volta fonte di responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 2055, comma 1, cod. civ., dal che discende la facoltà di scelta del danneggiato di rivolgersi ad uno solo dei condebitori solidali, il quale, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, potrà poi agire in regresso nei confronti dell'altro. In ogni caso, sarà la Sezione rimettente, cui va restituito il giudizio ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., ad accertare, alla luce delle considerazioni svolte da questa Adunanza plenaria, se e in che misura al momento dell'acquisto dell'area vi fossero circostanze escludenti un affidamento ragionevole sulla sua edificabilità, quale impressa dalla variante urbanistica poi annullata». Per quanto concerne l'ulteriore posta risarcitoria data dall'inutile attività edificatoria intrapresa dalla ricorrente, e dagli oneri da questa sostenuti per la demolizione, costituisce invece profilo rilevante, in conformità alle considerazioni di carattere generale svolte sopra, verificare quando la ricorrente abbia avuto conoscenza del contenzioso che ha poi portato all'annullamento della variante urbanistica e in via derivata dei titoli ad edificare rilasciati sulla base di quest'ultima. A questo riguardo nei propri scritti conclusionali la ricorrente sostiene di non avere avuto conoscenza del giudizio di annullamento prima del 2010, e dunque a circa due anni di distanza dall'acquisto dell'area, per effetto dell'estensione nei suoi confronti del contraddittorio ordinata in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (con ordinanza collegiale in data 27 maggio 2010, n. 338); l'originaria ricorrente aggiunge che il Comune non avrebbe fornito la prova di una conoscenza in epoca anteriore. Non ha invece carattere esimente il fatto che l'Amministrazione abbia con pervicacia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, come ipotizza l'ordinanza di rimessione. Come infatti esposto in precedenza, ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'Amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconoscibilità dell'illegittimità da parte di quest'ultimo. Pertanto, le ulteriori iniziative adottate dall'Amministrazione a difesa del proprio provvedimento

Ne consegue l'inapplicabilità della responsabilità per inadempimento senza obbligo di prestazione proprio per il fatto che la p.a. non ha alcun obbligo di provvedere nel procedimento amministrativo (ad esempio, si è visto il caso delle gare pubbliche), dovendosi perseguire l'interesse pubblico e non quello del privato; diverso è il caso delle prestazioni di servizio pubblico (sanità, istruzione, ecc.) dove la p.a. effettua delle prestazioni all'utenza: qui è concepibile una responsabilità della p.a. da "quasi contratto" o "contatto" perché non si tratta di procedimenti amministrativi, ma di prestazioni (quindi in questo caso la responsabilità è per inadempimento dell'obbligo di prestazione, semmai).

Dunque, le due fattispecie vanno tenute ben distinte, anche in virtù della diversa competenza giurisdizionale (del giudice amministrativo sul procedimento amministrativo, del giudice ordinario sulle prestazioni e relative inadempienze).³²³ Solo nel secondo caso, infatti, vengono in rilievo elementi di tipo obbligatorio fra le controparti. Nel primo caso invece non possono sussistere quegli obblighi di protezione che la giurisprudenza estende alle p.a. poiché il rapporto amministrativo non è bilaterale e non segue uno schema negoziale, dovendo invero perseguire l'interesse pubblico a prescindere da quello dell'interessato. Diversamente opinando, viene a ribaltarsi l'assetto secondo cui l'interesse privato soggiace alla superiorità di quello pubblico e si impone alla p.a. un vincolo operativo che non trova riscontro nel diritto positivo (salvo per l'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241/90).

6.5 - Responsabilità da cose in custodia (es. strade) e da fauna selvatica

Stando a quanto si è venuti fin qui dicendo risulta di difficile collocazione la responsabilità della p.a. da cose in custodia (ad es. strade) e da fauna selvatica, non risultando affatto agevole discernere fra amministrazione per provvedimenti (*rectius*: procedimenti) e per contratti (*rectius*: prestazioni). Di conseguenza, in questa zona grigia e terra di mezzo non è del tutto chiaro né se sia ipotizzabile la responsabilità per inadempimento senza obbligo di prestazione, né quale giurisdizione sia competente a conoscere delle controversie in materia.

Tradizionalmente è stato adottato lo stesso schema già esaminato in relazione ai servizi pubblici, con la giurisdizione amministrativa sugli atti di programmazione e organizzazione, da un lato, e, dall'altro, la giurisdizione civile sulle questioni particolari che esulano dalla gestione amministrativa, specialmente in ordine ai sinistri che si verificano quotidianamente. Ma si tratta di un uso tralaticio che non sembra adeguatamente ponderato se confrontato con il dettato costituzionale (v. C. cost.,

lungi dall'escludere un affidamento possono semmai rafforzarlo. Del pari non può essere seguita l'impostazione dell'ordinanza di rimessione che dal principio di non contraddizione inferisce la conseguenza per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto, nella sua qualità di controinteressato soccombente nel giudizio di annullamento. L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'Amministrazione. Per converso, va escluso l'opposto estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'Amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico. Non costituisce, infine, elemento costitutivo dell'affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso dalla sua emanazione costituisce semmai fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che peraltro, con le recenti modifiche all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo, ora fissato in dodici mesi.

³²³ Mantenendo salda la distinzione tra il giudice dei rapporti tra privati – che, agendo nei confronti di interessi "dominati dal principio di autonomia", deve semplicemente farsi "garante del rispetto delle regole" – ed il giudice dei rapporti in cui è parte la pubblica amministrazione (intesa quale potere) – che, dovendo controllare l'operato di un soggetto governato dal principio di legalità, "deve anche dettare i principi secondo i quali l'amministrazione deve agire": cfr. S. Cassese, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, I, 550-551.

ord. n. 82 del 1995 e sent. n. 156 del 1999). Pertanto, il nodo gordiano del riparto giurisdizionale rimane inestricabile e appalesa tutti i suoi chiaroscuri in questa materia, presentando luci ed ombre.

A questo punto pare utile confrontarsi su una questione di preminente interesse nell'ambito della responsabilità della p.a.: il risarcimento del danno da insidia e da trabocchetto stradale.³²⁴

Generalmente, si ha la responsabilità extracontrattuale dell'ente pubblico, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ipotizzando una responsabilità omissiva dell'ente, per non avere assicurato una corretta manutenzione della strada pubblica e per non aver eliminato una situazione di pericolo occulto, nonché per non aver segnalato opportunamente la presenza del pericolo. Oppure la responsabilità viene fondata sulla violazione di un obbligo di custodia (art. 2051 c.c.). L'art. 2051 c.c. configura un caso di responsabilità oggettiva del custode e prevede che il danneggiato debba limitarsi a provare il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno. Al custode spetta la prova cd. liberatoria mediante dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità. L'ente proprietario della strada supera la presunzione di colpa quando la situazione che provoca il danno si verifica non come conseguenza di un difetto di diligenza nella sorveglianza della strada, ma in maniera improvvisa e per colpa esclusiva dello stesso danneggiato.³²⁵

³²⁴ Relativamente alla fattispecie, la giurisprudenza è giunta a individuare un profilo colposo della pubblica amministrazione nel caso in cui quest'ultima non mantenga la strada pubblica in condizioni che non costituiscano una situazione di pericolo occulto per l'utente, il quale, ragionevolmente, fa affidamento sulla sua apparente regolarità. Sul punto, si è soliti discorrere di insidia o trabocchetto, ossia di un'anomalia della cosa, la cui imprevedibilità e non visibilità comporta una situazione di pericolo, in conseguenza della quale il soggetto subisce il danno (si veda Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 15375/2011). La pubblica amministrazione è esente da responsabilità se il danneggiato non prova la non visibilità e l'imprevedibilità del pericolo. Questo è quanto stabilito dal Tribunale di Vasto con la sentenza 9-10 febbraio 2021, n. 37: cfr. F. Villa, *Caduta nell'unica buca del manto stradale: danno non risarcibile* - La Pubblica Amministrazione è esente da responsabilità se il danneggiato non prova che il pericolo era invisibile e imprevedibile (Trib. Vasto, sentenza n. 37/2021), pubblicato in *Altalex* il 04/03/2021. Il Tribunale ha dichiarato inammissibile la domanda spiegata dall'appellante in merito alla fattispecie di cui all'art. 2051 c.c., poiché, a suo dire, domanda nuova mai formulata nel corso del giudizio di primo grado, quindi in contrasto con l'art. 345 c.p.c. Secondo il Tribunale, infatti, l'accertamento della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. o all'art. 2051 c.c. si fonda su due diverse *causae petendi*; ciò in quanto l'azione di responsabilità fondata sulla violazione di un obbligo di custodia (2051 c.c.) è intrinsecamente diversa da quella fondata sul principio generale del *neminem laedere* (2043 c.c.). In proposito si veda Suprema Corte di Cassazione, III Sezione Civile, sentenza n. 12329/2004; di recente anche sentenza n. 14622/2009. In buona sostanza, mentre l'azione ai sensi dell'art. 2043 c.c. comporta la necessità, per il danneggiato, di provare l'esistenza del dolo o della colpa a carico del danneggiante, nel caso di azione fondata sull'art. 2051 c.c. la responsabilità del custode è prevista dalla legge per il fatto stesso della custodia, potendo questi liberarsi soltanto attraverso la gravosa dimostrazione del fortuito. Tuttavia, è opportuno precisare in merito che secondo un più recente, meno rigoroso, nonché maggiormente condivisibile orientamento giurisprudenziale, la domanda fondata sull'art. 2051 c.c. non può essere considerata nuova e, quindi, proponibile in appello solo nel caso in cui nel corso del giudizio di primo grado siano state esposte e precisate circostanze fattuali in grado di integrare entrambe le fattispecie contemplate dai già menzionati articoli. Si veda Suprema Corte di Cassazione, III Sezione Civile, sentenza n. 999/2014; anche sentenza n. 18609/2013.

³²⁵ Il comportamento imprudente del conducente interrompe il nesso causale ed esclude la responsabilità del Comune (Cass., Ord. n. 25460/2020). La Corte di Cassazione con l'ordinanza 1° ottobre – 12 novembre 2020, n. 25460, ribadisce il proprio costante orientamento in materia di responsabilità da cose in custodia. La condotta imprudente del danneggiato interrompe il nesso causale tra la cosa custodita (la strada dissestata) e l'evento di danno (il sinistro), quando il soggetto violi il dovere di ragionevole cautela scaturente dal principio di solidarietà (art. 2 Cost.). Tale principio impone al soggetto di adottare "condotte idonee a limitare entro limiti di ragionevolezza gli aggravamenti per i terzi, in nome della reciprocità degli obblighi derivanti dalla convivenza civile" (Cass. n. 17443/2019: v. *infra*). Inoltre, la valutazione dell'efficienza causale della condotta del danneggiato va effettuata tenendo conto di quanto la situazione di danno fosse prevedibile e superabile con l'adozione delle ordinarie cautele impiegabili in circostanze analoghe (Cass., Ordinanze nn. 2480, 2481, 2482 del 2018). In altre parole, più la situazione di danno era evitabile adottando le ordinarie cautele, più deve considerarsi rilevante l'efficienza causale della condotta imprudente del danneggiato. L'imprudenza può essere tale da interrompere il nesso causale, "quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca

La prova liberatoria, quindi, in questa forma di responsabilità, non coincide con la dimostrazione dell'assenza di colpa, ma postula l'allegazione di un elemento esterno al rapporto tra il custode (la p.a.) e la *res* custodita (la strada dissestata), che incida autonomamente sul nesso eziologico. Tale elemento deve essere idoneo ad interrompere il nesso causale e può coincidere con il fatto naturale, il fatto del terzo e, come nella fattispecie in esame, il fatto dello stesso danneggiato.

Essenzialmente, le due forme di responsabilità (*ex artt.* 2043 e 2051 c.c.) *de quibus* rappresentano la medesima dicotomia rimessa all'Adunanza plenaria da CGARS e Consiglio di Stato. La prima configura la consueta responsabilità extracontrattuale della p.a., mentre la seconda costituisce la responsabilità oggettiva da contatto o quasi-contratto (inadempimento senza obbligo di prestazione). Dunque, si afferma la responsabilità civile della p.a. e la giurisdizione ordinaria. Ma può dirsi corretto tale assetto dal punto di vista giuridico? Si pensi al danno causato da buca stradale in situazione di dissesto della via, priva di illuminazione, non asfaltata e cosparsa di buche.

Secondo l'art. 2051 c.c., il custode è responsabile dei danni provocati dal bene di cui è titolare.³²⁶ È pur vero che grava sulla pubblica amministrazione l'obbligo di conservazione del bene demaniale; tuttavia eventuali buche costituiscono insidie solo allorché non risultino, visibili, evitabili e prevedibili. In linea di principio, si ritiene che l'attività amministrativa sia paritetica e, per l'effetto, si profilino diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, come detto. A ben vedere, però, è indubbio che la manutenzione stradale e la pubblica sicurezza intingono nella funzione amministrativa, involgendo interessi pubblici e poteri pubblici. Per un verso la p.a. vigila sulla

un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro" (Cass., Ord. nn. 2345/2019 e 9315/2019). Pertanto, il conducente è esclusivo responsabile del fatto, se provoca l'incidente, benché la presenza della buca fosse evidente, sia per le sue dimensioni che per l'ora diurna del sinistro: cfr. M. Ferrari, *Buca stradale visibile: no al risarcimento per incidente diurno* - Il comportamento imprudente del conducente interrompe il nesso causale ed esclude la responsabilità del Comune (Cassazione civile, ordinanza n. 25460/2020), pubblicato in *Altalex* il 03/12/2020. Della stessa autrice vedasi *Buca stradale, caduta: nessun risarcimento se dissesto è noto* - Per Cassazione n. 17443/2019 la condotta del danneggiato integra il caso fortuito, che interrompe il nesso causale tra cosa custodita ed evento di danno, pubblicato in *Altalex* il 10/07/2019. La condotta del danneggiato integra il caso fortuito e, quindi, interrompe il nesso causale tra la cosa custodita (la strada dissestata) e l'evento di danno (la caduta), quando il soggetto sia a conoscenza della situazione di grave dissesto della via e, nonostante ciò, tenga una condotta imprudente. Pertanto, il Comune, titolare della strada ammalorata, non risponde per la caduta del danneggiato, cagionata dalla buca, quando le pessime condizioni del manto stradale sono immediatamente percepibili da chiunque, *a fortiori* da chi conosce il luogo. Così ha deciso la Cassazione con la sentenza 7 maggio - 28 giugno 2019, n. 17443, ribadendo la propria costante giurisprudenza in materia di responsabilità per danni da cose in custodia (art. 2051 c.c.). La condotta della vittima del danno causato da una cosa in custodia costituisce caso fortuito idoneo ad escludere la responsabilità del custode *ex art.* 2051 c.c. ove sia colposa e imprevedibile. È questo il principio di diritto sancito dalla Suprema Corte nell'ordinanza n. 456 del 13 gennaio 2021: cfr. G. Mattiello, *Infortunio su strada sconnessa: l'ente risponde anche in caso di comportamento incauto* - La condotta della vittima costituisce caso fortuito idoneo a escludere la responsabilità del custode *ex art.* 2051 c.c. quando sia colposa e imprevedibile (Cass. n. 456/2021), pubblicato in *Altalex* il 25/01/2021. La condotta della vittima, invero, assume efficacia causale esclusiva soltanto ove sia qualificabile come abnorme, cioè estranea al novero delle possibilità fattuali congruamente prevedibili in relazione al contesto, potendo, in caso contrario, rilevare ai fini del concorso causale ai sensi dell'art. 1227 c.c. V. anche E. Cinini, *Caduta su buca stradale coperta di foglie: pedone deve provare nesso causale* - nota a Cassazione civile, Sez. III, sentenza 21/03/2013 n° 7112, in *Altalex*, 29 aprile 2013 (aggiornato il 18/04/2014). Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda il volume di R. Plenteda, *Danni da insidie stradali. Analisi e casistica*, Altalex Editore, 2011, e R. Cataldi, P. Storani, F. Romanelli, *Insidie stradali e responsabilità della P.A. e di altri soggetti*, Rimini, 2016.

³²⁶ La Cassazione, con sentenza n. 15383/2006, ha chiarito che la presunzione di colpa per i danni da cose in custodia non si può applicare se sul bene demaniale se non risulti possibile esercitare la custodia intesa quest'ultima come un potere di fatto sul bene. Va detto però che di recente la stessa Corte (sentenza n. 6245/2015) ha ritenuto possibile configurare una ipotesi di responsabilità per cose in custodia in caso di anomalie presenti sulle autostrade, dovendosi ritenere possibile un controllo da parte dell'Ente gestore. Ma vanno distinte quelle situazioni in cui il pericolo è connesso alla strada stessa da quelle in cui il pericolo è stato determinato dagli utenti o da alterazioni improvvise a cui non è stato possibile porre tempestivamente rimedio.

sicurezza stradale attraverso gli organi preposti (gli uffici tecnici per le questioni specialistiche, i corpi di polizia per l'apparato sanzionatorio), per l'altro verso la pianificazione degli interventi di manutenzione rientra fra i compiti istituzionali della p.a. (programmazione di lavori, servizi e forniture e stanziamenti di bilancio). Si desume che il soggetto danneggiato, in realtà, lamenta la mancata attuazione della funzione amministrativa nell'esercizio dei predetti poteri pubblici, ovvero la lesione degli interessi legittimi per omessa manutenzione (che, essendo configurabile *erga omnes* in capo a una collettività indeterminata, non può certo dirsi rapporto bilaterale: in ciò si ravvisa la differenza col sopra illustrato caso dei servizi pubblici a domanda individuale: es. sanità e istruzione). Dunque, l'interesse legittimo (o il diritto soggettivo) è stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'Amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica.³²⁷

³²⁷ Il codice della strada (approvato con decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285) prevede in capo all'ente proprietario del bene l'obbligo di mantenerlo in buone condizioni, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione; l'ente deve occuparsi della manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; del controllo tecnico della loro efficienza, oltre all'apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta (art. 14 del codice della strada, rubricato "Poteri e compiti degli enti proprietari delle strade"). Tale obbligo è, altresì, previsto per i Comuni dall'art. 5 del R.D. 15 novembre 1923, n. 2506, recante "Disposizioni per la classificazione e manutenzione delle strade pubbliche" (che così dispone: "Alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade di quarta classe provvedono i rispettivi comuni a totali proprie spese"). Gli enti proprietari provvedono, inoltre: a) al rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni; b) alla segnalazione agli organi di polizia delle violazioni alle disposizioni e alle altre norme attinenti, nonché alle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni e nelle concessioni. Gli enti proprietari delle strade provvedono altresì, in caso di manutenzione straordinaria della sede stradale, a realizzare percorsi ciclabili adiacenti purché realizzati in conformità ai programmi pluriennali degli enti locali, salvi comprovati problemi di sicurezza. Per le strade in concessione i poteri e i compiti dell'ente proprietario della strada previsti dal codice sono esercitati dal concessionario, salvo che sia diversamente stabilito. Per le strade vicinali di cui all'art. 2, comma 7, i poteri dell'ente proprietario previsti dal codice sono esercitati dal Comune. Emerge *per tabulas* l'esercizio di poteri autoritativi di spettanza della giurisdizione amministrativa (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 156 del 1999, pt. 3.4 dir.: "*Occorre poi considerare che la manutenzione delle strade costituisce per l'ente pubblico un dovere istituzionale non correlato a un diritto soggettivo dei privati, i quali possono far valere soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale dell'ente medesimo*). Pertanto il difetto di manutenzione assume rilievo, nei rapporti con i privati, unicamente allorché la pubblica amministrazione non abbia osservato le specifiche norme e le comuni regole di prudenza e diligenza poste a tutela dell'integrità personale e patrimoniale dei terzi, in violazione del principio fondamentale del *neminem laedere*: venendo così a superare il limite esterno della propria discrezionalità, con conseguente sua sottoposizione al regime generale di responsabilità dettato dall'art. 2043 cod. civ. Ma, nell'accertamento in concreto di questa, non si può ignorare il particolare rapporto che - come sopra si è già accennato - hanno con la strada pubblica, da una parte, l'ente proprietario e, dall'altra, gli utenti, i quali, in coerenza con il principio di autoresponsabilità, sono indubbiamente gravati d'un onere di particolare attenzione nell'esercizio dell'uso ordinario diretto del bene demaniale, per salvaguardare appunto la propria incolumità."). Sul punto vedasi A. Ferretti, *Guardrail pericoloso? Anas condannata per i danni* - nota a Cassazione civile, Sez. III, sentenza 16/01/2013 n° 907, in *Altalex*, 29 gennaio 2013 (aggiornato il 08/07/2013). L'insidia stradale, intesa come pericolo occulto, non visibile e non prevedibile, non integra una regola sostanziale, cioè un'autonoma figura di illecito, ma è solo una figura sintomatica del comportamento colposo dell'ente gestore della strada pubblica, che, in virtù del principio del *neminem laedere*, è tenuto a far sì che il bene demaniale non presenti per l'utente una situazione di pericolo occulto, cioè non visibile e non prevedibile, che dia luogo al cd. trabocchetto o insidia stradale. È quanto ribadito dalla Corte di Cassazione con la sentenza 16 gennaio 2013, n. 907, con cui è stato risolto un caso che si protraeva ormai da 24 anni per un giovane diciannovenne, vittima di un incidente stradale. In particolare, il giovane aveva citato in giudizio l'ANAS per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di un incidente automobilistico verificatosi mentre percorreva una strada statale. Infatti, entrando nella rotatoria esistente, l'autovettura sbandava ed andava ad urtare contro un guardrail in cattivo stato di manutenzione con pezzi di lamiera non più agganciati e collocati orizzontalmente, tanto da conficcarsi nel vano motore dell'automobile ed amputando entrambe le gambe del giovane. L'ANAS negava qualsiasi tipo di responsabilità, ritenendo che la colpa del sinistro era esclusivamente in capo all'attore, evidenziando inoltre che il tratto stradale in considerazione era stato dismesso dalla stessa ANAS e dato in consegna al Comune interessato. Quest'ultimo, costituendosi in giudizio, negava ogni addebito in quanto il guardrail era stato posto in opera dell'ANAS che ne aveva curato la manutenzione da sempre. Il giudice di prime cure riteneva che l'incidente fosse dovuto per 2/3 a responsabilità del giovane (eccessiva velocità dell'autovettura) e per 1/3 a responsabilità dell'ANAS che aveva posizionato il guardrail in modo abnorme,

Ne consegue che, in teoria, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo. Tanto più che il danno lamentato non si verifica per una mera contingenza occasionale (come può essere una calamità naturale: es. alluvione o terremoto), nel qual caso dovrebbe affermarsi la giurisdizione ordinaria (venendo meno il nesso diretto con l'esercizio o omesso esercizio del potere), ma per una carenza strutturale ed intrinseca della proprietà pubblica e della sua conformazione fisica.³²⁸ Infatti,

respingendo peraltro la domanda di risarcimento nei confronti del Comune. In sede di appello, la Corte territoriale confermava la ripartizione di responsabilità decisa in primo grado e condannava l'ANAS a risarcire anche il danno patrimoniale non liquidato dal Tribunale. Rigettava, infine, la domanda di risarcimento diretta contro il Comune. Con il ricorso in cassazione l'ANAS contestava la sentenza; in particolare per l'ANAS la Corte di merito aveva ritenuto erroneamente a suo carico l'obbligo di manutenzione e di custodia della strada oggetto dell'incidente, mentre l'obbligo incombeva sul Comune a cui l'ANAS stessa, anni prima, aveva comunicato che il tratto in oggetto non costituiva più strada statale e rientrava nel demanio comunale. Inoltre, secondo l'ANAS essendo la strada di proprietà del Comune – come stabilito dalla stessa Corte di appello – doveva essere riconosciuto che tale ente, come custode, ne aveva la manutenzione, comprensiva del guardrail. Gli Ermellini affermano la responsabilità dell'ANAS ritenendo che nel caso di specie la norma di riferimento rimanga pur sempre l'art. 2043 c.c., e la colpa dell'ente gestore sia consistita nell'aver creato un affidamento nell'utente della strada o delle sue pertinenze, sulla non pericolosità della stessa, contrariamente a quanto è invece nella realtà accaduto poiché il guardrail, tenuto in cattivo stato di manutenzione, a seguito dell'urto, è penetrato come una lama nell'autovettura tranciando entrambe le gambe del guidatore. Il guardrail causa dell'incidente era stato posto a protezione del tratto di strada sovrastante un torrente dall'ANAS e si congiungeva con un altro guardrail rettilineo posizionato o dall'ANAS o dalla Provincia, con esclusione di alcun intervento da parte del Comune interessato. Inoltre, il tratto di strada non era stato mai formalmente consegnato al Comune dall'ANAS, che ne aveva sempre curato la manutenzione. Secondo i giudici del Palazzaccio la Corte di merito ha escluso correttamente qualsiasi responsabilità del Comune per non aver posizionato il guardrail e per non averne curato la manutenzione, né ordinaria né straordinaria, perché questa era di pertinenza esclusiva dell'ANAS che, indipendentemente da qualsiasi provvedimento sulla proprietà formale della strada, ha continuato a comportarsi come proprietaria della rotatoria e dei vari tratti di accesso alla stessa, anche dopo l'incidente *de quo*. Da qui il rigetto del ricorso presentato dall'ANAS. Dalla sentenza si ricava che è l'effettivo esercizio dei poteri pubblici (o la relativa omissione) da parte della p.a., e non la sua formale previsione in astratto, a radicare la responsabilità, corroborando la tesi secondo cui deve affermarsi la giurisdizione amministrativa correlata all'esercizio (o mancato esercizio) di potere pubblico.

³²⁸ L'amministrazione comunale è responsabile del danno subito dal motociclista caduto a causa della cera presente sul manto stradale, in seguito ad una processione religiosa. Nel caso di specie, infatti, non ricorre il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c., in quanto il custode (ossia il Comune) ha avuto la possibilità di prevedere che la cosa in custodia (la strada), così come inserita nel concreto dinamismo causale, avrebbe potuto cagionare il danno. In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione con l'ordinanza del 23 gennaio 2019 n. 1725, confermando, ancora una volta, l'orientamento della giurisprudenza sulla responsabilità della pubblica amministrazione per danno da cosa in custodia: cfr. M. Ferrari, *Caduta del motociclista: Comune responsabile se il pericolo era prevedibile* - nota a Cassazione civile, Sez. VI-3, ordinanza 23/01/2019 n° 1725, pubblicato in *Altalex* il 14/02/2019. La vicenda riguarda un motociclista, caduto dal proprio mezzo per la presenza di cera sparsa sulla strada, che agisce in giudizio contro il Comune, al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dal sinistro. La cera, infatti, si trovava sulla carreggiata a causa della processione pasquale, che si svolgeva ogni anno e l'Amministrazione non aveva provveduto a pulire il manto stradale. In primo ed in secondo grado la domanda dell'attore veniva rigettata, giacché, secondo i giudici di merito, era insussistente la responsabilità per danno cagionato da cosa in custodia (art. 2051 c.c.), ricorrendo il caso fortuito. In particolare, i giudici hanno assimilato la presenza di cera – colata dalle candele votive dei fedeli durante la processione – alla macchia d'olio sulla strada (Cass. n. 6101/2013), considerando tale circostanza come un fatto imprevedibile per l'amministrazione comunale: l'evento di danno risulta cagionato da "cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione"; i terzi sono i "portatori" delle fiaccole da cui è colata cera sulla pavimentazione stradale che, con la loro condotta, hanno interrotto il nesso di causalità tra la cosa soggetta all'attività di custodia dell'Amministrazione (la strada pubblica) e l'evento dannoso (il sinistro). Secondo il motociclista, invece, il corteo religioso era programmato e il Comune ne era edotto, tanto da destinare alcune strade ad uso esclusivo della manifestazione sacra. Inoltre, è fatto notorio che durante una fiaccolata possa avvenire una dispersione di cera sulla strada, rendendola pericolosa. L'Amministrazione, quindi, poteva transennare la via, inibendone l'accesso o, quantomeno, segnalare agli utenti il pericolo. Inoltre, la processione pasquale era avvenuta circa due/tre ore prima dell'incidente, pertanto, il Comune ben avrebbe potuto intervenire con un servizio di pulizia *ad hoc*. Il danneggiato, quindi, ritiene che la sentenza gravata abbia errato nell'interpretare il concetto di fatto imprevedibile e ricorre in Cassazione. La Suprema Corte ritiene che i giudici di merito si siano discostati dalla corretta interpretazione dell'insegnamento nomofilattico, errando nella qualificazione del

se l'art. 2043 c.c. presuppone una negligente omissione da parte della p.a., l'art. 2051 c.c. impone un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità in capo al custode, fondato sul dovere di

caso fortuito. *Ut supra* ricordato, il *fortuitus casus* è ciò che non può prevedersi: è costituito da eventi che interrompono la serie causale e che consistono in condotte di terzi o del danneggiato, purché non siano conoscibili né eliminabili con immediatezza. In altre parole, la condotta del terzo, di per sé sola, non è sufficiente a spezzare il nesso eziologico, ma occorre che sia connotata da caratteristiche di imprevedibilità e non conoscibilità. Nel caso di specie, la condotta del terzo di cui sopra è quella dei fedeli muniti di cero votivo, tuttavia il loro comportamento, ossia la circostanza che dalle fiaccole coli la cera, è prevedibile; pertanto, la prevenzione della conseguenza pregiudizievole rientra appieno nell'attività di custodia. Il custode, infatti, non deve solo vigilare su quanto già accaduto (manutenzione *stricto sensu* intesa), ma anche su ciò che è prevedibile (manutenzione *lato sensu*, ossia prevenzione). Al lume di ciò, secondo la Cassazione, rientra nel caso fortuito "quel che è impossibile vigilare"; è tale ciò che fuoriesce dall'area del possibile. Infatti, "vigilanza non è soltanto conoscere il presente, ma anche trarne le conseguenze per il futuro; non è quindi solo accertare e rimediare, ma anche prevedere e prevenire". Ne segue ancora una volta che la p.a. risponde per l'omesso esercizio dei poteri pubblici riconosciuti *ex lege* dal codice della strada, e non per un dovere di matrice civilistica (altrimenti nella fattispecie avrebbero dovuto essere ritenuti responsabili anche i terzi "portatori" delle fiaccole da cui è colata cera sulla pavimentazione stradale che, con la loro condotta, hanno causato il sinistro). V. anche Corte d'Appello di Firenze, 18 febbraio 2021: cfr. *Responsabilità da cose in custodia e liquidazione del danno non patrimoniale per morte causata da fatto illecito*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25067 - pubb. 31/03/2021. Al riguardo, premesso che il consolidato assetto interpretativo della giurisprudenza di legittimità ritiene ormai sussumibile nell'alveo applicativo dell'art. 2051 c.c. il profilo della responsabilità della Pubblica Amministrazione in ordine all'obbligo di custodia delle strade pubbliche (tra tante, cfr. Cass. n. 6703 del 19 marzo 2018), si ricorda come nel delineare tale impianto interpretativo la Suprema Corte abbia precisato che "I principi giuridici che, secondo la giurisprudenza di legittimità, governano la materia, possono così riassumersi: la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 cod. civ., prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall'accertamento della pericolosità della cosa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l'insorgenza di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato – con effetto liberatorio totale o parziale – anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale idonea a interrompere del tutto il nesso causale tra cosa ed evento dannoso o da affiancarsi ad esso come ulteriore contributo utile nella produzione del pregiudizio (Cass. civ. 7 aprile 2010, n. 8229; Cass. civ. 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass. civ. 5 dicembre 2008, n. 28811). La radicale oggettivazione dell'ipotesi normativa, insita nella prospettiva adottata – che rende più congruo parlare di rischio da custodia (piuttosto che di colpa nella custodia) e di presunzione di responsabilità (piuttosto che di colpa presunta) – comporta che la responsabilità in questione non esige, per essere affermata, un'attività o una condotta colposa del custode, di talché, in definitiva, il custode negligente non risponde in modo diverso dal custode perito e prudente, se la cosa ha provocato danni a terzi (Cass. civ. 19 febbraio 2008, n. 4279)" (così Cass. n. 4476 del 24 febbraio 2011; nello stesso senso Cass. n. 22898 del 13 dicembre 2012; Cass. n. 18137 del 18 settembre 2015; Cass. n. 11526 dell'11 maggio 2017; Cass. n. 30775 del 22 dicembre 2017; Cass. n. 27724 del 30 ottobre 2018; Cass. n. 9315 del 3 aprile 2019). La stessa Suprema Corte ha ulteriormente puntualizzato che "La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 cod. civ. ha carattere oggettivo e perché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario, e funzione della norma è, d'altro canto, quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ne consegue che tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato), fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante) bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità. L'attore che agisce per il riconoscimento del danno ha, quindi, l'onere di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre il custode convenuto, per liberarsi dalla sua responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale" (così Cass. n. 4279 del 19 febbraio 2008; nello stesso senso: Cass. n. 20427 del 25 luglio 2008; Cass. n. 23939 del 12 novembre 2009; Cass. n. 5910 dell'11 marzo 2011; Cass. n. 7125 del 21 marzo 2013).

precauzione imposto al titolare della signoria sulla cosa custodita³²⁹, in funzione di prevenzione dei danni che da essa possono derivare (e tale prevenzione implica le ridette attività amministrative di

³²⁹ La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza 23 luglio 2012, n. 12811, in tema di risarcimento dei danni determinanti dall'esistenza di un cantiere stradale, afferma la duplice responsabilità del Comune (in qualità di appaltante e ente proprietario della strada) e della società appaltatrice dei lavori pubblici nel caso in cui si verifichi un sinistro nelle vicinanze dell'area del cantiere ma al di fuori di esso (cantiere delimitato regolarmente). La questione oggetto di controversia concerneva un sinistro verificatosi ad un automobilista che sprofondava in una buca (non segnalata e dovuta a dei lavori stradali in corso) del manto stradale; a causa della rottura dell'avantreno la macchina perdeva il controllo e si schiantava, poi, contro un altro mezzo che procedeva in senso opposto. Il soggetto conveniva in giudizio sia il Comune (quale ente appaltante) che la società appaltatrice dei lavori, oltre ovviamente alle compagnie di assicurazione. Il contraddittorio venne integrato con l'intervento della società incaricata della manutenzione stradale. In linea di massima, il principio desumibile dalla sentenza in commento è che nella ipotesi in cui l'area del cantiere risulti delimitata ed affidata alla custodia (esclusiva) dell'appaltatore (con divieto del traffico sia pedonale che veicolare) in caso di danni subiti all'interno della stessa area la responsabilità è esclusivamente dell'appaltatore, quale unico custode. Nel momento in cui, al contrario, l'area, ove vi sono lavori e vi è il cantiere, sia adibita al traffico e, di conseguenza, utilizzata per la circolazione (quindi con conservazione della custodia da parte dell'ente titolare della strada anche se insieme all'appaltatore) la responsabilità, in caso di sinistro, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2051 c.c., ricade sia in capo all'appaltatore che all'ente, fatta salva l'eventuale azione di regresso dell'ente nei confronti del primo soggetto (per il principio sulla responsabilità solidale): cfr. M. Rinaldi, *Buca stradale: sì alla responsabilità solidale fra appaltatore e comune* - nota a Cassazione civile, Sez. III, ordinanza 23/07/2012 n° 12811, in *Altalex*, 11 ottobre 2012 (aggiornato il 11/12/2012). Della stessa autrice vedasi anche *Buca stradale: il pedone distratto ha diritto ad un risarcimento parziale. Tribunale di Milano: concorso di colpa per chi attraversa fuori dalle strisce*, pubblicato in *Altalex* il 22/03/2011.

Peraltro, l'affidamento della manutenzione stradale in appalto alle singole imprese non esclude la sorveglianza ed il controllo da parte del Comune con esclusiva responsabilità dell'impresa appaltatrice. Infatti, il contratto d'appalto per la manutenzione delle strade costituisce soltanto lo strumento tecnico-giuridico per la realizzazione in concreto del compito istituzionale del Comune di provvedere alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade di sua proprietà. Pertanto, nel caso in cui non vi sia stato, come nel caso di specie, il totale (ma soltanto parziale) trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sulla *res*, l'ente proprietario continua a rispondere come custode, atteso che deve continuare ad esercitare sull'opera l'opportuna vigilanza e i necessari controlli: cfr. G. Mattiello, *Insidia stradale: sì alla responsabilità in solido tra p.a. e ditta appaltatrice* - nota a Cassazione civile, Sez. III, sentenza 19/02/2013 n° 4039, in *Altalex*, 1° marzo 2013 (aggiornato il 05/07/2013). Nel caso in esame, due genitori convenivano in giudizio il Comune, committente, e la ditta appaltatrice dei lavori stradali, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni patiti per la morte del figlio, deceduto a seguito d'incidente stradale in moto. In particolare, i genitori sostenevano che i mezzi approntati dalla ditta appaltatrice al fine di impedire l'accesso dei veicoli nella strada in questione (blocchi di cemento) erano stati, in parte, rimossi e che il Comune non avesse predisposto alcuna segnaletica di pericolo. Si evince che – a prescindere dall'ambiguo riferimento a “poteri di fatto” (a dir il vero, sovviene alla mente la già vista giurisprudenza relativa ai comportamenti della p.a.) – la Cassazione sembra recepire la natura duale e bifasica delle procedure amministrative: fase evidenziale di natura pubblicistica e fase esecutiva di natura contrattuale. Pertanto, una volta esaurita la prima fase (in cui la p.a. esercita i poteri *ex lege*: v. nota n. 327 *supra*) tramite le procedure ad evidenza pubblica, il successivo segmento attuativo riveste carattere negoziale e privatistico, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. In tal caso, si ha non solo la presenza di atti paritetici e di diritti soggettivi, ma anche la responsabilità congiunta della p.a. e dell'esecutore materiale (almeno secondo la Cassazione). In realtà, occorre fare una doverosa precisazione che pare mettere in crisi la suesposta giurisprudenza della Cassazione: invero, all'art. 103, commi 7-8, del d.lgs. n. 50/2016 è approntata una disciplina speciale sulla responsabilità in materia di lavori pubblici. L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori. Nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento è stabilito l'importo della somma da assicurare che, di norma, corrisponde all'importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore. La polizza del comma 7 deve assicurare la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al cinque per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza che tenga indenni le stazioni

programmazione ed esecuzione della manutenzione). Del pari, sussiste un equivalente dovere di cautela in capo a chi entri in contatto con la cosa, in virtù del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), che impone al soggetto di adottare condotte idonee a limitare entro limiti di ragionevolezza gli aggravamenti per i terzi, in nome della reciprocità degli obblighi derivanti dalla convivenza civile.³³⁰

appaltanti da tutti i rischi connessi all'utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. L'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio o di commissione da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia nei confronti della stazione appaltante. Al comma 8 è altresì previsto, per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 35, che l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al 5 per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. Detta disciplina sembra traslare sul solo appaltatore la responsabilità civile per i danni ai terzi durante la fase di cantiere (comma 7) e, per i contratti di importo maggiore, perfino nello stadio successivo al collaudo. Se così è, all'eventuale responsabilità della p.a. seguirebbe inevitabilmente l'azione di rivalsa sull'esecutore e sul suo assicuratore. Ciò esclude di fatto la responsabilità solidale della p.a. per come affermata dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale invece fonda la responsabilità della p.a. sull'obbligo di custodia ex art. 2051 c.c. e ne desume che la responsabilità è esclusivamente dell'appaltatore, quale unico custode, solo nella ipotesi in cui l'area del cantiere risulti delimitata ed affidata alla custodia (esclusiva) dell'appaltatore (con divieto del traffico sia pedonale che veicolare) in caso di danni subiti all'interno della stessa area. Nel momento in cui, al contrario, l'area, ove vi sono lavori e vi è il cantiere, sia adibita al traffico e, di conseguenza, utilizzata per la circolazione (quindi con conservazione della custodia da parte dell'ente titolare della strada anche se insieme all'appaltatore) la responsabilità, in caso di sinistro, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2051 c.c., ricade sia in capo all'appaltatore che all'ente, fatta salva l'eventuale azione di regresso dell'ente nei confronti del primo soggetto (per il principio sulla responsabilità solidale). La Cassazione stabilisce così un *discrimen* geografico (area di cantiere) e teleologico (divieto del traffico sia pedonale che veicolare) che non è rinvenibile nel diritto positivo, dove viceversa è fissato unicamente il criterio temporale dei "danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori" sancendone la responsabilità dell'appaltatore a mezzo di polizze assicurative. Del resto, non avrebbe alcun senso disporre l'assicurazione obbligatoria di tali danni (nel caso dell'art. 103, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 addirittura nel periodo successivo al collaudo, dopo che il cantiere è stato sgomberato) se poi ne risponde la stessa p.a. E questo dimostra un'eccessiva responsabilità della p.a., come detto. Da ultimo, vedasi Corte di Cassazione, sentenza dell'11 novembre 2020 – 17 marzo 2021, n. 7553: cfr. M. Ferrari, *Appalto e danno a terzi: quando risponde il committente?* - Nei confronti dei terzi il committente è sempre gravato da responsabilità ex art. 2051 c.c., che non è esclusa dalla consegna dell'immobile all'appaltatore (Cass. 7553/2021), pubblicato in *Altalex* il 01/04/2021. La Corte di Cassazione, in circa 35 pagine di motivazione, fa il punto sulla responsabilità del committente e dell'appaltatore in caso di danni a terzi. Dopo un'articolata disamina della giurisprudenza sul punto, gli ermellini si soffermano sulla responsabilità da cose in custodia, affermando che il committente sia sempre gravato della responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c. nei confronti dei terzi che subiscano dei danni a seguito dell'esecuzione del contratto di appalto. La consegna dell'immobile all'appaltatore, ai fini dell'esecuzione delle opere stesse, non esclude la custodia del bene. Infatti, l'unico limite per tale forma di responsabilità è rappresentato dal caso fortuito, che non può ricondursi automaticamente a qualsiasi inadempimento dell'appaltatore. Infine, possono sussistere ulteriori responsabilità del committente e/o dell'appaltatore ai sensi dell'art. 2043 c.c.

³³⁰ Interessante in tal senso è Tribunale di Roma, 22 giugno 2021, n. 10833: cfr. *Responsabilità per caduta in buca posta sul marciapiede*, in *IL Caso.it*, 22 giugno 2021. Nel caso di cadute o scivolate su un pavimento (nella specie marciapiede), o comunque nell'altrui proprietà, quest'ultima non può ritenersi "causa" del danno, perché ciò che è inerte riveste un ruolo del tutto passivo nella produzione dell'evento, sicché quando la cosa svolge solo il ruolo di occasione dell'evento, ed è svilita a mero tramite del danno in effetti provocato da una causa ad essa estranea, che ben può essere integrata dallo stesso comportamento del danneggiato, si verifica il cosiddetto fortuito incidentale, idoneo ad interrompere il collegamento causale tra la cosa ed il danno disciplinato dall'art. 2051 c.c. e in questi casi il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno, estraneo alla cosa, va tuttavia adeguato alla natura della cosa ed alla sua pericolosità, nel senso che tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte del danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo e dunque la fattispecie può essere disciplinata unicamente – ricorrendo i presupposti della cd. insidia – dall'art. 2043 c.c. Nella specie, la dinamica del sinistro ha fatto propendere per una assenza di responsabilità in capo al Roma Capitale, non essendo dimostrata l'esistenza di un nesso causale tra la presenza della buca/avvallamento e la caduta. Al contrario, per il Tribunale di Napoli, sezione II civile, sentenza 22 luglio 2021, n. 6775, la Pubblica

Analoghe considerazioni valgono per il danno cagionato dalla fauna selvatica.³³¹ La fattispecie in parola assurge ad emblema del riparto giurisdizionale nell'ordinamento nazionale, rappresentando

Amministrazione è responsabile per i danni cagionati da un tombino mal posizionato sulla strada sottoposta alla sua custodia: cfr. F. Villa, *Pedone inciampa in un tombino? Sì al risarcimento se la persona danneggiata è anziana* - Secondo il Tribunale di Napoli (sentenza n. 6775/2021) non si può ignorare che il parametro di visibilità e conoscibilità della pericolosità della *res* cambia al variare dell'età, pubblicato in *Altalex* il 18/08/2021.

³³¹ Sull'accertamento dei danni cagionati dalla fauna selvatica alle colture agricole vedasi Cass., Sez. un., 23 novembre 1995, n. 12106, e 27 ottobre 1995, n. 11173, in *Foro it.*, 1996, 2, pt. 1, 564, con nota di M. Caputi, (*Fauna selvatica protetta e risarcimento dei danni arrecati*). (Osservazioni a Cass. Sez. un. civ. 23 novembre 1995, n. 12106; Cass. Sez. un. civ. 27 ottobre 1995, n. 11173), *ibidem*, 564-566: con queste sentenze la Cassazione conferma il proprio orientamento per quanto riguarda la giurisdizione a seconda che il fondo agricolo danneggiato dalla fauna selvatica protetta si trovi nel comprensorio di un'oasi naturale o in un parco. Nel primo caso si tratta di una vera e propria forma risarcitoria tutelabile davanti al giudice ordinario; nel secondo caso si tratta di un interesse legittimo alla concessione di un indennizzo, e la relativa controversia rientra nella giurisdizione amministrativa. L'A. espone i motivi per cui non appare convincente questa forma di tutela differenziata. V. anche Cass., Sez. un., 29 marzo 1983, n. 2246, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 137; e in *Giur. agr. it.*, 1985, 1, pt. 1, 23, con nota di M. Mazza, *Sui danni provocati alla produzione agraria dalla fauna selvatica protetta*, *ibidem*, 26-28: secondo la sentenza, nelle normative statali e regionali che tutelano la selvaggina limitando l'esercizio della caccia la posizione del proprietario di un fondo per i danni che riceve dal moltiplicarsi degli animali selvatici che non possono essere abbattuti non ha natura di diritto soggettivo. Può avere consistenza di interesse semplice o legittimo quando l'Amministrazione si avvale del potere di "concedere contributi per sopperire alle diminuzioni di redditi aziendali". La normativa in vigore impone la difesa della fauna, ed è escluso che tale difesa possa configurare un fatto illecito da parte della p.a. che, invece, può introdurre un indennizzo, peraltro discrezionalmente, per quanto riguarda l'effettiva quantificazione. Secondo l'ordinanza della Corte costituzionale 4 gennaio 2001, n. 4, i danni prodotti dalla fauna selvatica, e quindi da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività, costituiscono un evento puramente naturale di cui la comunità intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile ex art. 2043 c.c. Per la Corte costituzionale non esiste disparità di trattamento tra il privato proprietario di un animale, il quale è responsabile ex art. 2052 c.c., e la p.a., pure proprietaria della fauna selvatica, che, di fatto, è esonerata dal risarcimento dei danni in quanto non è tenuta ad alcun obbligo di sorveglianza sulla fauna medesima: cfr. V. Dattolico, *Ricognizione della responsabilità per i danni cagionati da fauna selvatica* (nota a ord. C. Cost. 4 gennaio 2001, n. 4), in *Giudice di pace*, 2001, 2, 91-93. V. anche Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241; Cass. civ., Sez. III, 8 gennaio 2010, n. 80; e Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24466, nonché TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 22 novembre 2017, n. 1043, sulle quali si tornerà tra breve. Da ultimo, vedasi Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13848, con nota di S. Cosatti, *La Cassazione fa il punto sul risarcimento dei danni provocati dalla fauna selvatica in caso di collisione con gli autoveicoli. Nota a Cass. civ. 13848/2020*, pubblicato in *ILCaso.it* il 11 marzo 2021, in cui un privato chiedeva che la Regione Abruzzo venisse condannata al risarcimento dei danni subiti dalla propria vettura, in forza dell'impatto tra il veicolo e due cervi. La Regione riconosciuta responsabile dal Tribunale, veniva condannata al risarcimento del danno, e, quindi, ricorreva per cassazione deducendo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione della l. 11 febbraio 1992, n. 157 (e segnatamente degli artt. 1 e 9 di questa) e dell'art. 2043 c.c. ed erronea imputazione della responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica. Rimarcava, in particolare, che la responsabilità era stata riconosciuta per non aver attivato barriere di protezione o strumenti volti ad evitare danni del tipo di quello verificatosi nell'area interessata dal sinistro e sul presupposto che, in materia di controllo della fauna selvatica, i compiti, attribuiti alle Province, sono considerati "funzioni amministrative regionali ad esse delegate". Nessuna autonomia decisionale è stata, però, riconosciuta – sempre secondo la sentenza impugnata – alle Province abruzzesi, in quanto la l.r. 28 gennaio 2004, n. 10, art. 55, comma 5, individuando l'utilizzo delle risorse finanziarie che la Regione pone a disposizione delle Province, non prende in considerazione le funzioni di controllo della fauna selvatica, il cui esercizio, da parte dei delegati, resta pertanto privo di effettività e di concretezza. Quindi non può riconoscersi, secondo la sentenza impugnata, alcuna responsabilità in capo alla Provincia, non avendo ottenuto dall'ente delegante adeguati poteri e provviste per fare fronte a tali situazioni. La Regione, evidenziava allora che questo è stato contraddetto dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui la responsabilità aquiliana per danni da fauna selvatica va ascritta esclusivamente alle Province, in quanto spetta a queste l'esplicazione delle concrete funzioni amministrative e di gestione della fauna, nell'ambito del loro territorio, in forza di compiti attribuiti dalle singole leggi regionali. Il caso finiva così all'attenzione della Corte. Con l'ordinanza in commento la Suprema Corte torna a riflettere sul danno causato dalla collisione tra un veicolo e la fauna selvatica. E, attraverso un complesso ripensamento dell'intera area tematica, giunge a rigettare il ricorso proposto dalla Regione. La pronuncia è senz'altro importante in quanto, con essa, la Terza Sezione della Corte di Cassazione delinea lo stato dell'arte in materia di risarcimento del danno causato dalla fauna selvatica, chiarendo alcuni

un vero e proprio teatro dell'assurdo, una sorta di piccola bottega (o commedia) degli orrori (o errori) nel riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Infatti, sia la legge statale che la normativa regionale pongono a carico della Regione il risarcimento (indennizzo) del danno "non altrimenti risarcibile"; ciò non esclude che in astratto, allorché detto danno abbia i caratteri dell'ingiustizia, di esso debba rispondere l'autore, secondo i principi propri della responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c.³³² La fauna selvatica è di proprietà dello Stato, mentre le funzioni

profili su cui non si era formato un orientamento univoco della giurisprudenza stessa. *In primis*, infatti, gli Ermellini rilevano che la giurisprudenza della Corte non aveva fornito risposta sempre univoca alla individuazione del soggetto tenuto a subire, sul piano risarcitorio, le conseguenze dei danni cagionati dalla fauna selvatica. La giurisprudenza non aveva cioè mai chiarito se il soggetto tenuto al risarcimento fosse da individuarsi nelle singole Regioni, o nelle loro Province o in altri enti che risultino, in concreto, coinvolti in ciascuna vicenda. La Corte precisa che con riguardo a questi ultimi si riferisce a "quelli – e cioè, soprattutto, in relazione a danni verificatisi in occasione di incidenti stradali – proprietari della strada "teatro" del sinistro". I giudici della Terza Sezione ritengono allora che sia necessario, anche per assicurare la corretta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, "un ripensamento dell'intera tematica". La Corte, con un *excursus* storico, evidenzia che il tema della risarcibilità dei danni provocati dalla fauna selvatica è giunto all'attenzione della giurisprudenza, solo dopo che il legislatore è intervenuto in tale tematica, abbandonando la linea di pensiero che qualificando la fauna selvatica quale *res nullius*, induceva a ritenere che non fosse possibile risarcire i danni da questa provocati. Ciò è avvenuto in particolare con la l. 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia) che ha dichiarato la fauna selvatica patrimonio indisponibile dello Stato, tutelata nell'interesse della comunità nazionale, assegnando le relative funzioni amministrative alle Regioni e la possibilità di delega alle Province (art. 5). Impostazione confermata dalla l. 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio). La Cassazione spiega che secondo tale legge le Regioni a statuto ordinario provvedono "ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica" (art. 1), ad esercitare "le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico venatoria", "i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla presente legge e dagli statuti regionali", ad attuare "la pianificazione faunistico-venatoria mediante il coordinamento dei piani provinciali" (art. 9), poiché titolari "di poteri sostitutivi nel caso di mancato adempimento da parte delle province" delle loro funzioni (art. 10). Le regioni "provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia" da esercitare "selettivamente, [...] di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici" (art. 19), istituiscono e disciplinano il fondo destinato al "risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria", per "far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo dalla fauna selvatica, in particolare da quella protetta" (art. 26). Alle Province "spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna secondo quanto previsto dalla L. 8 giugno 1990, n. 142", il cui art. 14, comma 1, lett. f), stabiliva – riprodotta nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 19, comma 1, lett. f) – che spettano alla Provincia "le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale" nel settore costituito da "caccia e pesca nelle acque interne". Delineato il quadro legislativo, la Corte passa a evidenziare i dubbi posti alla attenzione della giurisprudenza, ossia determinare in applicazione di quale norma codicistica e a carico di chi, andasse affermata la responsabilità per i danni cagionati dalla fauna selvatica. Gli Ermellini chiariscono subito che, con riguardo al primo quesito, e cioè in base a quale norma andasse affermata la responsabilità per danni provocati dalla fauna selvatica, la giurisprudenza afferma, quasi graniticamente, che il "danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma soltanto alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico" (per es., Cass. civ., Sez. III, 27 febbraio 2019, n. 5722; Cass. civ., Sez. I, 24 aprile 2014, n. 9276; Cass. civ., Sez. III, 20 novembre 2009, n. 24547; Cass. civ., Sez. III, sent. 21 novembre 2008, n. 27673). E rimarcano che tale orientamento non è stato ritenuto incostituzionale dalla Corte costituzionale che ha ritenuto non presente nessuna irragionevole disparità di trattamento tra il privato, proprietario di un animale domestico (o in cattività), e la p.a., come sopra già visto. In tema, tra i numerosi contributi vedasi A. Cocchi, *Responsabilità per danno cagionato dagli animali: quali frontiere giurisprudenziali?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 3, 790-808; M. Torresani, *Responsabilità e doveri precauzionali degli enti proprietari di strade aperte al pubblico in caso di pericoli recati da fondi attigui alla sede stradale*, in *giustiziavivile.com*, 2015.

³³² L'imprenditore agricolo che subisca un danno da fauna selvatica potrebbe avere a disposizione due azioni, tra loro alternative: la tutela indennitaria, che trova il proprio titolo nell'art. 26, l. n. 157/19992; e la tutela risarcitoria che, stando all'orientamento prevalente, trova la propria fonte nell'art. 2043 c.c. Lo scritto di M. Mauro, *Danno cagionato da fauna selvatica e tutela dell'imprenditore agricolo* (nota a sent. TAR Veneto,

di pianificazione e di coordinamento nonché la responsabilità risarcitoria per i danni provocati dalla fauna selvatica è a carico delle Regioni³³³, ai sensi dell'art. 26 della legge dello Stato n. 11/1992³³⁴

Venezia, Sez. I, 22 novembre 2017, n. 1043), in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 12, 2652-2660, indaga sul rapporto tra tutela indennitaria e rimedio risarcitorio, sul funzionamento e sui limiti di tali rimedi, interrogandosi sulla possibilità di un loro concorso in concreto.

³³³ Quanto alla responsabilità delle Regioni, le Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. un., 29 settembre 2000, n. 1050, in *Foro it.*, 2001, I, 1651, secondo cui il soggetto privato esercente attività d'itticoltura non può vantare, nei confronti della p.a., un diritto al risarcimento dei danni provocati dalla massiccia presenza di uccelli ittiofagi appartenenti a specie protette dalla vigente legislazione sulla fauna selvatica (nella specie, cormorani ed aironi cinerini), ma un semplice interesse legittimo alla concessione degli indennizzi previsti dalle disposizioni legislative in materia: pertanto, la relativa controversia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo: v. nota n. 336 *infra*) hanno osservato, sia pure in tema di regolamento di giurisdizione, che non interferisce sulla questione la sentenza n. 500 del 1999 in materia di "risarcibilità degli interessi legittimi". Essa, infatti, attiene pur sempre alla responsabilità aquiliana della p.a. per il risarcimento di un danno ingiusto, a norma dell'art. 2043 c.c., per cui in siffatta ipotesi è irrilevante se trattasi di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo o di altra posizione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento. Nell'ipotesi del danno causato dalla fauna selvatica, si è fuori dal paradigma della responsabilità aquiliana e quindi per danno ingiusto. Neppure può essere invocato il divieto di *neminem laedere*, posto dall'art. 2043 c.c., poiché nessun profilo di illiceità, nel comportamento delle Amministrazioni, viene posto nella norma statale o nelle norme regionali che prevedono il risarcimento o l'indennizzo, né sono previste circostanze qualificabili in termini di dolo colpa, come la norma di cui all'art. 2043 c.c. invece richiede. Per cui di volta in volta occorrerà esaminare se la legge regionale che prevede l'erogazione, individui la stessa come risarcimento, senza alcun potere discrezionale della p.a., nel qual caso sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, ovvero se trattasi di un indennizzo, rimesso nell'*an* e nel *quantum* ad un potere discrezionale della p.a., nel qual caso sussiste un interesse legittimo, rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo. Se, pertanto, l'effettiva consistenza della posizione soggettiva dedotta deve essere verificata con esclusivo riferimento a detta legislazione, deve rilevarsi che la giurisprudenza al riguardo formatasi non è univoca: hanno, infatti, qualificato in termini di diritto soggettivo la pretesa del privato le sentenze della Cassazione nn. 5501/1991, 11173/1995 e 7301/1997 (tutte relative alla pregressa legge quadro 27.12.1977, n. 968, ed alla legislazione regionale rispettivamente, della Lombardia, del Veneto e della Toscana), n. 12901/1998 (relativa invece al Parco lombardo della Valle del Ticino di cui all'art. 15 legge quadro n. 394/1991) e S.U. n. 587/1999 (relativa alla legge quadro 11.2.1992, n. 157, ed alla legislazione regionale della Lombardia); per contro è stata affermata la natura di interesse legittimo relativamente a pretese risarcitorie avanzate nell'ambito del Parco naturale della Maremma (Cass. 21.3.1983, n. 2246) e del Parco nazionale d'Abruzzo (Cass. 23.11.1995, n. 12106), della regione Emilia (Cass. S.U. n. 1232/2000), della regione Veneto (Cass. S.U. n. 1050/2000), della regione Puglia (Cass. S.U. n. 559/2000). La sentenza delle S.U. 10/08/1999, n. 587, ha invece statuito, quanto alla regione Lombardia, la giurisdizione del giudice ordinario per la domanda di risarcimento nei confronti della regione sul rilievo che dal contenuto degli artt. 10, lettera f, e 26 della legge statale 11 febbraio 1992, n. 157, e 47 della legge della Regione Lombardia 16 agosto 1993, n. 26 (conformi alle precedenti leggi dello Stato 27 dicembre 1977, n. 968, e della Regione Lombardia 31 luglio 1978, n. 47) risulta l'inesistenza di un potere discrezionale dell'Amministrazione pubblica con riguardo all'*an* e al *quantum* del risarcimento, da esse previsto a favore dei conduttori dei fondi rustici, per i danni arrecati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole (si legge nell'art. 26: "Per fare fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola ... è costituito un fondo destinato ... ai risarcimenti"; nell'art. 10, lettera f: "I criteri per la determinazione del risarcimento in favore dei conduttori..."; nell'art. 47: "risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica ..."). Anche in questo caso l'enfasi è posta sulla discrezionalità amministrativa e non sulla posizione soggettiva lesa (che difatti rimane irrisolta).

³³⁴ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241, osserva preliminarmente che l'art. 1 della legge statale 11 febbraio 1992, n. 157, contenente norme per la protezione della fauna selvatica, dispone che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale (primo comma); e le regioni a statuto ordinario provvedono ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela di tutte le specie della fauna selvatica (terzo comma). Si deve aggiungere che le regioni esercitano le funzioni amministrative di programmazione e di coordinamento ai fini della pianificazione faunistico-venatoria di cui all'articolo 10 dalla legge prima richiamata e svolgono i compiti di orientamento, di controllo e sostitutivi previsti dalla stessa legge e dagli statuti regionali. Alle province spettano le funzioni amministrative in materia di caccia e di protezione della fauna ("secondo quanto previsto dalla legge 8 giugno 1990, n. 142": numerosi sono i riferimenti alla legge abrogata e sostituita dal T.U. enti locali approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), che esercitano nel rispetto della legge (art. 9). L'art. 26 (Risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria) della legge 11 febbraio 1992, n. 157, dispone infatti che "per far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati a la produzione agricola ... dalla fauna selvatica è costituito a cura di ogni regione un fondo destinato alla prevenzione e ai risarcimenti ... Le regioni provvedono, con apposite

disposizioni, a regolare il funzionamento del fondo ... prevedendo per la relativa gestione un comitato in cui siano presenti rappresentanti di strutture provinciali delle organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale e rappresentanti delle associazioni venatorie nazionali riconosciute maggiormente rappresentative. I proprietario o il conduttore del fondo è tenuto a denunciare tempestivamente i danni al comitato ... che procede entro trenta giorni alle relative verifiche anche mediante sopralluogo o ispezioni e nei centottanta giorni successivi alla liquidazione". Alle Regioni, quindi, compete l'obbligo di predisporre tutte le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose e, pertanto, nell'ipotesi di danno provocato dalla fauna selvatica ed il cui risarcimento non sia previsto da apposite norme, la Regione può essere chiamata a rispondere dei danni non altrimenti risarcibili. L'art. 47 della legge regione Lombardia n. 26/1993, nell'originaria formulazione, poneva a carico della regione il risarcimento dei danni, non altrimenti risarcibili, arrecati alla produzione agricola, attraverso la costituzione di un fondo regionale, e secondo la procedura ivi prevista. Solo con la modifica apportata dalla l.r. n. 8/2003, al predetto art. 47 l. n. 26/1993 è stato sostituito il termine "risarcimento" con il termine "indennizzo", ed esso è stato posto a carico delle province, degli ambiti territoriali di caccia o dei comprensori alpini di caccia, dei privati titolari di strutture, a seconda dei casi, per quanto prelevando le somme da un fondo regionale. "La provincia, nei limiti e con le modalità previste dal piano faunistico venatorio provinciale, provvede alla liquidazione dei danni accertati". Ne consegue che, quanto al risarcimento del danno, non altrimenti risarcibile, da fauna selvatica verificatosi nella regione Lombardia (nel corso dell'anno 1994, nella fattispecie), il risarcimento del danno poteva essere domandato solo alla regione stessa, a norma dell'art. 47 l. regionale n. 26/1993, nell'originaria formulazione. Sennonché, proprio perché la norma prevedeva detto risarcimento ad opera della regione solo nel caso di danni, non altrimenti risarcibili, come sopra detto e come ritenuto dalla dottrina prevalente, detta forma di risarcimento o di indennizzo (secondo i casi) non rientra nell'ipotesi di responsabilità aquiliana, non trattandosi di danno ingiusto, in quanto nel bilanciamento degli interessi ha la prevalenza l'interesse pubblico alla tutela dell'ecosistema. L'attivazione della responsabilità aquiliana non dipende in via esclusiva dal verificarsi di un danno, ma è subordinata alla formulazione di un giudizio di disvalore (Cass. S.U. n. 500/1999), nel bilanciamento dei contrapposti interessi, che determina che il danno sia prodotto *non iure*. Pertanto, nell'ipotesi in cui il danno venga configurato dal legislatore quale sacrificio imposto al soggetto, l'interesse pubblico e la valutazione dell'evento pregiudizievole sfocia non già in un giudizio di disvalore bensì in una qualificazione giuridica del fatto lesivo, come ispirato a detto interesse pubblico, e quindi compiuto *iure*, che è fuori dalla tutela aquiliana e costituisce una forma di compensazione dell'interesse leso, ove anche definita attecnicamente "risarcimento", integrando una tutela indennitaria, con funzione compensativa dovuta per un danno non antiggiuridico. Ne consegue che, anche nelle ipotesi in cui la legislazione regionale faccia riferimento a "risarcimento del danno" provocato dalla fauna selvatica ed esso sia determinato nell'*an* e nel *quantum* (con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, secondo il riparto della stessa effettuato dalla giurisprudenza delle S.U.), si è fuori dall'ipotesi della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. Ciò non esclude che in astratto, allorché detto danno abbia i caratteri dell'ingiustizia, di esso debba rispondere l'autore, secondo i principi propri della responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c.. Infatti, come sopra visto, sia la legge statale che la normativa della regione Lombardia (per quanto attiene al caso in esame), pongono a carico della regione il risarcimento del danno "non altrimenti risarcibile". In questi termini, e cioè quale domanda avanzata ai sensi dell'art. 2043 c.c., perché possa essere accolta detta domanda occorre che siano anche dedotti e provati la condotta colposa (o dolosa) del convenuto ed il nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso. La sola prova del danno di per sé non integra la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. Nella fattispecie sottoposta a Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241, la ricorrente riteneva che detta condotta colposa del consorzio convenuto consistesse nell'aver omesso i comportamenti cui lo stesso era tenuto a norma dell'art. 13 della legge regionale della Lombardia n. 86/1983. L'art. 13 prevedeva che la gestione delle riserve fosse affidata, come avvenuto nella specie, ad un consorzio fra gli enti interessati (il comma 1 è stato modificato dall'art. 6, comma 1, lett. d) della l.r. 4 agosto 2011, n. 12) e dispone tuttora che "il gestore provveda alla vigilanza ai sensi del successivo art. 26". Quest'ultima norma statuisce che "la vigilanza sull'osservanza dei divieti e delle prescrizioni in materia di tutela dell'ambiente naturale è esercitata dagli enti che gestiscono le rispettive aree protette, tramite il proprio personale, a ciò preposto". L'obbligo di vigilanza predetto, quindi, non attiene anzitutto all'impedire che la fauna selvatica cagioni danni ai fondi privati. Inoltre, ed in ogni caso, secondo la Corte, l'attrice avrebbe dovuto dedurre quale comportamento positivo concreto avrebbe dovuto tenere (e che, invece, non avrebbe tenuto) il soggetto obbligato alla vigilanza per impedire che nella fattispecie gli stornelli causassero danni alle colture della convenuta. Tanto, come rilevato dalla sentenza impugnata, non era stato né alligato né provato. Né il ricorrente nel ricorso assumeva di aver alligato o provato forme di colpa generica consistente in imperizia, imprudenza o negligenza del consorzio convenuto. Se confrontata con la giurisprudenza in materia di sinistri stradali, traspare chiaramente un orientamento molto più restrittivo della Cassazione in merito alla responsabilità della p.a. per danni da fauna selvatica, almeno inizialmente.

(norma analoga è contenuta nell'art. 47 della legge della regione Lombardia n. 26/1993³³⁵ e nelle altre Regioni³³⁶).

³³⁵ Come detto, ancor peggio ha fatto la Regione Lombardia. La legge-quadro statale dell'11 febbraio 1992, n. 157, in particolare all'art. 26 contiene la rubrica "*Risarcimento* dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria" (v. anche art. 10). La legge regionale 16 agosto 1993, n. 26 - "Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatoria", in particolare all'art. 47 contiene invece la rubrica "*Indennizzo* dei danni prodotti dalla fauna selvatica e domestica inselvatichita e nell'esercizio dell'attività venatoria" (la rubrica – che prima parlava di "*risarcimento*" come la legge-quadro statale – è stata sostituita dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b) della l.r. 20 dicembre 2002, n. 32). La responsabilità ex art. 26 Legge 11 febbraio 1992, n. 157, ex art. 47 l.r. n. 26/1993 (prima versione: "risarcimento", anche tramite polizze assicurative, e non "indennizzo") è stata eliminata dall'art. 47, comma 1 e commi 4-5, della Legge regionale n. 26/1993 (post-riforma) nella parte in cui prevedeva e prevede l'*Indennizzo* in luogo del *Risarcimento* (cfr. art. 47 della legge-quadro statale in materia n. 157/1992). L'articolo 47 della legge regionale 16 agosto 1993, n. 26, è stato sostituito dall'art. 2, comma 9, lett. a), della l.r. 2 febbraio 2001, n. 3, e successivamente dall'art. 1, comma 23, della l.r. 8 maggio 2002, n. 7, e poi ulteriormente modificato dall'art. 2, comma 1, della l.r. 20 dicembre 2002, n. 32, dall'art. 3, comma 6, della l.r. 25 marzo 2016, n. 7, dall'art. 12, comma 1, lett. b), della l.r. 26 maggio 2017, n. 15, e successivamente dall'art. 8, comma 1, lett. e) della l.r. 28 dicembre 2017, n. 37, dall'art. 8, comma 1 della l.r. 21 maggio 2020, n. 11, dall'art. 7, comma 1, lett. a) della l.r. 28 dicembre 2020, n. 25. Il testo attuale della norma risulta il seguente: "Art. 47 (*Indennizzo* dei danni prodotti dalla fauna selvatica e nell'esercizio dell'attività venatoria) 1. L'indennizzo dei danni arrecati alle produzioni agricole e alle opere approntate su terreni coltivati ed a pascolo dalle specie di fauna selvatica e domestica inselvatichita è a carico: a) della Regione e della Provincia di Sondrio per il relativo territorio, qualora siano provocati nelle oasi di protezione, nelle zone di ripopolamento e cattura e nei centri pubblici di produzione della selvaggina; b) della Regione e della Provincia di Sondrio per il relativo territorio, qualora siano provocati nei fondi ubicati sul territorio a caccia programmata di cui all'articolo 13, i danni devono essere denunciati entro 8 giorni dell'avvenimento e devono essere accertati attraverso perizie effettuate da personale regionale o provinciale in possesso di adeguata competenza oppure da tecnici abilitati individuati dalla Regione e dalla Provincia di Sondrio per il relativo territorio di concerto con i comitati di gestione degli ambiti territoriali e dei comprensori alpini; gli ambiti territoriali e i comprensori alpini di caccia, per il territorio di competenza, sono tenuti a compartecipare fino al 10 per cento degli indennizzi liquidabili, tramite le quote versate dai singoli soci; c) dei titolari delle strutture territoriali private di cui agli artt. 19 e 38 della presente legge, qualora si siano prodotti nei fondi inclusi nelle rispettive strutture; d) dei proprietari o conduttori dei fondi di cui all'art. 37 della presente legge, qualora si siano verificati nei rispettivi fondi; e) dei titolari delle zone per l'addestramento e per le prove cinofile di cui all'art. 21 della presente legge, qualora si siano verificati nei rispettivi fondi. 1 *bis*. La Regione e la Provincia di Sondrio per il relativo territorio, con modalità definite rispettivamente dalla Giunta regionale e dal Presidente della Provincia di Sondrio, provvedono all'accertamento, alla quantificazione e all'indennizzo dei danni di cui al comma 1, lettere a) e b), nei limiti delle risorse stanziare nei rispettivi bilanci. 1 *ter*. Nel caso di danni arrecati da cinghiali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 3 *bis*, della legge regionale 17 luglio 2017, n. 19 (Gestione faunistico – venatoria del cinghiale e recupero degli ungulati feriti). 2. La Regione e la Provincia di Sondrio per il relativo territorio si fanno carico, nei limiti delle risorse stanziare nei rispettivi bilanci, delle spese per gli interventi di prevenzione dei danni alle produzioni agricole e alle opere approntate su terreni coltivati e a pascolo da realizzare in fondi ubicati nelle oasi di protezione, nelle zone di ripopolamento e cattura e nei centri pubblici di produzione della selvaggina, nonché sul territorio a caccia programmata, previa valutazione di fattibilità degli stessi interventi. Per gli interventi da realizzare sul territorio a caccia programmata è altresì necessario acquisire il parere dei comitati di gestione degli ambiti territoriali e dei comprensori alpini di caccia, tenuti a compartecipare fino al dieci per cento delle spese sostenibili, tramite le quote versate dai singoli soci. 3. I nuovi impianti che fruiscono di finanziamenti CEE debbono già prevedere nella domanda di contributo le opere di difesa dei danni provocabili dalla fauna selvatica e domestica inselvatichita. Per tali impianti non sono ammesse richieste di indennizzo danni. 4. La Regione e la provincia di Sondrio per il relativo territorio provvedono alla gestione delle somme assegnate, sentito il Comitato tecnico costituito a norma del comma 2, dell'art. 26 della legge 157/92. 5. La Regione e la Provincia di Sondrio per il relativo territorio provvedono alla concessione dei contributi finalizzati alla prevenzione dei danni secondo modalità definite rispettivamente dalla Giunta regionale e dal Presidente della provincia di Sondrio. 6. La Regione e la provincia di Sondrio per il relativo territorio, qualora accertino ripetuti fenomeni di consistente predazione dei frutti di vigneti e frutteti dovuti all'eccessiva consistenza di una o più specie di fauna selvatica, attuano interventi di sfoltimento della popolazione faunistica interessata, avvalendosi anche della collaborazione delle associazioni venatorie." A seguito del passaggio delle funzioni amministrative dalle Province alla Regione, nel 2016 (per effetto della l.r. 25 marzo 2016, n. 7), sono state uniformate le procedure attuative di quanto previsto dall'art. 47 della l.r.

n. 26/93 relative ai danni da fauna selvatica alle produzioni agricole e alle opere approntate sui terreni coltivati ed a pascolo, in conformità alle disposizioni comunitarie in materia di aiuti di Stato. La lettera dell'art. 47 è stata quindi sostituita dall'art. 12, comma 1, lett. b), numeri 1) - 5), della l.r. 26 maggio 2017, n. 15 e successivamente modificata dall'art. 8, comma 1, lett. e) della l.r. 28 dicembre 2017, n. 37, sostituendo la Regione e la Provincia di Sondrio alla precedente competenza delle Province. Ai sensi dell'art. 2 (Funzioni regionali e provinciali) della l.r. n. 26/93, la Regione esercita, nel rispetto della legge n. 157/1992, le funzioni di pianificazione, indirizzo, coordinamento, controllo, nonché le funzioni amministrative previste dalla presente legge in materia faunistico-venatoria (comma 1) e, nell'esercizio delle funzioni amministrative, assicura, anche tramite i suoi uffici territoriali, la diffusione sul territorio dei servizi erogati (comma 1 *bis*); la provincia di Sondrio esercita, per il relativo territorio, nel rispetto della legge n. 157/1992, le funzioni amministrative in materia faunistico-venatoria secondo quanto previsto dalla presente legge (comma 2); la giunta regionale si sostituisce alla provincia di Sondrio in caso di inadempienza nell'espletamento dei compiti previsti dalla presente legge (comma 3); infine, al comma 4 è previsto che i predetti enti possono avvalersi dell'istituto nazionale per la fauna selvatica quale organo consultivo di carattere scientifico, nonché negli enti ed istituti specializzati di ricerca indicati all'art. 9, comma 5. La concorrenza di competenze tra regione (per lo più con funzioni programmazione e controllo) e provincia (funzioni amministrativo-attuative) induce ad affermare che "ai fini della responsabilità verso i terzi per danni causati dalla fauna selvatica, da un lato la provincia è responsabile, ad esempio, "per le catture, i ripopolamenti e le immissioni degli animali selvatici e per le verifiche della densità faunistica all'atto dell'immissione in natura; dall'altro la regione è responsabile", ad esempio, "per i controlli da esercitare in ordine alle condizioni, agli spostamenti, al numero di capi raggiunto, alla densità e agli habitat di vita della fauna medesima" (Tribunale di Vasto, sentenza 07/07/2011; Cass. civ., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 13488). La D.G.R. 30 marzo 2016, n. 4998 (Prime determinazioni in merito all'effettivo trasferimento delle funzioni delle Province e della Città metropolitana di Milano riallocate in capo alla Regione ai sensi della l.r. 19/2015 e della l.r. 32/2015. Aggiornamento delle delibere X/4570 e X/4934) ha stabilito che le funzioni in materia di caccia di cui all'allegato A della l.r. n. 19/2015 e della l.r. n. 32/2015, dalla data del 1° aprile 2016 sono esercitate da Regione Lombardia, e che, in merito all'indennizzo danni prodotti dalla fauna selvatica e domestica inselvatichita, le Province e la Città metropolitana di Milano provvedono alla liquidazione dei danni denunciati fino alla data del 31 marzo 2016. La D.G.R. 18 novembre 2016 - n. X/5841 ha infine stabilito, per le domande di indennizzo e contributo presentate dal 1° gennaio 2017, "Criteri e modalità per l'indennizzo dei danni arrecati e per la concessione di contributi per la prevenzione dei danni alle produzioni agricole e alle opere approntate sui terreni coltivati ed a pascolo dalle specie di fauna selvatica e fauna domestica inselvatichita, tutelata ai sensi dell'art. 2 della l. 157/92 - L.r. 26/93, art. 47, comma 1, lett. A) e B) e comma 2". La medesima D.G.R. al punto n. 7 si premura di stabilire che: a) "i criteri di cui al punto 1 si applicano alle domande di indennizzo e contributo presentate dal 1° gennaio 2017 e fino a eventuale nuova determinazione"; e b) "per le domande di indennizzo e contributo presentate entro il 31 dicembre 2016 e la relativa istruttoria continuano ad applicarsi i provvedimenti provinciali vigenti ai sensi della l.r. 7/2016 e che le stesse dovranno essere corredate o integrate dalla dichiarazione sostitutiva di cui al punto 6c del presente provvedimento". La questione non è banale perché il punto 3 della D.G.R. prevede che gli indennizzi e i contributi di cui al punto 2 siano concessi ed erogati nel rispetto del regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 (G.U. Unione Europea L 352 del 24 dicembre 2013) relativo all'applicazione degli artt. 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli aiuti *de minimis* nel settore agricolo con particolare riferimento agli articoli 1 «Campo di applicazione», 2 «Definizioni», 3 «Aiuti «*de minimis*»», 5 «Cumulo», 6 «Controllo», che stabilisce che il contributo complessivo degli importi *de minimis* erogabili ad una stessa impresa non deve superare i 15.000,00 euro nell'arco di tre esercizi finanziari. La D.G.R. sembrerebbe quasi volersi estendere – in via retroattiva – ai procedimenti non ancora chiusi, con il predetto limite d'importo. Nel susseguirsi di mutamenti normativi e disciplinari nella materia, il "risarcimento del danno subito" è via via divenuto un mero "indennizzo simbolico contingentato". Peraltro, la norma statale non è stata attuata appieno. La legge-quadro statale prevede la formazione di un "comitato" in cui siano presenti rappresentanti di strutture provinciali delle organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale e rappresentanti delle associazioni venatorie nazionali riconosciute maggiormente rappresentative. Lo stesso era previsto nell'art. 47 della legge regionale n. 26 del 1993 che recepiva la legge-quadro statale. Ai fini della gestione del fondo regionale in ciascuna provincia doveva essere costituito e preposto un comitato composto da: a) l'assessore delegato alla materia; b) tre rappresentanti delle organizzazioni agricole maggiormente rappresentative a livello provinciale; c) tre rappresentanti delle associazioni venatorie maggiormente rappresentative a livello provinciale (v. art. 47, co. 5 della legge regionale n. 26 del 1993). Il predetto comitato non è mai esistito in Lombardia. Inoltre, la norma dell'art. 47 della legge regionale n. 26 del 1993, rubricata "Risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e nell'esercizio dell'attività venatoria" ammetteva sì al comma 2 che "i danni arrecati dalle specie selvatiche possono essere risarciti anche mediante polizze assicurative stipulate dalla provincia o dai comitati di gestione degli ambiti territoriali e dei comprensori alpini di caccia" (dal 2001-2002 non è più prevista la delega alle

La complessità ed eterogeneità del dettato positivo e le plurime disposizioni di legge hanno reso complesso individuare un orientamento univoco della giurisprudenza circa la posizione lesa e l'identificazione del soggetto da ritenere responsabile.³³⁷

assicurazioni, anche se nella prassi continua ad essere praticata in contrasto con il disposto della legge che stabilisce l'indennizzo mediante appositi stanziamenti di bilancio: che senso ha la predetta previsione se poi il ristoro viene demandato alle compagnie assicurative? E quest'ultime a che titolo dovranno liquidare il danno?), ma al comma 3 faceva espressamente carico "alla giunta regionale il risarcimento, tramite le province, dei danni provocati dalla selvaggina alle coltivazioni agricole e nelle oasi di protezione, nelle zone di ripopolamento e cattura, nei centri pubblici di produzione di selvaggina; le province nell'ambito dello stanziamento loro assegnato, concedono i contributi per le finalità predette". Il risarcimento dei danni provocati negli ambiti territoriali e nei comprensori alpini di caccia era disposto dai comitati di gestione, d'intesa con le province. Il proprietario o il conduttore del fondo era tenuto a denunciare tempestivamente i danni alla provincia la quale procedeva entro trenta giorni alle relative verifiche anche mediante sopralluoghi ed ispezioni e poi trasmetteva le relative perizie ai comitati di gestione degli ambiti territoriali e dei comprensori alpini di caccia, i quali provvedevano alla liquidazione nei centottanta giorni successivi.

³³⁶ La controversia instaurata nei confronti della Regione Veneto per ottenere – a norma degli artt. 26 l. n. 157 del 1992 e 28 l.r. Veneto n. 50 del 1993 – il ristoro dei danni arrecati alla produzione agricola (in caso di specie attività itticola) dalla fauna selvatica (in particolare da quella protetta), è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che la norma citata, riferendosi ai danni "non altrimenti risarcibili" e prevedendo solo "contributi per il risarcimento", configurano come interesse legittimo la posizione soggettiva dei danneggiati. Cfr. Cass. civ., Sez. un., 29 settembre 2000, n. 1050, cit., in *Dir. e Giur. Agr.*, 2001, 7-8, pt. 2, 453, con nota di E. Di Sciascio, *Indennizzo e giurisdizione: alcune osservazioni in materia di danno provocato da fauna selvatica*, *ibidem*, 2001, 455-457. Alcune società, proprietarie di valli da pesca nella laguna veneta convenivano in giudizio la Provincia e la Regione Veneto per il risarcimento del danno provocato da cormorani ed aironi cinerini, uccelli ittiofagi protetti, ai loro allevamenti. Proposto regolamento preventivo di giurisdizione, le sezioni unite, con la sentenza in esame, hanno concluso per la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'inesistenza di un diritto soggettivo in capo ai danneggiati. Analizzato l'*iter* argomentativo della sentenza ed esaminato il funzionamento in concreto del fondo, di cui all'art. 9 della legge regionale n. 46/1999, per il ristoro dei danni in questione, l'A. sostiene che nel caso di specie siamo di fronte ad un diritto soggettivo. Da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. III, 29 aprile 2020, n. 8383. L'indennizzo ex art. 59 della l.r. Sardegna n. 23 del 1998 è previsto per i soli danni provocati dalla fauna selvatica nelle zone espressamente indicate in tale disposizione, al di fuori delle quali non assume rilevanza, ai fini del riconoscimento della tutela indennitaria, la mancata adozione da parte della Regione di strumenti normativi complementari, come il piano faunistico-venatorio ex art. 19 l.r. cit., necessari per l'individuazione degli specifici contesti territoriali in cui opera il meccanismo indennitario: cfr. *L'indennizzo per i soli danni provocati dalla fauna selvatica è previsto solo per le zone espressamente indicate*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 23642 - pubb. 27/05/2020. E Cassazione civile, Sez. VI, 02 ottobre 2020, n. 20997: in materia di danni cagionati da fauna selvatica, l'indennizzo ex art. 26 della l.r. Campania n. 8 del 1996, non costituendo risarcimento del danno conseguente ad illecito aquiliano, non prevede necessariamente l'integrale ristoro del pregiudizio subito dal privato ed è dovuto esclusivamente alle condizioni e nei limiti derivanti dalla normativa regionale e locale; pertanto, ove il danneggiato agisca per ottenere l'integrale risarcimento del danno subito, a prescindere dalle condizioni e dalle limitazioni previste dalla normativa locale, la domanda sarà da qualificare come ordinaria azione risarcitoria.

³³⁷ Per la citata Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241 (in *Guida al Diritto*, 2004, 41, 47, e in *Resp. civ.*, 2005, 8-9, 697, con nota di F. Reato, *La responsabilità della P.A. per il danno cagionato dalla fauna selvatica*, *ibidem*, 700-702), il ristoro del danno non altrimenti risarcibile arrecato alla produzione agricola dalla fauna selvatica deve essere richiesto nei confronti della Regione, a norma dell'art. 26 della legge 11 febbraio 1992, n. 157 (e, nel caso di specie, anche dell'art. 47 della Legge regionale n. 26 del 1993 della Regione Lombardia). Detta forma di compensazione dell'interesse leso (qualificata dalle leggi regionali talvolta come risarcimento e talvolta come indennizzo) non rientra nell'ipotesi di responsabilità aquiliana, non trattandosi di danno ingiusto, non potendosi tuttavia escludere in astratto che, allorché tale danno abbia i caratteri dell'ingiustizia, di esso debba rispondere l'autore secondo i principi propri della responsabilità aquiliana (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ammesso la citazione ai sensi dell'art. 2043 c.c. del consorzio di comuni gestore della riserva avicola dalla quale provenivano gli uccelli che avevano prodotto danni alle colture, rilevando che l'intervento della Regione ex l. n. 157 del 1992 citata era previsto solo in ipotesi di danno "non altrimenti risarcibile"). V. anche A. Ferrero, *La legittimazione passiva nell'azione per i danni cagionati da fauna selvatica* (nota a Cass., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22886), in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 3, 553-555. Da ultimo, vedasi Cass. civ., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13848, con nota di S. Cosatti, *La Cassazione fa il punto sul risarcimento dei danni provocati dalla fauna selvatica in caso di collisione con gli autoveicoli*. Nota a Cass. civ. 13848/2020, cit. La Cassazione rileva la presenza di una corrente di pensiero inizialmente dominante

secondo cui il soggetto “nei cui confronti ritenere operante la Generalklausel di cui all’art. 2043 c.c.” era la Regione, dal momento che aveva il potere di disciplinare la tutela della fauna e la gestione del territorio, anche ove questa avesse delegato alle Province: la delega non fa venir meno la titolarità del potere. Per questo primo orientamento la Cassazione riporta Cass. civ., Sez. III, 21 febbraio 2011, n. 4202; Cass. civ., Sez. III, 16 novembre 2010, n. 23095; Cass. civ., Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 467; Cass. civ., Sez. III, 7 aprile 2008, n. 8953. A questo primo orientamento si contrappose quello per cui “- proprio sul presupposto che il fondamento della responsabilità fosse da individuare nell’art. 2043 c.c. - i danni causati dagli animali selvatici non fossero sempre imputabili alla Regione, bensì all’ente, fosse esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, cui fossero stati concretamente affidati, nel singolo caso, poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, e ciò sia che essi derivassero dalla legge, sia che trovassero la fonte in una delega o concessione”. Di questo orientamento, *ex multis*, è Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2017, n. 18952. La Cassazione spiega che tra l’altro “nell’ambito di tale secondo orientamento, si sono venute operando delle puntualizzazioni ulteriori”. Messa in luce la mancanza di un orientamento giurisprudenziale stabile, la Corte sottolinea come tale stabilità sia connessa alla effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, come spesso sottolineato dalla giurisprudenza stessa. Pertanto, i giudici segnalano la necessità di ripensare il criterio di imputazione della responsabilità per danni causati dalla fauna selvatica. Ad avviso della Corte, infatti, le difficoltà nell’identificare quale soggetto sopporti la responsabilità per tali danni derivano dalla scelta di escludere il regime dell’art. 2052 c.c., stante che l’articolo sarebbe limitato agli animali domestici perché “recante un criterio di imputazione della responsabilità basato sulla violazione di un dovere di “custodia” dell’animale, da parte del proprietario o di chi lo utilizza per trarne un’utilità (patrimoniale o affettiva), custodia per natura non concepibile per gli animali selvatici, vivendo essi in libertà”. Tuttavia, gli Ermellini chiariscono che la lettera e la *ratio* della norma non giustificano tale interpretazione perché da un lato la norma *de qua* non è espressamente limitata agli animali domestici, fa invece “riferimento, esclusivamente, a quelli suscettibili di “proprietà” o di “utilizzo” da parte dell’uomo” e dall’altro “prescinde dalla sussistenza di una situazione di effettiva custodia dell’animale, come si desume [...] dal suo stesso tenore letterale, là dove prevede, espressamente, che la responsabilità del proprietario o dell’utilizzatore sussista sia che “l’animale fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito”. Dunque, la Corte spiega che la menzione alla proprietà o all’utilizzazione mira a creare “un criterio oggettivo di allocazione della responsabilità in forza del quale, dei danni causati dall’animale”, in base al quale è responsabile “il soggetto che dallo stesso trae un beneficio, in sostanziale applicazione del principio “*ubi commoda ibi et incommoda*”, con l’unica salvezza del caso fortuito”. Del resto, congruentemente a quanto specificato in precedenza, la Corte rammenta che il fatto che vi sia la proprietà dello Stato su talune specie di animali selvatici “deriva dalla loro appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato” e “soprattutto, dall’essere tale regime di proprietà pubblica espressamente disposto in funzione della tutela generale dell’ambiente e dell’ecosistema”. E, quindi, i giudici concludono che “poiché tale funzione si realizza [...] mediante l’attribuzione alle Regioni di specifiche competenze normative e amministrative, nonché di indirizzo, coordinamento e controllo (non escluso il potere sostitutivo) sugli altri enti, titolari di più circoscritte funzioni amministrative nello stesso ambito, è in capo alle Regioni che va imputata la responsabilità, ai sensi dell’art. 2052 c.c.”. Anche Cass. civ., Sez. VI, 09 febbraio 2021, n. 3023, è in linea con la sentenza in commento, in quanto afferma: “*Nell’azione di risarcimento del danno cagionato da animali selvatici, a norma dell’art. 2052 c.c., la legittimazione passiva spetta in via esclusiva alla Regione, in quanto titolare della competenza normativa in materia di patrimonio faunistico, nonché delle funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e di controllo delle attività di tutela e gestione della fauna selvatica, anche se eventualmente svolte – per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari – da altri enti; la Regione può rivalersi (anche mediante chiamata in causa nello stesso giudizio promosso dal danneggiato) nei confronti degli enti ai quali sarebbe in concreto spettata, nell’esercizio di funzioni proprie o delegate, l’adozione delle misure che avrebbero dovuto impedire il danno*”. Cass. civ., Sez. III, n. 13848/2020 chiarisce anche che, in virtù del criterio oggettivo ai sensi dell’art. 2052 c.c., spetta al preteso danneggiato provare che il pregiudizio sia frutto della fauna selvatica. A tal fine si dovrà dimostrare la dinamica del sinistro, il nesso causale tra la condotta dell’animale e l’evento dannoso, e l’appartenenza dell’animale stesso ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. n. 157 del 1992 o che si tratti di animale selvatico rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato. Nel caso di collisione tra animali selvatici e autoveicoli, il danneggiato dovrà provare che la condotta della fauna selvatica sia stata causa del danno e di aver fatto quanto possibile per evitare il danno (di aver adottato cautele nella guida ex art. 2054, co. 1, c.c.); non basterà, invece, la mera dimostrazione della presenza dell’animale sulla strada e della collisione tra questi e l’autoveicolo. La Corte si pone quindi in linea con la precedente giurisprudenza, tra cui Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2016, n. 4373 (“In materia di danni derivanti da incidenti stradali che abbiano coinvolto veicoli e animali selvatici, a norma dell’art. 2052 c.c. grava sul danneggiato l’allegazione e la dimostrazione che il pregiudizio lamentato sia stato causato dall’animale selvatico (cioè appartenente ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. n. 157 del 1992 o, comunque, rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato), la dinamica del sinistro, il nesso causale tra l’agire dell’animale e l’evento dannoso subito nonché – ai sensi dell’art. 2054, comma 1, c.c. – di avere fatto

Il soggetto cui imputare la responsabilità viene identificato nella Regione (ferma restando la possibilità per la Regione stessa di agire in regresso o rivalsa verso l'ente eventualmente delegato), valendo per il resto (onere probatorio e caso fortuito) le regole già esaminate in ordine agli incidenti stradali, salvo quanto si dirà appresso. Devono infatti essere evidenziate alcune differenze, innanzitutto sull'obbligo di custodia, dato che risulta oggetto di un contrasto giurisprudenziale per la recente emersione di un orientamento (v. nota n. 337) che si contrappone all'esegesi consolidata secondo cui, in tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica in circolazione è risarcibile dalla p.a. non ex art. 2052 c.c., essendo lo stato di libertà della selvaggina incompatibile con qualsiasi obbligo di custodia, ma, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 157 del 1992, in forza dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che spetta al danneggiato provare la condotta colposa causalmente efficiente dell'ente pubblico. In particolare, il dovere della p.a. di predisporre dispositivi specifici per avvisare dei rischi o scoraggiare l'attraversamento degli animali può trovare fondamento solo in norme particolari poste a tutela di chi si trovi ad attraversare un certo territorio in una situazione di concreto pericolo, da valutare "ex ante", quale è, con riguardo all'utilizzo della rete viaria, l'art. 84, comma 2, del regolamento esecutivo del codice della strada (Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada - Decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1992, n. 495 e successive modificazioni), che impone, a fini general-preventivi e sulla base di un principio di precauzione, l'installazione di segnali "quando esiste una reale situazione di

tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di avere adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida. Spetta, invece, alla Regione fornire la prova liberatoria del caso fortuito, dimostrando che il comportamento dell'animale si è posto del tutto al di fuori della propria sfera di controllo, come causa del danno autonoma, eccezionale, imprevedibile o, comunque, non evitabile neanche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure – concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto e compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema – di gestione e controllo del patrimonio faunistico e di cautela per i terzi") e Tribunale Ancona, Sez. I, 02 ottobre 2020, n.1195 ("In tema di danno cagionato dalla fauna selvatica ai veicoli in circolazione, in applicazione del criterio oggettivo di cui all'art. 2052 c.c., sarà naturalmente il danneggiato a dover allegare e dimostrare che il danno è stato causato dall'animale selvatico. Ciò comporta, evidentemente, che sull'attore che allega di avere subito un danno, cagionato da un animale selvatico appartenente ad una specie protetta rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato, graverà l'onere dimostrare la dinamica del sinistro nonché il nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito, oltre che l'appartenenza dell'animale stesso ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. n. 157 del 1992 e/o comunque che si tratti di animale selvatico rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato. Il danneggiato, tuttavia, non può limitarsi a fornire la prova che l'animale si trovava sulla strada, essendo gravato di un onere ulteriore, ossia dimostrare di aver adottato tutte le cautele possibili per evitare il danno"). Con riguardo alla prova liberatoria – consistente la dimostrazione che il fatto è avvenuto in virtù di un caso fortuito (v. *supra*) – la Corte rileva che si dovrà dimostrare che la condotta della fauna selvatica è stata totalmente imprevedibile e/o inevitabile "anche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure di gestione e controllo della fauna (e di connessa protezione e tutela dell'incolumità dei privati), concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto, purché, peraltro, sempre compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema cui la stessa tutela della fauna è diretta". Di conseguenza si dovrà provare che "la condotta dell'animale si sia posta del tutto al di fuori della sua sfera di possibile controllo, operando, così, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile del danno". Nello stesso senso è Cassazione civile, Sez. III, 20 aprile 2020, n. 7969. La Corte si sofferma poi sulla possibilità per la Regione di agire in regresso nel caso in cui la stessa Regione, convenuta in giudizio per il risarcimento, ritenga che un altro ente avrebbe dovuto adottare misure idonee ad evitare il danno stesso. Con riguardo a questa ipotesi Cass. civ., Sez. III, n. 13848/2020 chiarisce che la Regione potrà " - anche in quello stesso giudizio - agire in rivalsa, senza, però, che ciò implichi modifica, in relazione all'azione posta in essere dal danneggiato, del criterio di individuazione del titolare, da lato passivo, del rapporto dedotto in giudizio". I giudici sottolineano quindi come "solo con riferimento dell'azione di rivalsa tra la Regione e l'ente da questa indicato come effettivo responsabile potranno [...] assumere rilievo tutte le questioni inerenti al trasferimento o alla delega di funzioni alle Province (ovvero eventualmente ad altri enti) e l'effettività della delega stessa (anche sotto il profilo del trasferimento di adeguata provvista economica, laddove ciò possa ritenersi rilevante in tale ottica), così come tutte le questioni relative al soggetto effettivamente competente a porre in essere ciascuna misura di cautela".

pericolo sulla strada, non percepibile con tempestività da un conducente che osservi le normali regole di prudenza”.³³⁸

Questo per quanto riguarda i danni alla circolazione stradale, dove specialmente il contrasto sulla natura della responsabilità (art. 2043 o art. 2052 c.c.) conferma quella tendenza ad espandere la responsabilità della p.a. già emersa per i sinistri stradali in generale. E ciò deriva dalla giurisdizione ordinaria su fattispecie regolate dal diritto pubblico che spettano alla giurisdizione amministrativa. Vale infatti quanto rilevato nelle pagine che precedono sulla materia stradale.

Relativamente ai danni alle coltivazioni, viceversa, non solo si constata una interpretazione restrittiva della responsabilità della p.a., ma sussiste un travisamento del riparto di giurisdizione.³³⁹

Dalla giurisprudenza maggioritaria della Cassazione risulta l'inesistenza di un potere discrezionale dell'Amministrazione pubblica con riguardo all'*an* e al *quantum* del risarcimento, da esse previsto a favore dei conduttori dei fondi rustici, per i danni arrecati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole (con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, secondo il riparto della stessa effettuato dalla giurisprudenza delle S.U.). Ma trattasi di errore di prospettiva marchiano³⁴⁰: la Cassazione considera la disciplina del ristoro (indennizzo e/o risarcimento) al fine di appurare se vi sia o no esercizio di potere, ma detta valutazione avrebbe dovuto riguardare il potere amministrativo esercitato a monte (in relazione alla gestione della fauna selvatica) e non a valle (in relazione alla regolamentazione del ristoro).³⁴¹ Laddove la funzione amministrativa esperita sia qualificabile come esercizio di potere

³³⁸ Secondo la giurisprudenza prevalente il danno cagionato dalla fauna selvatica, che appartiene alla categoria dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato, non è risarcibile in base alla presunzione stabilita nell'art. 2052 c.c., inapplicabile con riguardo alla selvaggina, il cui stato di libertà è incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia da parte della p.a., ma solamente alla stregua dei principi generali della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043, anche in tema di onere della prova (Cass. 1° agosto 1991, n. 8470; 13 dicembre 1999, n. 13956; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1638; Cass. 24 settembre 2002, n. 13907): così Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241 cit. Da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 4004; cfr. *Il danno cagionato dalla fauna selvatica è risarcibile dalla p.a. ex art. 2043 c.c.*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 23413 - pubb. 25/03/2020.

³³⁹ Da ultimo, TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 giugno 2020, n. 467 – citando Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14241 – dichiara erroneamente il difetto di giurisdizione, a favore del giudice ordinario, per quanto attiene all'azione risarcitoria (e di arricchimento senza giusta causa), trascurando le plurime violazioni di legge da parte dei soggetti pubblici e privati (*munera* di cui si è avvalsa la p.a. ex art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90), i quali hanno esercitato la funzione pubblicistica attribuita dalle norme anch'esse di carattere pubblicistico.

³⁴⁰ Per Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24466, in tema di contributi risarcitori per i danni arrecati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole, mentre la posizione del privato che pretenda il rispetto della procedura di accertamento dei danni subiti e della proporzione tra entità del pregiudizio verificato e stanziamento erogato è di diritto soggettivo, perché disciplinato da norme di relazione contenute nella legge, è invece di interesse legittimo quella del medesimo che chieda l'integrale risarcimento del danno come accertato dalla Provincia, perché la norma che dispone il sacrificio economico costituisce un vincolo alla proprietà ed all'impresa per la tutela di interessi pubblici e dipende dall'ammontare dei fondi assegnati dalla Regione alla Provincia. Pertanto, Cass., Sez. Un., 10 agosto 1999, n. 587, è erronea nella misura in cui tralascia che l'indennizzo è sì vincolato "a valle", ma "a monte" sta la discrezionalità amministrativa nel decidere quanti fondi stanziare, sicché poi gli indennizzi sono condizionati dalla minore o maggiore disponibilità dei fondi.

³⁴¹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 8 gennaio 2010, n. 80, con note di R. Foffa, *Il punto sui danni causati dalla fauna selvatica*, in *Danno e resp.*, 2010, 6, 564-568, secondo cui la sentenza in commento applica in maniera pragmatica ed innovativa i principi che regolamentano la materia dei danni causati da animali selvatici: ferma restando l'applicazione della generale regola di responsabilità ex art. 2043 c.c., viene, tuttavia, facilitato l'onere probatorio della persona danneggiata; F. Benatti, *Danno da animali: sulle precauzioni idonee a prevenire il danno*, in *La responsabilità civile*, 2010, 12, 816-820; e G. Miotto, *L'amletico dubbio sull'identità dell'ente obbligato al risarcimento dei danni provocati dalla fauna selvatica in relazione alla circolazione stradale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 4, 803-816. La Cassazione riesamina in maniera approfondita il tema della responsabilità dei danni causati dalla fauna selvatica alla circolazione stradale, sulla base delle competenze legislative ed amministrative assegnate dalla normativa in vigore rispettivamente a regioni, province ed altri enti investiti di "poteri di gestione" in materia, affermando che l'effettiva attribuzione di tal genere di poteri, con un sufficiente grado di autonomia, costituisce il criterio di imputabilità della responsabilità per colpa dei predetti danni. L'analisi proposta dalla Corte rappresenta un primo passo verso una più meditata

pubblico, allora, nessuna rilevanza assume il *nomen iuris* del ristoro (“indennizzo” o “risarcimento” su cui peraltro non è neppure possibile fare affidamento vista la incertezza tassonomica in materia) poiché si tratta ineluttabilmente di interessi legittimi spettanti alla giurisdizione amministrativa, tanto più che nell’un caso (indennizzo) e nell’altro (risarcimento) è la stessa p.a. a determinarne l’ammontare. Vieppiù, il potere discrezionale della p.a. sussiste eccome, dato che l’indennizzo di regola avviene tramite fondi di bilancio all’uopo destinati (salvo che non siano nemmeno stati stanziati per via della delega alle assicurazioni), e – se così non fosse – a che titolo la p.a. dovrebbe disciplinare i criteri per l’indennizzo? E ciò ammesso e non concesso che si tratti di indennizzo e non risarcimento del danno, ma anche in caso di potere vincolato nulla cambierebbe in punto di giurisdizione, come detto.

In disparte quanto appena enunciato, la giurisprudenza della Cassazione ha affrontato il tema della responsabilità dei danni causati dalla fauna selvatica sulla base delle competenze legislative ed amministrative assegnate dalla normativa in vigore rispettivamente a Regioni, Province ed altri enti investiti di “poteri di gestione” in materia, affermando che l’effettiva attribuzione di tal genere di poteri, con un sufficiente grado di autonomia, costituisce il criterio di imputabilità della responsabilità per colpa dei predetti danni. Dall’esercizio del potere pubblico discende irrefragabilmente la giurisdizione amministrativa, sia che il ristoro sia qualificato come indennizzo (regolamentato dalla p.a. e liquidato a mezzo di fondi pubblici) sia che sia qualificato come risarcimento (per lesione di interessi legittimi correlati alla prevenzione del danno e alla gestione della fauna). A maggior ragione ora che il giudice amministrativo ha competenza generale sui diritti patrimoniali consequenziali. L’azione è volta al ristoro (risarcimento e/o indennizzo) quale interesse pretensivo al bene della vita, illegittimamente precluso dalle varie condotte illegittime dei soggetti vocati in giudizio. Trattasi di diritto patrimoniale consequenziale alle ridette condotte illegittime svolte nell’esercizio di funzioni pubbliche istituzionali. La giurisdizione amministrativa si estende a tali diritti consequenziali e non è esclusa dal *nomen iuris* “diritto”.

La giurisprudenza sembra dunque rimasta al regime previgente, al secolo scorso. Come ricordato, con la storica sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione, è stato definitivamente superato il limite dogmatico dell’impossibilità del risarcimento dell’interesse legittimo, tesi fondata sull’idea negativa della tutela in sede aquiliana degli interessi legittimi.

L’analisi qui proposta dimostra come lo *stare decisis* della Corte di Cassazione, mediante la perpetuazione di un modello superato dalla sentenza n. 500 del 1999 e dal diritto positivo (c.p.a.), oblitera il fatto che l’ordinamento assegna alla giurisdizione amministrativa l’esercizio dei poteri pubblici in materia faunistica e la relativa tutela risarcitoria.³⁴²

rivisitazione della materia, ai fini della quale, tuttavia, giurisprudenza e dottrina debbono tener in maggior considerazione la finalità esclusivamente protezionistica, e non “gestoria” in senso proprio, che l’ordinamento assegna all’esercizio dei poteri pubblici in materia faunistica.

³⁴² Premesso che, per i danni arrecati dalla fauna selvatica, il danneggiato può avvalersi o dell’ordinaria tutela risarcitoria, ove allegghi e provi tutti i relativi presupposti (a cominciare, ove si confermi la tradizionale qualificazione della responsabilità ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, dalla colpa dell’ente pubblico munito dei poteri di governo di detta fauna, ma conseguendo poi l’integralità del ristoro), o delle speciali tutele indennitarie previste dalla legislazione delle singole Regioni (tutele che costituiscono misure di bilanciamento tra i contrapposti interessi, parimenti meritevoli di tutela, della collettività all’integrità e all’ordinato sviluppo del patrimonio faunistico e dei coltivatori o proprietari alla preservazione delle loro attività o beni, ma appunto, da un lato non ancorate ai rigorosi oneri di allegazione e prova normalmente richiesti agli attori in risarcimento e, dall’altro, limitate a una quota di stanziamenti discrezionalmente fissati dall’Amministrazione), l’indennizzo per i danni arrecati dalla fauna selvatica è previsto esclusivamente nei contesti territoriali ivi espressamente disciplinati (e pertanto solo nelle oasi permanenti di protezione faunistica e di cattura, nelle zone temporanee di ripopolamento e cattura, nelle zone pubbliche per l’allevamento della selvaggina a scopo di studio e ripopolamento, nonché, fino all’istituzione dei centri privati di riproduzione di fauna selvatica allo stato naturale, nelle aziende faunistico-venatorie, nelle aziende agriturismo-venatorie, negli ambiti territoriali di caccia e nelle zone di addestramento per i cani e per le gare degli stessi). Pertanto, ove il meccanismo indennitario così

In tema di contributi risarcitori per i danni arrecati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole, nemmeno la posizione del privato che pretenda il rispetto della procedura di accertamento dei danni subiti e della proporzione tra entità del pregiudizio verificato e stanziamento erogato è di diritto soggettivo, perché disciplinato da norme di relazione contenute nella legge, essendo invece di interesse legittimo come quella del medesimo che chieda l'integrale risarcimento del danno come accertato dalla p.a., perché la norma che dispone il sacrificio economico costituisce un vincolo alla proprietà ed all'impresa per la tutela di interessi pubblici e dipende dall'ammontare dei fondi assegnati dalla p.a. alla prevenzione e ai risarcimenti.

La difficoltà di inquadrare la responsabilità della p.a. entro gli schemi civilistici è la plateale riprova della errata ricostruzione ermeneutica della materia. La responsabilità della p.a. nell'esercizio di poteri pubblici scaturisce dalla lesione di interessi legittimi al corretto svolgimento delle specifiche funzioni istituzionali pubblicistiche, non anche da generali obblighi di custodia o di protezione di derivazione privatistica.

Così si spiega la precarietà della giurisprudenza della Cassazione, la quale non dovrebbe neanche essere chiamata a pronunciarsi su queste tematiche, ma solo sulla giurisdizione.

È la stessa Cassazione a statuire che nell'azione di risarcimento del danno cagionato da animali selvatici, a norma dell'art. 2052 c.c., la legittimazione passiva spetta in via esclusiva alla Regione, in quanto "*titolare della competenza normativa in materia di patrimonio faunistico, nonché delle funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e di controllo delle attività di tutela e gestione della fauna selvatica, anche se eventualmente svolte – per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari – da altri enti*"; la Regione può rivalersi (anche mediante chiamata in causa nello stesso giudizio promosso dal danneggiato) nei confronti degli enti ai quali sarebbe in concreto spettata, "*nell'esercizio di funzioni proprie o delegate, l'adozione delle misure che avrebbero dovuto impedire il danno*" (Cassazione civile, Sez. VI, 09 febbraio 2021, n. 3023).³⁴³ Dunque, ai fini del risarcimento dei danni cagionati dagli animali selvatici viene applicato il criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2052 c.c. e il soggetto pubblico responsabile va individuato nella Regione, in quanto ente al quale spetta in materia la funzione normativa, nonché le funzioni amministrative di programmazione, coordinamento, controllo delle attività eventualmente svolte – per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari – da altri enti, ivi inclusi i poteri sostitutivi per i casi di eventuali omissioni.

La responsabilità per il danno cagionato dalla fauna selvatica grava sulla Regione, ossia sull'ente cui spettano per legge le competenze normative, amministrative, di coordinamento e di controllo, salva l'azione di regresso o rivalessa nei confronti dell'ente che risulti in concreto responsabile,

previsto dalla legislazione regionale non possa operare, quand'anche per mancata adozione di indispensabili strumenti normativi complementari quali il piano faunistico-venatorio, soccorre il proprietario la sola tutela risarcitoria (principio enunciato in motivazione, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., da Cassazione civile, Sez. III, 29 aprile 2020, n. 8383).

³⁴³ Nello stesso senso è Cassazione civile, Sez. III, 20 aprile 2020, n. 7969. Per Cassazione civile, Sez. VI, 17 settembre 2019, n. 23151, la responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da animali selvatici alla circolazione dei veicoli deve essere imputata all'ente, sia esso Regione, Provincia, Ente Parco, Federazione o Associazione, ecc., a cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, anche in attuazione della legge n. 157 del 1992, *i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che i poteri di gestione derivino dalla legge, sia che trovino la fonte in una delega o concessione di altro ente* (come, nel caso esaminato, da parte della Regione Marche, in virtù della l.r. n. 7 del 1995, in favore delle Province). In quest'ultimo caso, l'ente delegato o concessionario potrà considerarsi responsabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per i suddetti danni a condizione che gli sia stata conferita, in quanto gestore, autonomia decisionale e operativa sufficiente a consentirgli di svolgere l'attività in modo da poter efficientemente amministrare i rischi di danni a terzi, inerenti all'esercizio dell'attività stessa, e da poter adottare le misure normalmente idonee a prevenire, evitare o limitare tali danni.

rilevante esclusivamente nei rapporti interni tra le istituzioni titolari della funzione di gestione e di tutela del patrimonio faunistico.

Se il presupposto per la legittimazione passiva è la funzione pubblica, ne deriva inequivocabilmente la giurisdizione del giudice amministrativo.

6.6 - Quale giurisdizione sui diritti “inaffievolibili”? Sovrapposizione di giurisdizioni e incertezza del diritto

L'incoerenza dell'ordinamento sul riparto giurisdizionale, connotato da estrema incertezza del diritto e sovrapposizione di giurisdizioni si ritrova anche nella materia dei diritti cd. “inaffievolibili”.

Nel periodo di pandemia attuale ha tenuto e tiene banco la questione della legittimità dei DPCM, ovvero la loro idoneità o meno a comprimere diritti costituzionali fondamentali, sia pure nel limitato periodo della pandemia, in attuazione del diritto alla salute.³⁴⁴

³⁴⁴ Cfr. S. Musolino, *I Dpcm possono comprimere i diritti fondamentali? La Consulta non risolve la questione, in Il Dubbio*, 20/03/2021, pag. 11. In un editoriale de *Il fatto quotidiano* dello scorso 16 marzo, a firma Antonio Esposito, veniva criticata la sentenza di un giudice di Reggio Emilia che avrebbe assolto una coppia di coniugi, imputati del reato di cui all'art. 483 c.p. per aver esibito una falsa autocertificazione ai Carabinieri, motivata con la “indiscutibile illegittimità dei Dpcm”, che per il giudice non potrebbero introdurre limitazioni alla libertà personale in violazione delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. (“atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”). Il giudice veniva accusato a chiare lettere di avere ignorato la legittimità e doverosità dei Dpcm, sancita dalla recente decisione della Consulta. Secondo l'articolaista i dpcm, legittimati dalla normativa ordinaria (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), costituirebbero fonti idonee a comprimere, sia pure per un circoscritto periodo e al limitato scopo di contenere la pandemia, “qualsiasi diritto dei cittadini, ivi compresi quelli costituzionali” fondamentali, a tutela del diritto alla salute. Invero, dalla lettura della citata sentenza (n. 37 del 2021) non emergono queste “verità”. Il primo assunto che si ricava è che la Corte, nell'accogliere il ricorso statale avverso una legge della Regione Valle d'Aosta, riconosce allo Stato la competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, c. 2, lett. “q”), affermando al contempo il “divieto per la Regione, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal legislatore statale”. Ciò è sufficiente per annullare le norme regionali miranti a paralizzare l'efficacia, in ambito regionale, delle norme dettate dalla “catena di regolazione” statale, della quale fanno parte i noti dpcm, che si impongono per questa ragione sulla disciplina regionale. La Corte ha però cura di precisare che nel giudizio in questione, “che riguarda il riparto di competenza nel contrasto alla pandemia” ... “non è in discussione la legittimità dei Dpcm adottati a tale scopo”. Infatti, non deve sfuggire che la pronuncia è stata emanata nell'ambito di un giudizio instaurato ex art. 127 Cost., nel quale la Corte è arbitro dei conflitti tra lo Stato e le Regioni e ne delimita le rispettive sfere di competenza. La controversia viene decisa senza dover affrontare la delicata quanto spinosa tematica della idoneità dei Dpcm a comprimere i diritti costituzionali di libertà. La Corte non ritiene infatti, per l'irrelevanza ai fini del decidere, di sollevare davanti a sé la questione inerente alla costituzionalità delle norme dei d.l. n. 19 e 33 del 2020 “nella parte in cui darebbero vita a “fonti dell'emergenza”, ovvero i Dpcm, che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost”. Non risulta pertanto rispondente alla pronuncia della Corte l'affermazione che i Dpcm siano doverosi e legittimi, se con tale termine si intende la loro idoneità a comprimere diritti costituzionali fondamentali, sia pure nel limitato periodo della pandemia, in attuazione del diritto alla salute. Non risulta neppure affermato che la fonte dei DPCM sia da rinvenire nel potere governativo di intervenire nel caso di grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 120 Cost., come prospettato dall'articolo: un richiamo a detta disposizione non avrebbe avuto senso, atteso che – come gli studiosi di diritto costituzionale sanno – il ricorso al “potere sostitutivo” avviene quando il Governo avoca competenze di organi regionali e locali rimasti inerti per evitare gravi pregiudizi (come accade ad esempio nel commissariamento della sanità regionale), mentre nel caso in esame la Corte ha riconosciuto la diretta competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 Cost. (e 118 per quanto attiene alle competenze amministrative). In sintesi, la tematica della legittimità della compressione dei diritti fondamentali da parte dei DPCM è ancora sul tavolo e non è stata risolta – in verità neppure affrontata – dalla Consulta; il dibattito resta aperto in dottrina. I giudici di merito (*in primis* il giudice penale) potranno sempre disapplicare un DPCM ritenuto illegittimo, in base a una prerogativa riconosciuta sin dal 1865. Sempre che non ritengano di rimettere alla Corte costituzionale la questione inerente alla legittimità delle disposizioni legislative che autorizzano i DPCM. Tornando alla sentenza del giudice emiliano da cui abbiamo tratto le mosse, non potendo in questa sede esaminare le integrali ragioni che, al di là della ritenuta illegittimità del DPCM, hanno condotto alla assoluzione di chi avrebbe comunque reso false attestazioni a un pubblico ufficiale, non appare possibile criticarla né

approvarla. Certo non appare possibile censurarla invocando la recente decisione della Corte, il cui testo è peraltro agevolmente reperibile sul sito web istituzionale per consentirne la lettura a chiunque voglia farlo, prima di trarre delle conclusioni affrettate. V. anche M. Ferrari, *La Corte costituzionale si è pronunciata sui DPCM?* - Risposta negativa. Si è pronunciata sulla legge regionale valdostana, non sui DPCM che sono assoggettati al sindacato del giudice amministrativo (Corte Cost. 37/2021), pubblicato in *Altalex* il 24/03/2021. In rete, si sono diffuse notizie contrastanti circa la portata della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021. La Consulta, con la pronuncia in commento, si è occupata del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. In particolare, si è pronunciata sulla legge regionale valdostana adottata a dicembre. Il giudice delle leggi non ha "sdoganato" l'uso dei DPCM – come è stato sostenuto da alcuni in modo inesatto – ma si è limitata ad affermare quanto segue: "Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei D.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale". Pertanto, la Corte non si è pronunciata sui Decreti del Presidente del Consiglio, né in positivo né in negativo, in quanto si tratta di atti amministrativi sindacabili in altra sede. Inoltre, il giudice delle leggi non ha giudicato neppure sui decreti-legge che costituiscono la "base" per l'emanazione dei DPCM – come, invece, richiesto dalla Valle d'Aosta – in quanto ha ritenuto che si trattasse di questioni di legittimità costituzionale prive di rilevanza, una volta accertato che si verte in materia affidata alla competenza legislativa esclusiva statale. Da ultimo, con Ordinanza n. 66/2021 del 13/04/2021 la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dall'On. Vittorio Sgarbi perché il singolo parlamentare non è titolare di attribuzioni individuali costituzionalmente protette nei confronti dell'esecutivo: cfr. *Legittimi tutti i dpcm anti coronavirus*, in *Il Giornale*, 14/04/2021, pag. 4, e *Sono incostituzionali i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19?*, in *ILCaso.it*, 14 aprile 2021. V. anche Cons. Stato, Sez. I, 13 maggio 2021, n. 850 (parere su Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) che ha sancito la legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati dal Governo per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19 e divieto di svolgere attività di ristorazione tra le ore 18,00 e le ore 5,00. Il Consiglio di Stato precisa infatti che la costituzionalità di questo modo di procedere riguarda "la possibile compressione di diritti individuali non presidiati da riserve assolute di legge", lasciando quindi intendere che il giudizio potrebbe cambiare radicalmente se si avesse riguardo ad altri diritti fondamentali, come la libertà personale (art. 13 Cost.), il domicilio (art. 14), la libertà di circolazione (art. 16), di associazione (art. 18) o di manifestazione del pensiero (art. 21). Il ricorso del ristoratore in effetti si limitava a censurare la violazione dei "diritti al lavoro e alla libera iniziativa economica", ma (sottolinea il Consiglio di Stato) "non anche altri e diversi profili, che qui non vengono in rilievo, concernenti il rapporto delle contestate misure limitative con altre libertà personali coperte da riserva assoluta di legge": cfr. S. Occhipinti, *Dpcm: il Consiglio di Stato bocchia il ricorso dei ristoratori* - Lo schema utilizzato dal Governo Conte è conforme a Costituzione, producendo atti normativi equiparabili alle ordinanze contingibili sanitarie e di protezione civile, pubblicato in *Altalex* il 21/05/2021. Infine, l'Ufficio Stampa della Corte costituzionale, con il comunicato del 23 settembre 2021, ha fatto sapere che la Corte costituzionale ha giudicato non fondate le questioni relative al d.l. n. 19 del 2020, poiché al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitare mediante atti di natura amministrativa: cfr. L. Biarella, *Corte costituzionale: legittimi i Dpcm per il contrasto al Covid* - Bocciata la questione di costituzionalità: non c'è stata delega di funzione legislativa al Presidente del Consiglio da esercitare mediante atti amministrativi, pubblicato in *Altalex* il 24/09/2021.

Vedasi infine, in materia di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 4873 del 15 febbraio 2022 - con nota di G. Mattiello, *Migranti nei centri accoglienza: sul distanziamento sociale decide il giudice ordinario*, pubblicato in *Altalex* il 01/03/2022. Le norme sul distanziamento stabiliscono modalità fisse e predefinite, senza spazio di discrezionalità, in modo da evitare attuazioni differenziate (Cass. SS.UU., n. 4873/2022). Per le Sezioni Unite la giurisdizione, in questa fattispecie, è del giudice ordinario. Infatti, con riferimento ai diritti fondamentali della persona e, in particolare, al diritto alla salute, le Sezioni Unite hanno da tempo risalente escluso, in materia, la possibilità di affievolimento e di degradazione, con l'effetto di radicare la giurisdizione del giudice ordinario in ragione della pienezza della tutela da accordare in presenza di situazioni soggettive cd. "a nucleo rigido", corrispondenti ad "interessi superiori" assolutamente incomprimibili da parte del potere amministrativo. Ai fini del riparto delle giurisdizioni, pertanto, si deve ritenere che ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario, a diverse conclusioni dovendosi per contro giungere laddove il diritto fondamentale venga considerato nella sua dimensione solidale e, per ciò stesso, richieda l'intervento del potere pubblico in modo che esso possa eventualmente bilanciarlo con altri interessi e valori parimenti fondamentali. È decisiva, dunque, a tale fine, la puntuale interpretazione del quadro normativo di riferimento, per comprendere se sia stata effettivamente conferita alla p.a. la facoltà di incidere su un diritto costituzionale, operando una mediazione tra interessi parimenti fondamentali, ovvero se la norma abbia predefinito *ex ante*

Di recente è salita agli onori della cronaca la sentenza di un giudice di Reggio Emilia che ha assolto una coppia di coniugi, imputati del reato di cui all'art. 483 c.p. per aver esibito una falsa autocertificazione ai Carabinieri, motivata con la "indiscutibile illegittimità dei Dpcm", che per il giudice non potrebbero introdurre limitazioni alla libertà personale in violazione delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. (i.e. "atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge"), e pertanto sono stati disapplicati: la discussa sentenza del Tribunale di Reggio Emilia ha di fatto assolto un uomo e una donna, usciti di casa senza giustificato motivo in piena pandemia (13 marzo 2020), che avevano fornito ai carabinieri una falsa dichiarazione.³⁴⁵ Trattasi di fattispecie antecedente alla depenalizzazione delle condotte da reati a illeciti puniti con sanzioni amministrative (come visto, comunque sottratte al giudice naturale amministrativo e demandate al giudice civile, mentre rispetto al giudice penale non si pone una questione di giurisdizione).

Più in generale, emerge il problema della capacità dei provvedimenti amministrativi di incidere su diritti soggettivi "perfetti", degradandoli e comprimendoli (ma anche il caso contrario, in quanto nulla esclude che si abbiano effetti espansivi di tali diritti: es. autorizzazione di cure all'estero).

l'assetto di interessi e configurato un diritto già pienamente in grado di affermarsi senza alcuna mediazione da parte del potere amministrativo, con un correlativo obbligo in capo all'amministrazione di rispettarlo. Ciò posto, proseguono le Sezioni Unite, occorre muovere dalla disciplina normativa del distanziamento sociale e delle misure introdotte dalla legislazione emergenziale di contrasto alla pandemia da Covid-19. Dall'esame congiunto di tali fonti emerge che la misura del distanziamento sociale individuata per prevenire la diffusione del virus da Covid-19 risulta disciplinata con modalità fisse e predeterminate in modo da non consentirne attuazioni differenziate ("mantenimento, nei contatti sociali, di una distanza interpersonale di almeno un metro" – all. n. 1, lett. d, al D.P.C.M. 8 marzo 2020). Nella stessa direzione rilevano le circolari del Ministero dell'Interno adottate con specifico riferimento alla situazione dei centri di accoglienza straordinaria, ove si sottolinea "... l'esigenza di assicurare, nell'ambito dei centri, le dovute distanze interpersonali e di evitare forme di assembramento, anche nel momento dell'erogazione dei pasti, anche garantendo il decongestionamento dei centri maggiormente affollati attraverso un'eventuale redistribuzione dei migranti in altri centri della provincia" (circolare prot. n. 3393 del 18.3.2020, cit.) e, inoltre, "...la necessità di assicurare che...vengano adottate le necessarie misure di carattere igienico-sanitario e di prevenzione, nonché evitate forme di particolare concentrazione di ospiti." (circolare prot. n. 3728 del 1.4.2020). Ne consegue che nessun potere pubblico può incidere sul diritto alla salute degli ospiti, *sub specie* di diritto al distanziamento sociale, fino al punto da degradarlo ad interesse legittimo. In conclusione, il servizio di accoglienza risulta improntato, per espressa volontà delle fonti normative, alla protezione dei bisogni basilari delle "persone richiedenti asilo" che versano, spesso, in situazione di evidente vulnerabilità proprio in ragione della condizione di richiedente asilo e dell'impossibilità di regolare autonomamente la propria esistenza all'interno delle strutture di accoglienza. Quando dunque è "lo stesso legislatore a prendere in considerazione certi valori cardine ed a regolarne la reciproca convivenza con altri parimenti fondamentali, le autorità amministrative, nei singoli casi, non fanno altro che applicare la prescrizione legislativa, spettando alle autorità giurisdizionali il compito di controllare il bilanciamento già effettuato a monte, accertando il rispetto della Costituzione, la coerenza, la logicità, la completezza, la corrispondenza tra mezzi e fini. Compiti che, per le considerazioni dianzi espresse, risultano riservati al giudice ordinario". Tuttavia, come detto, non è alla discrezionalità che bisogna guardarsi per stabilire se vi sia o meno esercizio del potere pubblico da parte della p.a. e, quindi, giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo.

³⁴⁵ Anche il Tribunale di Pisa, con la sentenza n. 419 del 17 marzo 2021, ha affermato che i DPCM – che hanno imposto la compressione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti – sono illegittimi, così come gli atti amministrativi conseguenti. Dal momento che si tratta di atti amministrativi (e non legislativi) il giudice deve procedere alla loro disapplicazione. Per tale ragione è stata pronunciata l'assoluzione perché il fatto non sussiste in relazione alla condotta di due soggetti che erano stati accusati di aver violato gli obblighi di cui al citato DPCM, comportamento punito ai sensi dell'art. 650 c.p.: cfr. M. Ferrari, *Tribunale di Pisa: i DPCM sono illegittimi e vanno disapplicati* - Assolte due persone uscite di casa senza giustificato motivo durante il lockdown perché è illegittimo il DPCM contenente il divieto di circolazione (sentenza n. 419/2021), pubblicato in *Altalex* il 05/07/2021.

Classico esempio sono i vari tipi di “condotta discriminatoria”.³⁴⁶ Il tema non rileva solo dal punto di vista dogmatico, ma si ripercuote sul riparto di giurisdizione. Invero, in tutte le anzidette circostanze diviene assai arduo determinare la giurisdizione del giudice amministrativo o ordinario.

³⁴⁶ Ad esempio, l'art. 28 (Delle controversie in materia di discriminazione) del d.lgs. n. 150/2011, prevede che le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (“Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica”), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (“Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”), quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (“Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni”), e quelle di cui all'articolo 55-*quinquies* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246”), sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. È competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio. Sul punto, vedasi Corte di cassazione, Sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 296: per le cause di risarcimento del danno subito da persone con disabilità vittime di discriminazioni (e quindi assoggettate alla disciplina processuale dettata dal d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28) è applicabile il rito sommario di cognizione e il giudice territorialmente competente è quello del luogo in cui il ricorrente ha il proprio domicilio. Trattasi di foro funzionale ed esclusivo che prevale sugli altri fori anche inderogabili previsti dal codice di rito o da norme speciali a garanzia di interessi ulteriori, anch'essi considerati meritevoli di particolare tutela. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la citata regola sulla competenza deroghi anche al foro inderogabile ed esclusivo per le cause contro la pubblica amministrazione, posto che la causa era stata promossa, ai sensi della l. 1° marzo 2006, n. 67, art. 3, contro un Istituto scolastico e il Ministero dell'istruzione per i danni subiti dal figlio minore disabile in conseguenza di asserite condotte discriminatorie poste in essere dall'Amministrazione scolastica e consistenti: a) nell'aver costretto il minore, affetto da disabilità grave ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 3, e art. 33, a frequentare la scuola per un tempo ridotto rispetto a quello effettivamente previsto; b) nell'aver omesso di comunicare ai genitori l'esistenza di specifiche lezioni per la preparazione alle prove orientativo-attitudinali di accesso ad una classe ad indirizzo musicale; c) per aver omesso d'indicare nel regolamento generale i criteri da applicare per lo svolgimento delle predette prove da parte degli alunni diversamente abili in possesso di certificazione di handicap grave; d) per aver omesso di prevedere la presenza dell'insegnante di sostegno allo svolgimento delle predette prove e per aver sottoposto il minore a prove non predisposte dal docente di sostegno specializzato; e) per aver inserito il minore nella graduatoria dei non idonei, all'esito delle predette prove; f) per aver sottoposto il minore a prove aventi valenza selettiva. Cfr. *Discriminazione da parte dell'istituto scolastico di minore disabile e foro inderogabile esclusivo per le cause di risarcimento dei danni subiti da persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *ILcaso.it*, 14 gennaio 2021. Con ordinanza del 25 giugno 2018, il Tribunale di Foggia aveva invece dichiarato la propria incompetenza per territorio, rimettendo le parti dinanzi al Tribunale di Bari. Pur riconoscendo che per le controversie in materia di risarcimento dei danni derivanti da condotte discriminatorie del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, art. 28, comma 1, prevede la competenza del tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio, ha rilevato infatti che nella specie erano stati convenuti in giudizio enti pubblici rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, ed ha ritenuto pertanto applicabile la disciplina dettata dall'art. 25 c.p.c., e dal R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 6, osservando che tali disposizioni prevedono un foro inderogabile ed esclusivo, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e prevalente su ogni altro foro eventualmente concorrente. Avverso la predetta ordinanza i ricorrenti hanno proposto istanza di regolamento di competenza, denunciando la violazione del d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28, ed osservando che tale disposizione, nell'attribuire la competenza al tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio, prevede un foro funzionale ed esclusivo, che, in quanto avente la finalità di garantire l'effettività della tutela e non derogabile in assenza di un'esplicita disposizione di legge, non è modificabile neppure per ragioni di connessione. La Corte ha accolto il ricorso: in quanto avente ad oggetto il risarcimento dei danni cagionati da condotte discriminatorie asseritamente poste in essere nei confronti di un soggetto affetto da disabilità di cui alla l. n. 104 del 1992, la domanda proposta dai ricorrenti è infatti riconducibile alla l. n. 67 del 2006, art. 3, e quindi assoggettata alla disciplina processuale dettata dal d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28, che al comma 1, dichiara applicabile il rito sommario di cognizione ed al secondo individua quale giudice territorialmente competente quello del luogo in cui il ricorrente ha il proprio domicilio. La giurisprudenza di legittimità ha più volte evidenziato la natura speciale di tale disciplina, individuandone il fondamento nelle preminenti esigenze di tutela delle vittime di atti e comportamenti discriminatori, e riconoscendo quindi il carattere funzionale ed esclusivo del foro da essa introdotto, ritenuto prevalente sugli altri fori anche inderogabili previsti dal codice di rito o da norme speciali a garanzia di interessi ulteriori, anch'essi considerati meritevoli di particolare tutela (cfr. Cass., Sez. VI, 29/10/2013, n. 24419). Si è infatti

Anche in questo caso non può che constatarsi la sciagurata erosione della giurisdizione amministrativa ad opera di un legislatore superficiale ed approssimativo, nonché di una giurisprudenza distratta ed imbelle. La cronaca quotidiana fornisce un campionario di casi assai utile.

Da un lato si pongono le controversie decise dalla giurisdizione ordinaria.³⁴⁷

sottolineata l'importanza primaria che, nel nostro sistema di valori, rivestono le finalità perseguite dal legislatore attraverso la disciplina antidiscriminatoria, affermandosi che, in quanto finalizzata ad una piena realizzazione del fondamentale principio di uguaglianza, la cui completa attuazione risulta impedita o comunque ostacolata dai predetti atti o comportamenti, essa di certo prevale, per tale connotazione ulteriore, sulle norme inderogabili che, nell'intento di garantire il minore disagio possibile nell'esercizio dei diritti in sede giudiziaria, concentrano la competenza in un determinato foro, individuato secondo criteri di prossimità con l'oggetto della controversia (cfr. per le controversie in materia di lavoro, Cass., Sez. VI, 14/02/2017, n. 3936). È stato inoltre richiamato il principio, ripetutamente affermato dalla stessa Corte in riferimento all'ipotesi in cui la medesima controversia ricada astrattamente nell'ambito applicativo di più norme che contemplino fori diversi, tutti inderogabili, secondo cui il conflitto dev'essere risolto affermando la prevalenza di quello previsto dalla norma più recente, alla quale dev'essere riconosciuta una portata limitatrice di quelle precedenti (cfr. Cass., Sez. I, 9/10/2015, n. 20304; Cass., Sez. VI, 12/03/2014, n. 5703; Cass., Sez. III, 9/06/2011, n. 12685). Con particolare riguardo alla fattispecie in esame, per la Corte non può d'altronde non evidenziarsi l'attinenza della controversia al contrasto di atti o comportamenti che impediscono il pieno dispiegamento della personalità umana, e quindi la natura personale degli'interessi coinvolti, la cui prevalenza sulle esigenze di carattere organizzativo che giustificano l'accentramento della competenza presso l'ufficio giudiziario individuato ai sensi del R.D. n. 1611 del 1933, art. 6, prevista in via generale per tutte le cause in cui è parte un'Amministrazione dello Stato, consente di concludere per l'applicabilità del foro esclusivo ed inderogabile introdotto dalla disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 2. L'ordinanza impugnata è stata pertanto cassata, con la conseguente dichiarazione di competenza del Tribunale di Foggia.

³⁴⁷ Cfr. F. Spasiano, *Il Comune di Lodi condannato per «condotta discriminatoria»* - "Caso mense", la Corte di appello di Milano rigetta il ricorso presentato dalla Sindaca Casanova. La vicenda risale a due anni fa, quando la giunta lombarda aveva introdotto nuove condizioni per l'accesso alle prestazioni sociali, escludendo di fatto i bimbi stranieri, in *Il Dubbio*, 31/12/2020, pag. 4, e D. Aliprandi, *"Così il comune ha discriminato una famiglia rom"*, *ibidem*, 26/02/2021, pag. 14. La Cassazione ha rigettato il ricorso del Comune, che aveva fortemente voluto impedire l'insediamento sul suo territorio di una mamma con due figlie, una delle quali minore. Vietare gli insediamenti informali a famiglie rom costituisce discriminazione. Un principio sigillato dalla Corte di Cassazione, con sentenza del 15 febbraio 2021, n. 3842, che ha rigettato il ricorso del Comune di Civitanova Marche il cui comportamento ai danni di una famiglia rom era stato dichiarato discriminatorio dai giudici di merito. Una sentenza resa pubblica grazie alla segnalazione resa all'associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (Asgi) da parte dell'avvocato Daniele Valeri che ha difeso i rom. Il diritto a non essere discriminati si configura, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 Cost.), sovranazionale (direttiva 2000/43/CE) e interno (artt. 3 e 4 d.lgs. n. 215/2003 e 44 d.lgs. n. 286/98: v. *supra*) di riferimento, come un diritto soggettivo assoluto da far valere davanti al giudice ordinario, a nulla rilevando che il dedotto comportamento discriminatorio consista nell'emanazione di un atto amministrativo. Questo è in sintesi ciò che hanno sentenziato i giudici della Cassazione. La vicenda ha origine da un comportamento del Comune di Civitanova Marche che aveva fortemente voluto impedire l'insediamento sul proprio territorio di una famiglia di origini rom (una mamma con due figlie delle quali una minore) allorché dopo anni di anonimato, visto che la minore frequentava regolarmente la scuola, la famiglia chiedeva che gli venisse assegnata un'area dove potersi collocare stabilmente ed in sicurezza. Da quel momento la reazione alla richiesta della famiglia è stata caratterizzata da un generale atteggiamento ostruzionistico da parte dell'Amministrazione, mediante atti apparentemente legittimi quali: la negazione all'iscrizione anagrafica, continue visite delle forze dell'ordine, l'emanazione di una delibera che vietava il campeggio nell'intera area comunale, lo spostamento forzoso nella zona industriale del paese a distanza di chilometri dalla scuola della minore e ove non erano presenti mezzi pubblici e, per finire, svariate contravvenzioni fino poi allo sgombero forzoso. L'Asgi sottolinea che la sentenza pone in evidenza la corretta valutazione, operata dai giudici di merito, della condotta discriminatoria posta in essere dal Comune attraverso la sequenza cronologica dei comportamenti, in tal caso pressoché contestuali, seppure la vicenda si sia dipanata nel tempo. Al contempo, di notevole rilievo è il passaggio con cui la Corte ribadisce la natura di diritto soggettivo alla non discriminazione e il potere del giudice ordinario, rispetto a provvedimenti discriminatori della pubblica amministrazione, di sterilizzarne gli effetti: il che non significa annullare l'atto ma impedire la realizzazione degli effetti in capo al soggetto discriminato. "Ciò che però maggiormente rileva – scrive l'Asgi – è il fatto che la Pubblica amministrazione, invece di garantire al nucleo familiare una sistemazione di vita decorosa e in linea con i principi che dovrebbero regolare ed orientare il comportamento della P.A., abbia ritenuto di agire *contra legem*, ponendo in essere ogni possibile

Dall'altro si collocano le controversie decise dalla giurisdizione amministrativa.³⁴⁸

comportamento ostruzionistico per, letteralmente, cacciare delle persone dal proprio territorio". Perché avvenne ciò? "Forse – risponde l'Asgi – per ragioni politiche o per altro poco importa, fatto sta che il comportamento tenuto dall'amministrazione del comune di Civitanova Marche ha "distrutto" delle vite che si avviavano verso un futuro diverso e lo ha fatto spendendo inutilmente soldi pubblici". Lasciata in disparte ogni considerazione politico-ideologica, resta il fatto che le controversie aventi ad oggetto "*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*" spettano alla giurisdizione amministrativa. E ciò è avvalorato da quanto si sta per dire.

³⁴⁸ Cfr. P. Maciocchi, *Il Consiglio di Stato e la fioraia ebrea da rimborsare*, in *Il Sole 24 Ore*, 28/01/202, pag. 1, e *Agli ebrei vittime dell'odio di razza riconosciuti i contributi sul lavoro perso - Il riconoscimento alla fioraia ebrea costretta a lasciare l'attività*. Nel Giorno della Memoria accolto il ricorso della figlia: la violenza non è solo fisica, *ibidem*, pag. 27. Vanno riconosciuti i contributi figurativi alla fioraia ebrea costretta a lasciare l'attività a causa delle leggi razziali adottate dal fascismo. Il Consiglio di Stato (Sezione Quarta, sentenza 811) nel Giorno della Memoria, ha accolto il ricorso della figlia, erede della donna riconosciuta come vittima delle persecuzioni razziali. Condizione che il TAR Lazio, Sede di Roma, Sezione Seconda, aveva escluso allineandosi alle conclusioni della Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti o razziali, istituita presso la Presidenza del Consiglio. La madre della ricorrente aveva chiuso la sua attività e, nel '43, si era rifugiata, con la figlia di un anno, dai parenti del marito di religione non ebraica. Per la Commissione la decisione di chiudere il banco era stata una libera scelta condizionata dalla partenza del coniuge per la guerra. Anche per la fuga a casa dei parenti non si poteva parlare di persecuzione, visto che la donna era stata accolta non da estranei ma da un nucleo familiare composto da affini. Per il Consiglio di Stato sono conclusioni errate giuridicamente e ingiustificabili. La norma che riconosce i benefici ai cittadini italiani, vittime di persecuzioni razziali fino al 25 aprile 1945 (legge n. 96/1955, articolo 5, modificato dall'articolo 2 della legge n. 392/1980) subordina le tutele a una serie di condizioni: dal possesso della cittadinanza italiana al *vulnus* che deve essere derivato da norme o circolari provenienti da autorità statali, dall'odio razziale all'atto persecutorio. Presupposti che Palazzo Spada considera accertati. L'impossibilità di continuare a fare la fioraia dipendeva dalle leggi antiebraiche promulgate tra il '38 e il 1943 che inibivano lo svolgimento di una serie di professioni, lavori e attività. Nello specifico una circolare del ministero delle Corporazioni (n. 23774 del 1938) negava la licenza e dunque anche il rinnovo ai cittadini di razza ebraica. Per i giudici di Palazzo Spada si trattava di "*circolari che rispecchiavano pienamente la visione del regime fascista ed erano emanate sulla base di considerazioni discriminatorie basate sull'odio razziale, che avevano costituito la comune "base giuridica" per la promulgazione anche della legislazione antiebraica sulle professioni del commercio*". Alla circolare il ministero delle Corporazioni faceva seguire una nota nella quale spiegava che l'ariano sposato con un'ebrea poteva conservare la licenza solo se intestatario esclusivo. Questo sulla base di due "principi": l'ariano poteva lavorare perché si dava per scontata la posizione di soggezione della moglie al marito tale da escludere interferenze nell'attività. Lo stesso non valeva ovviamente a parti invertite: la donna ariana intestataria esclusiva, sposata con un ebreo, non poteva esercitare. Nel caso esaminato la licenza era cointestata e la partenza del coniuge per il fronte non solo non era il motivo dell'abbandono del chiosco, ma semmai accentuava la condizione di miseria e di abbandono per la moglie alla quale era precluso un lavoro di cui aveva ancora più bisogno. Anche il rifugio dai parenti va letto come una conseguenza della violenza subita. La sola via di salvezza e non una comoda soluzione di vita. Proprio per quanto riguarda la nozione di violenza – negata dal TAR e dalla Commissione – il Consiglio di Stato, in linea con la sentenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti (9/QM/1998) fornisce un'interpretazione estensiva. Questa sta in ogni atto che lede un diritto fondamentale della persona protetto dalla Carta, tra i quali rientra certamente il lavoro. E non c'è dubbio che oltre alla violenza fisica ci sia quella morale. Ma la sola violenza non basta se non è motivata dall'odio razziale. Nello specifico il riferimento non è al concetto di violenza rilevante nel diritto civile o penale, visto il diverso scopo del legislatore e i fatti storici accaduti. La legge n. 96/55 elenca una serie di violenze che vanno dal carcere al confino. Ma contiene anche una norma di salvaguardia, in virtù della quale pesa anche la coartazione. Il Consiglio di Stato, oltre alle leggi razziali, dà un peso anche a due testimonianze non considerate dal TAR e dalla Commissione: una perché proveniente da una donna nata nel '40 e dunque non attendibile, e una di una signora del '25 allora sfollata in campagna. I giudici ricordano però che quanto riferito può essere il risultato di racconti di familiari. Testimonianze che hanno il valore della memoria. In seguito alle leggi antiebraiche promulgate nel periodo tra il 1938 e il 1943, fu inibito agli ebrei lo svolgimento di una serie cospicua di professioni, di mestieri, di lavori e di attività. Ciò avvenne sia tramite atti aventi forza di legge, sia attraverso circolari ministeriali, ordinanze e provvedimenti in genere dell'Autorità amministrativa. Il regio decreto-legge 29 giugno 1939, n. 1054, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 agosto 1939, n. 179, recava – in senso limitativo – la disciplina dell'esercizio delle professioni da parte di cittadini di razza ebraica. La 'regolamentazione' dei mestieri si ebbe in massima parte, invece, con le circolari ministeriali (in un sistema gerarchico nel quale non si esitava ad eseguire gli 'ordini superiori' e il principio di legalità era inteso in un significato ben diverso da quello che ha

Ora, è evidente la sovrapposizione di giurisdizioni e la conseguente incertezza del diritto.

Nell'un caso e nell'altro la giurisprudenza – civile ed amministrativa – si è occupata di condotte discriminatorie addebitate a soggetti pubblici che sostanzialmente si equivalgono, essendo consistite in “*atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*”.

Eppure, in virtù di un diritto positivo oscuro ed incoerente, si ha la giurisdizione civile su alcune controversie relative alla responsabilità amministrativa (ove, peraltro, viene altresì derogato il foro della p.a.), mentre in altre permane il consueto assetto di giustizia amministrativa.

Viene quindi da chiedersi se vi sia una particolare ragione sottesa ad un peculiare criterio di riparto o se siffatto stato di cose sia frutto della semplice casualità, anziché di una causalità deterministica. Alla luce di tutto quanto esposto nel presente studio, non pare esservi una logica di fondo nell'odierno riparto giurisdizionale. Ciò emerge in maniera inequivocabile da molteplici elementi qui esaminati: basti pensare alle sanzioni amministrative (e a quelle disciplinari irrogate dagli ordini professionali quali enti pubblici) e alle concessioni, nonché alla responsabilità da contatto sociale.

Sono tutti emblemi del caos normativo e giurisprudenziale che affligge l'ordinamento attuale.³⁴⁹

poi caratterizzato lo Stato repubblicano). Per quanto rileva nel giudizio, e con riferimento alla disciplina del commercio in genere e di quello ambulante in particolare, vanno menzionate la circolare del Ministero delle Corporazioni 11 novembre 1938, n. 23774, recante il divieto di rilascio della licenza ordinaria di commercio ai cittadini di razza ebraica (il che fa presumere che per ciò solo non furono rinnovate le licenze, se pure si riconosceva efficacia sino alla loro naturale scadenza); la circolare del Ministero degli Interni 30 luglio 1940, n. 52299, recante analogo divieto; la nota del Ministero degli Interni 25 novembre 1942, che precisava che l'ariano sposato ad un'ebrea e intestatario esclusivo di una licenza potesse conservarla, perché si presumeva che, essendo lui il capofamiglia, la moglie ebrea non si ingerisse nella gestione. Ad avviso della Sezione, l'emanazione delle menzionate circolari e la indubbia soggezione degli organi pubblici, anche comunali, alle stesse, integrano il primo dei presupposti previsti dalla norma ai fini del riconoscimento della provvidenza economica richiesta. In altre parole, lo Stato italiano, attraverso atti amministrativi, ha introdotto il divieto agli ebrei di svolgere attività di commercio ambulante, sia vietando il rilascio di nuove concessioni, sia facendo venire meno o non riconoscendo gli effetti dei titoli già rilasciati (cfr. la circolare del Ministero delle Corporazioni datata 11 novembre 1938, n. 23774, recante il divieto di rilascio della licenza ordinaria di commercio ai cittadini di razza ebraica; la circolare del Ministero degli Interni del 30 luglio 1940, n. 52299, recante analogo divieto). Il Ministero degli Interni, con una nota di data 25 novembre 1942, rilevò infatti che l'unica possibilità di deroga coincideva con la titolarità esclusiva della licenza in capo al cittadino italiano non ebreo, per il 'principio' ivi riaffermato della superiorità della razza ariana e del 'principio' della soggezione della moglie al marito.

³⁴⁹ Emblematico è il caso del “diritto” di accesso ai documenti amministrativi. Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a) n. 6, c.p.a. fra le “Materie di giurisdizione esclusiva” sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salve ulteriori previsioni di legge, le controversie in materia di “diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa”. Per quanto di competenza, l'Adunanza generale del Consiglio di Stato (Adunanza Generale della I Sezione consultiva del Consiglio di Stato del 6 maggio 2020, concernente le “*Regole per la classificazione, redazione, massimazione e pubblicazione degli atti dell'Autorità*” sottoposte dall'Autorità Nazionale Anticorruzione) si è soffermata, preliminarmente, sulla esclusione del diritto di accesso, escludendone la portata di “diritto soggettivo”, dopo aver riassunto i principi europei sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e fatto riferimento alla normativa sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. L'Adunanza plenaria 2 aprile 2020, n. 10, si è pronunciata sulle questioni giuridiche riassunte nell'ordinanza di rimessione della III Sezione del Consiglio di Stato, n. 8501 del 16 dicembre 2019, concernente un diniego di accesso ad atti esecutivi di un contratto conseguente ad un'aggiudicazione, opposto ad un concorrente non aggiudicatario della gara. In particolare, l'Adunanza plenaria ha esaminato sia la normativa che la giurisprudenza vigente in materia di accesso (ordinario) disciplinato dalla l. 241/90 (artt. 22 e ss.), sia l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici, tenuto conto delle preclusioni contenute nell'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. 33/2013: “*La stessa Corte costituzionale, ancor di recente (sent. n. 20 del 21 febbraio 2019), ha rimarcato che il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sul modello del c.d. FOIA (Freedom of information act), risponde a principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento della pubblica*

Ad avviso di scrive, la situazione è piuttosto grave perché non è affatto chiaro chi sia il giudice da adire per la tutela giudiziale e ciò compromette l'effettività della tutela. Non solo non è dato sapere con certezza quale sia il giudice munito di giurisdizione al di fuori dei casi tipizzati dal diritto positivo (che presenta comunque lacune e incoerenze), ma anche, una volta effettuata la scelta (sulla base dei pochi punti fermi in materia), permane la totale incertezza dell'esito finale della controversia, essendo rimessa al giudice la interpretazione della domanda giudiziale. Di conseguenza, si rimane in balia del giudice di turno, il quale – fatti salvi i casi espressamente disciplinati (nei quali, come si è visto, può comunque profilarsi un problema di competenza) – è fondamentalmente libero di giudicare come vuole, sussistendo indicazioni in un senso e nell'altro.³⁵⁰

Ne consegue un grave *vulnus* alle esigenze difensive e di tutela (specialmente in sede cautelare) della parte attrice, che può ritrovarsi a dovere riassumere il giudizio o a promuovere il regolamento di giurisdizione allo scopo di poter ottenere la tutela agognata.³⁵¹

L'unica soluzione possibile è quella di affermare la giurisdizione amministrativa su “*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*”, compresa la tutela risarcitoria. A maggior ragione considerato che, se nel corso del processo il giudizio verte sul “rapporto giuridico” e non sull’atto”, esso non può che appartenere al giudice amministrativo.

Detto criterio si rivela utile e necessario in non pochi casi in cui l'operazione qualificatoria si presenta particolarmente delicata e complessa a causa della mancanza di una chiara ed inequivocabile disposizione di legge. Il problema difficilmente si pone per le fattispecie “speciali” tipizzate *ex lege*, atteso che in questi casi il regime procedimentale e la relativa normativa applicabile sono più o meno agevolmente individuabili dal diritto positivo.

La questione resta tuttora aperta perché il legislatore, per un verso, e la giurisprudenza, per l'altro, hanno progressivamente esteso la giurisdizione civile a scapito di quella amministrativa, la quale è stata confinata in uno spazio angusto e mal regolato dove la giurisdizione esclusiva di fatto ricalca quella generale di legittimità.

L'erosione della giustizia amministrativa a vantaggio della giurisdizione civile, quindi, impone una seria riflessione.³⁵² Viene inconsultamente e inopinatamente rimessa alla ricostruzione di parte

*amministrazione (v. anche sentt. n. 69 e n. 177 del 2018 nonché sent. n. 212 del 2017). La stessa impostazione si rinviene ormai anche nel consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato non solo in sede consultiva, come nel più volte citato parere n. 515 del 2016, ma anche in sede giurisdizionale, laddove numerose pronunce rimarcano che il nuovo accesso civico risponde pienamente ai principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della “cosa pubblica”, ai sensi degli artt. 1 e 2 Cost., nonché, ovviamente, dell'art. 97 Cost., secondo il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. (Cons. St., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546)”. Del resto, che si tratti di un istituto che storicamente soffre di incertezze interpretative è dimostrato dal fatto che ancora oggi, a trent'anni dall'approvazione della legge n. 241 del 1990, alcune delle questioni nevralgiche della disciplina dell'accesso documentale sono in attesa di risposte consolidate: cfr. A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 15 aprile 2020. In materia di accesso agli atti, vedasi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, nonché da ultimo la n. 4 del 18 marzo 2021.*

³⁵⁰ Cfr. Art. 9 (Difetto di giurisdizione) c.p.a.: “1. Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione.”

³⁵¹ Cfr. Art. 10 (Regolamento preventivo di giurisdizione) c.p.a.: “1. Nel giudizio davanti ai tribunali amministrativi regionali è ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione previsto dall'articolo 41 del codice di procedura civile. Si applica il primo comma dell'articolo 367 dello stesso codice. 2. *Nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari, ma il giudice non può disporle se non ritiene sussistente la propria giurisdizione.*” (enfasi aggiunta).

³⁵² Tra le tante riflessioni sul tema, vedasi, tra le più recenti, R. Garofoli, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in Federalismi.it, 2019, 20; G. Severini, *La sicurezza giuridica e la*

(*causa petendi e petitum*) la individuazione della giurisdizione del giudice naturale: ciò sarebbe ammissibile in un sistema monistico (il giudice sarebbe lo stesso), ma non in uno dualistico come il nostro dove sussistono due giurisdizioni separate, specialmente se quel rapporto risulta ancora pienamente pubblicistico e quindi notoriamente contrassegnato anche e soprattutto da posizioni di interesse legittimo, che così verrebbero distratte dal giudice naturale, che è quello amministrativo (sentenza C. cost. n. 140 del 2007).

6.7 - Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale

Il dispositivo dell'art. 386 del codice di procedura civile così recita: "La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda".³⁵³

Quando il giudizio prosegue, in seguito alla decisione sulla giurisdizione nascono effetti vincolanti e non per il giudice di merito. Infatti, da un lato il giudice non può più sollevare la questione di giurisdizione, avendo già qualificato la *res* controversa come diritto soggettivo o interesse legittimo; dall'altro lato, il giudice ben può rigettare la domanda ritenendo che in concreto i fatti non sussistono.

Ciò posto, è appena il caso di ricordare, in materia, che secondo la giurisprudenza il "giudice di merito, nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, non è condizionato dalle espressioni adoperate dalla parte, ma deve accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non esclusivamente dal tenore letterale degli atti ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla medesima parte e dalle precisazioni da essa fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto richiesto, con i soli limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e del divieto di sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella proposta. Il relativo giudizio, estrinsecandosi in valutazioni discrezionali sul merito della controversia, è sindacabile in sede di legittimità unicamente se sono stati travalicati i detti limiti" (così, di recente, Cassazione Civile, Sez. VI, ordinanza n. 5887 del 4 marzo 2021 che cita Cass. n. 13602/2019; v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, e 19 aprile 2013, n. 7).³⁵⁴

razionalità amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, 20 dicembre 2019; F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, *ibidem*, 16 ottobre 2017; A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa* [*"Nomofilachia" and administrative justice*], in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 2, 345-362.

³⁵³ Cfr. Art. 11 (Decisione sulle questioni di giurisdizione) c.p.a.: "1. Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito. 2. 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. 3. Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione. 4. Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite. 5. Nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti. 6. Nel giudizio riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova. 7. 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."

³⁵⁴ Cfr. M. Mazzei, *La Corte di Cassazione sull'interpretazione della domanda giudiziale* (nota a Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 2017, n. 26511), in www.diritto.it, 12 marzo 2018. La sentenza annotata desta interesse per quanto affermato dalla Corte di Cassazione in merito ai canoni interpretativi che il giudice di merito deve utilizzare per pervenire ad una corretta interpretazione della domanda giudiziale. La Corte, confermando un orientamento che, come vedremo, è già ben consolidato, ha affermato che "il giudice di merito ha il poterdovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa attorea, senza che, in tale attività

interpretativa, rilevino le espressioni utilizzate dalle parti, dovendo per converso prendere in esame il tenore letterale degli atti e la natura delle vicende di fatto rappresentate dalla parte, le precisazioni offerte nel corso del giudizio, il tipo di provvedimento concretamente richiesto”. Il caso esaminato dalla Cassazione concerne il servizio idrico: in particolare, una associazione di difesa dei consumatori e dell’ambiente convenne dinanzi al Tribunale di Salerno la società per azioni concessionaria del servizio di distribuzione dell’acqua per l’omonima città campana, sostenendo che aveva applicato, nel calcolare il consumo d’acqua relativo alle pertinenze degli immobili adibiti ad uso abitativo, una tariffa diversa rispetto a quella applicata a questi ultimi, con notevole aggravio di costi per gli utenti di due quartieri della città. Attenendo al rapporto di utenza ed alla prestazione del servizio (dove si ha parità delle parti e diritti soggettivi), come visto, la controversia spetta al giudice ordinario. In particolare, secondo la Corte, l’impianto motivazionale adottato dal giudice d’appello è corretto *“nella parte in cui si è correttamente e condivisibilmente ritenuto che, nella specie, oggetto della domanda fosse stato l’illegittimo comportamento tenuto dalla ricorrente, per la cessazione del quale era stata legittimamente proposta l’azione generale di cui all’art. 140 cod. cons: ciò in consonanza con il principio, costantemente affermato dalla Corte, secondo il quale il giudice di merito ha il potere-dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa attorea, senza che, in tale attività interpretativa, rilevino le espressioni utilizzate dalle parti, dovendo per converso prendere in esame il tenore letterale degli atti e la natura delle vicende di fatto rappresentate dalla parte, le precisazioni offerte nel corso del giudizio, il tipo di provvedimento concretamente richiesto (tra le molte conformi, Cass. 3041/2007; 18653/2004; 10840/2003). Tale interpretazione, se, come nella specie, immune da vizi logico-giuridici, si sottrae tout court dallo scrutinio del giudice di legittimità”*. Per comprendere nel migliore dei modi la questione di diritto affermata dal giudice della nomofilachia in merito ai criteri ermeneutici da utilizzare per pervenire ad un corretto approdo interpretativo occorre partire da alcune considerazioni di carattere generale. L’interpretazione della domanda giudiziale rappresenta un’attività ermeneutica fondamentale affinché il giudice possa adempiere al suo dovere decisorio; è, infatti, un’esigenza prima ancor logica che giuridica dal momento che l’espressione dell’opinione del giudice, in cui si concreta l’atto cognitivo del giudicare, postula *ex se* la preventiva individuazione del suo oggetto attraverso l’esercizio del potere-dovere di interpretazione e qualificazione giuridica. L’individuazione dell’oggetto del giudizio avviene proprio attraverso l’interpretazione della domanda. Tale compito, affidato esclusivamente al giudice di merito, è attività da compiersi sin dalle primissime battute del processo essendo rilevante, in particolar modo, per il controllo della corrispondenza del *decisum* e *petitum*. Infatti, ai fini di tale valutazione il riferimento è alla domanda che risulta all’esito del procedimento interpretativo, che il giudice necessariamente compie, cercando di mettere a fuoco – al di là delle espressioni letterali impiegate – il contenuto sostanziale della stessa, con riguardo alle finalità perseguite nel giudizio dalla parte, senza che assuma alcun valore condizionante la formula adottata dalla parte medesima (Cass., II, 27 febbraio 2001, n. 2908, in *Giur. it.*, 2002, 4, 735, con nota di G. Frus, *L’azione di rilascio dell’immobile detenuto sine titulo, tra difficoltà di qualificazione da parte del giudice di merito, e dubbi sulla sindacabilità di tale qualificazione in sede di legittimità, ibidem*, 735-740; in argomento v. anche A. Carratta - M. Taruffo, *Dei poteri del giudice: art 112-120 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Libro primo: Disposizioni generali, Bologna, 2011, 131 ss.; L. P. Comoglio, *La domanda giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 4, 1032 ss.; C. Consolo, in *Digesto IV, Discipline privatistiche*, Sezione civile, voce *Domanda giudiziale*, VII, 53 ss.). Nell’interpretazione della domanda giudiziale il giudice non è condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, deve tener conto dell’intero contesto dell’atto, senza alterarne il senso letterale ma, allo stesso tempo, valutando la formulazione testuale e il contenuto sostanziale della domanda in relazione alla effettiva finalità che la parte intende perseguire; in relazione ai presupposti logici delle varie istanze ed in relazione alle pretese in fatto e in diritto e alle ragioni esposte, con il limite del rispetto del principio di corrispondenza della pronuncia alla richiesta. Ciò posto, è bene sottolineare che le modalità con cui l’interpretazione della domanda deve essere compiuta non sono disciplinate da alcuna norma e, al silenzio del legislatore, ha cercato di sopperire la giurisprudenza con la formulazione di alcuni canoni interpretativi. Attraverso l’interpretazione della domanda giudiziale, il giudice deve far emergere l’effettiva volontà della parte e, dal momento che gli elementi che deve prendere in considerazione per pervenire ad un corretto risultato interpretativo sono molteplici, di conseguenza, molteplici sono i “canoni interpretativi” elaborati dalla giurisprudenza. Nonostante la molteplicità dei canoni ermeneutici elaborati la Corte di Cassazione ha cercato di circoscrivere in confini ben definiti l’esercizio di tale potere-dovere. Infatti, pur riconoscendosi espressamente al giudice il potere di autonoma interpretazione della domanda, sono ripetutamente e solennemente richiamati, sia il necessario rispetto di principi processuali fondamentali, quali il principio della domanda e il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sia l’espresso divieto per il giudice di sostituire d’ufficio un’azione ad un’altra, diversa da quella esercitata dalla parte, ovvero di mutare gli elementi oggettivi della domanda. Sembrerebbe, in prima battuta, che l’esercizio di tale delicato potere da parte del giudice sia contenuto in limiti piuttosto ristretti, ma, allorché si analizzano i parametri utilizzabili per interpretare la domanda, si comprende come tali limiti possano risultare meno rigorosi di quanto appaiano inizialmente. È difficile negare che, talvolta, proprio mediante il ricorso all’attività interpretativa della domanda *“la giurisprudenza finisce per concedere a sé stessa quelle*

Dal punto di vista metodologico, per cominciare, si osserva che far dipendere l'individuazione del giudice competente dalla sole dichiarazioni dell'interessato (come ha fatto Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236) equivale a rimettere alla volontà dell'interessato la scelta dell'organo giudicante e a vanificare, pertanto, non solo il disposto ex artt. 1-4-7 c.p.a. e artt. 103-113 Cost., ma anche il principio costituzionale della precostituzione legislativa del giudice (i.e. la garanzia del giudice naturale ex art. 25, comma 1, Cost.).

Al contrario, la questione non sembra incidere sull'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE ("Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione") e sull'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).

Non pertinente è, infine, il richiamo all'art. 112 c.p.c. Invero, il vizio di ultrapetizione o extrapetizione ricorre quando il giudice del merito, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri gli elementi

variazioni della domanda introduttiva, le quali sono vietate o controverse per la parte" (così A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. Allorio, *Commentario al cod. proc. civ.*, II, Torino, 1980, 98). In ogni caso, nell'ambito di siffatto processo interpretativo, viene svalutato, anzitutto, il profilo della prospettazione letterale della domanda, tanto che si invita il giudice di merito a non indirizzare la sua valutazione esclusivamente sul tenore testuale degli atti, pena, in caso contrario, il rischio di cadere nel vizio di omessa decisione della domanda ove si limiti alla sola prospettazione letterale della pretesa, trascurando la ricerca del suo effettivo contenuto sostanziale (così Cass., 14 novembre 2011, n. 23794, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce "Procedimento civile" n. 157; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3012, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce "Procedimento civile" n. 205; Cass., 06 aprile 2006, n. 8107, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Procedimento civile" n. 177; Cass., 23 marzo 1981, n. 1670, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Procedimento civile" n. 105). E, parimenti, incorre nel vizio di extra o ultrapetizione, il giudice che arrivi a sostituire d'ufficio domande non esperite a quelle formalmente proposte, abusando del potere interpretativo (Cass., 12 ottobre 2010, n. 21014, in *Giur. it.*, 2011, 7, 1594, con nota di G. Frus, *Il vizio di ultra ed extra petizione e l'interpretazione giudiziale della domanda: oscillazioni giurisprudenziali e incertezze operative, determinate (anche) dalla (facilmente evitabile) genericità della motivazione adottata dal giudice di legittimità, ibidem*, 1594-1599). L'organo giudicante deve concentrarsi sull'individuazione dell'effettiva volontà della parte, nonché del bene della vita richiesto per il tramite del processo, cercando di mettere a fuoco, al di là delle espressioni letterali impiegate, il contenuto sostanziale, con riguardo alle finalità perseguite nel giudizio della parte, senza che assuma alcun valore condizionante la formula adottata dalla parte medesima. In varie pronunce la giurisprudenza ha stabilito che il giudice non è necessariamente vincolato alle espressioni letterali utilizzate, ma deve indagare e considerare il contenuto sostanziale della domanda come ricavabile, per pervenire ad un corretto risultato interpretativo, da molteplici elementi. In primo luogo, le argomentazioni (in fatto e in diritto), contenute dell'atto introduttivo o negli atti defensionali successivi, i mezzi istruttori offerti oltre che le precisazioni compiute nel corso del giudizio (Cass., 21 luglio 2006, n. 16783, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Procedimento civile" n. 180; Cass. S.U., 27 febbraio 2000, n. 27; Cass., 03 luglio 2000, n. 8879, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Procedimento civile" n. 190; Cass., 20 marzo 1999, n. 2574, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Procedimento civile" n. 180; Cass., 15 gennaio 1999, n. 383, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Procedimento civile" n. 182; Cass., 29 settembre 1994, n. 7941, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Procedimento civile" n. 112). Inoltre, deve, anche, tenere conto dello scopo cui mira la parte, le tesi svolte, i presupposti logici delle varie istanze e le pretese in fatto e le ragioni in diritto esposte (Cass., 04 agosto 2006, n. 17760, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Procedimento civile" n. 174; Cass., 06 aprile 2006, n. 8107, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Procedimento civile" n. 177). La domanda giudiziale va, quindi interpretata, tenendo conto "della situazione dedotta in causa e della volontà effettiva, nonché delle finalità che la parte intende perseguire." (così Cass., 18 marzo 2014, n. 6226, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce "Procedimento civile" n. 148. Ma è ricchissima la giurisprudenza in tal senso: v. Cass., 20 giugno 2011, n. 13459, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce "Procedimento civile" n. 165; Cass., 02 dicembre 2004, n. 22665, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce "Procedimento civile" n. 141; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2908, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "Sentenza civile" n. 34; Cass., 03 luglio 2000, n. 8879, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Procedimento civile" n. 190; Cass., 05 maggio 1981, n. 2805, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Procedimento civile" n. 104). Nell'interpretazione della domanda, infine, viene data rilevanza allo stesso comportamento processuale, tenuto sia alla parte attrice, sia dal convenuto (Cass., 21 luglio 2006, n. 16783, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Sentenza civile" n. 45; Cass., 20 gennaio 2004, n. 822, in *Giur.it.*, 2004, 2047; Cass., 24 luglio 1981, n. 4779, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce "Procedimento civile" n. 113; Cass., 01 giugno 1983, n. 3748, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce "Procedimento civile" n. 125; Cass., Sez. un., 24 luglio 1981, n. 4779, in *Giust. civ.*, 1982, I, 989). E questo, in considerazione del fatto che dal comportamento delle parti il giudice può ricavare elementi che consentano di individuare le finalità della domanda (o dell'eccezione) proposta e per esplicitare "l'interna volontà" della parte.

obiettivi dell'azione (*petitum* e *causa petendi*) e, sostituendo i fatti costitutivi della pretesa, emetta un provvedimento diverso da quello richiesto (*petitum* immediato), ovvero attribuisca o neghi un bene della vita diverso da quello conteso (*petitum* mediato) (Cass., Sez. I, 11 aprile 2018, n. 9002; Cass., Sez. II, 21 marzo 2019, n. 8048). A sua volta, il vizio di omessa pronuncia su una domanda o eccezione di merito, che integra una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c., si ha quando vi sia omissione di qualsiasi decisione su di un capo di domanda, intendendosi per capo di domanda ogni richiesta delle parti diretta ad ottenere l'attuazione in concreto di una volontà di legge che garantisca un bene all'attore o al convenuto e, in genere, ogni istanza che abbia un contenuto concreto formulato in conclusione specifica, sulla quale deve essere emessa pronuncia di accoglimento o di rigetto (Cass., Sez. I, 13 giugno 1972, n. 1853; Cass., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7653; Cass., Sez. VI-5, 27 novembre 2017, n. 28308; Cass., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1616).

Corte Cassazione civile, Sez. II, 18 dicembre 2020, n. 29101 (richiamando Cass. n. 8645 del 2018) ha rilevato che il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato riguarda il *petitum*, che va determinato con riferimento a quello che viene domandato sia in via principale che in via subordinata, in relazione al bene della vita che l'attore intende conseguire, ed alle eccezioni che in proposito siano state sollevate dal convenuto (Cass. n. 6757 del 2011, conf. Cass. n. 19424 del 2013); nondimeno il limite che ne discende per il giudice, che non può perciò andare *ultra petita et alligata partium*, non è disgiungibile dal dovere che compete ad esso di decidere la domanda, in applicazione del principio *iura novit curia* (Cass. n. 25410 del 2010), di talché, fermo il vincolo della domanda come delle eccezioni, che gli preclude di mutare i fatti costitutivi della pretesa così come i fatti estintivi di essa, il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato "non osta a che il giudice [come nella specie] renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti" (Cass. n. 2209 del 2016); né osta alla facoltà che al giudice pur sempre compete di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti (Cass. n. 12943 del 2012). Laddove, peraltro, la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, che vincola il giudice ex art. 112 c.p.c., riguarda il *petitum* che va determinato con riferimento a quello che viene domandato nel contraddittorio sia in via principale che in via subordinata, in relazione al bene della vita che l'attore intende conseguire, ed alle eccezioni che, in proposito, siano state sollevate dal convenuto, ma non concerne le ipotesi in cui il giudice, espressamente o implicitamente, dia al rapporto controverso o ai fatti che siano stati allegati quali *causa petendi* dell'esperita azione, una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dalle parti (Cass. n. 11289 del 2018).³⁵⁵

Come le Sezioni Unite hanno già avuto più volte modo di affermare (da ultimo Cassazione, Sez. Un. Civili, 02 ottobre 2019, n. 24609), la giurisdizione va determinata sulla base della domanda, e ai fini del relativo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo/specializzato rileva non già la

³⁵⁵ Sul tema si rinvia a M. Mazzei, *Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale*, Rimini, 2019. L'opera propone un'analisi approfondita del potere-dovere del giudice di interpretazione e qualificazione della domanda giudiziale. Il giudice per adempiere al dovere decisorio deve individuare l'oggetto del giudizio interpretando la domanda proposta e individuando gli elementi costitutivi della stessa ossia, secondo una tradizionale ripartizione, le *personae*, il *petitum* e la *causa petendi*. Nell'ordinamento italiano le modalità con le quali tale dovere deve essere adempiuto non vengono disciplinate da alcuna previsione normativa ma si ricavano dal combinato disposto degli artt. 112 e 113 c.p.c. e dai criteri ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza. Nel manuale vengono analizzati l'*iter* storico e giuridico che ha condotto all'odierna formulazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la portata dello *iura novit curia*, i vizi in cui può incorrere il giudice qualora violi detti principi, le modalità di interpretazione della domanda nel giudizio d'appello e di legittimità nonché nel processo cautelare e in quello esecutivo e le diverse questioni giuridiche connesse al predetto dovere ermeneutico. Il volume propone, inoltre, un approfondimento in prospettiva comparata con l'ordinamento francese volto a evidenziare le analogie e le differenze che caratterizzano la disciplina dell'interpretazione e qualificazione della domanda giudiziale.

prospettazione compiuta dalle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronunzia che si chiede al giudice, bensì in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati (v. Cass., Sez. Un., 23 settembre 2019, n. 23551; Cass., Sez. Un., 14 luglio 2017, n. 17547; Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3732; Cass., Sez. Un., 7 aprile 2015, n. 6916; Cass., Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16883; Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2010 n. 15323).

In altri termini, il *petitum* sostanziale va identificato non solo in base al provvedimento che si chiede al giudice, ma anche alla *causa petendi*, dovendo il giudice indagare sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto fatto valere in giudizio ed alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive in cui esso si articola e si svolge (v. Cass., Sez. Un., 8 maggio 2007, n. 10375; Cass., Sez. Un., 1° agosto 2006, n. 17461; Cass., Sez. Un., 30 novembre 2006, n. 25521; Cass., Sez. Un., 11 aprile 2006, n. 8374).

Si è al riguardo altresì precisato che, a tale stregua, la giurisdizione del giudice ordinario, con riguardo a una domanda proposta dal privato nei confronti della p.a., non può essere esclusa nemmeno allorquando contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, giacché ove tale richiesta si ricolleggi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte dell'Amministrazione, quella giurisdizione va affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di provvedere alla sola disapplicazione dell'atto amministrativo nel caso concreto, in quanto lesivo di detto diritto soggettivo (v. Cass., Sez. Un., 30 novembre 2006, n. 25521; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2005, n. 3508).

Si è d'altro canto ulteriormente sottolineato che, anche nelle ipotesi in cui in particolari materie la giurisdizione risulti normativamente attribuita al giudice amministrativo/speciale, essa non si estende ad "ogni controversia" in qualche modo concernente la materia devoluta alla relativa giurisdizione, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza ad essa della controversia, ma soltanto alle controversie che abbiano in concreto ad oggetto la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi espressione di pubblici poteri (cfr. Cass., Sez. Un., 23 settembre 2019, n. 23551; Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2011, n. 4614, Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3732).³⁵⁶

³⁵⁶ A tal riguardo vedasi Cass. civ., Sez. III, Sent., 30 luglio 2015, n. 16196 (conferma la sentenza n. 146/2012 della Corte d'appello di Salerno, depositata il 09 febbraio 2012). Con atto di citazione alcuni agricoltori hanno convenuto davanti al Tribunale di Nocera Inferiore il loro Comune, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti dall'immobile di loro proprietà a seguito dello straripamento occorso in occasione dell'alluvione del 6 ottobre 1988, straripamento che sarebbe stato determinato da omessa sorveglianza e manutenzione. Il Comune convenuto ha resistito, chiedendo ed ottenendo di chiamare in causa quali responsabili il Consorzio di Bonifica e la Comunità Montana. Ha resistito il Consorzio di Bonifica, eccependo fra l'altro l'incompetenza per materia del giudice adito, dovendosi ritenere competente il Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche. Esperita l'istruttoria anche tramite CTU, con sentenza n. 712/2009 il Tribunale ha attribuito al Consorzio l'esclusiva responsabilità del sinistro e lo ha condannato al risarcimento dei danni nell'importo di euro 303.337,61, comprensivo di interessi e rivalutazione monetaria. Proposto appello dal Consorzio, a cui hanno resistito il Comune e gli agricoltori, con sentenza del 15 novembre 2011, n. 146, la Corte di appello di Salerno ha ridotto la somma liquidata ad euro 28.258,17, oltre rivalutazione monetaria e interessi, confermando nel resto la sentenza impugnata. Il Consorzio ha proposto cinque motivi di ricorso per cassazione. Con il primo motivo il ricorrente denunciava violazione del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, art. 140, lett. e) nel capo in cui la Corte di rinvio non ha ravvisato la competenza del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche (TRAP). Cass. civ., Sez. III, Sent., 30 luglio 2015, n. 16196, ha respinto la censura ritenendo che "Il motivo non è fondato. La norma del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, art. 140, lett. e) dispone che appartengono in primo grado alla cognizione dei Tribunale delle acque pubbliche le controversie per risarcimento dei danni che siano dipendenti "da qualunque opera eseguita dalla pubblica amministrazione, o da qualunque provvedimento emesso dall'autorità amministrativa" ai sensi del T.U. 25 luglio 1904, n. 523, art. 2 e successive modificazioni. La norma fa riferimento alle domande risarcitorie conseguenti a specifici atti o provvedimenti della p.a. e – letta ed applicata nel contesto complessivo dell'art. 140 e delle fattispecie da esso contemplate – concerne i casi in cui vengano in questione i danni provocati nell'esercizio dei poteri di governo delle acque nell'interesse

Nella discussione entrano pertanto anche i tribunali specializzati (in materia di acque pubbliche ed usi pubblici), che si erano volutamente lasciati fuori dal discorso per evitare ulteriori complicazioni. Tuttavia, prima di tirare le fila del discorso e formulare le conclusioni, è opportuno spendere qualche parola includendo anche tali plessi giurisdizionali.

Come detto, per la Cassazione i danni in relazione ai quali sussiste la competenza dei Tribunali delle acque sono quelli collegati o conseguenti ad azioni od omissioni della p.a., rilevanti quali atti suscettibili di impugnazione, pur se di fatto non impugnati. I danni ascrivibili alla mera inazione od incuria, quindi a comportamenti di fatto, magari non consapevoli e non oggetto di scelta, quali quelli provocati dal deterioramento delle strutture e imputabili all'ente esclusivamente in virtù della sua posizione di custode di quelle strutture, non debbono necessariamente essere fatti valere davanti al Tribunale delle acque, ma ben possono essere esaminati e decisi dal giudice ordinario.

Da tale assunto della Corte emergono almeno tre profili degni di considerazione.

In primo luogo, si ha la netta impressione che nella disamina della Corte manchi un elemento, ossia il giudice amministrativo in quanto l'alternativa non è bilaterale (giudice ordinario o specializzato), bensì trilaterale (giudice ordinario, amministrativo o specializzato).

In secondo luogo, si conferma la tendenza a ricorrere agli schemi civilistici (obbligo di custodia) donde derivare la giurisdizione del giudice ordinario.

Infine, ritorna quella concezione provvedimentale del potere pubblico che si era già constatata in relazione ai comportamenti della p.a. ed è esplicitamente affermata da Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236.

E questo ci riporta al punto di partenza, ovvero ai "Prolegomeni: prime considerazioni critiche sulla decisione della Cassazione", dove si era rilevato che nella decisione, affrontando svariati temi (non sempre con la dovuta attenzione e l'approfondimento che meriterebbero), la Corte sia caduta in contraddizione più volte, finendo col perdere di vista l'oggetto del giudizio e rifugiandosi nel proprio *stare decisis*:

generale della collettività: i casi in cui si discuta, per esempio, della demanialità delle acque (art. 140, lett. a); dei limiti, dell'alveo e delle sponde dei corsi o bacini (art. 140, lett. b); dei diritti a derivazioni e utilizzazioni di acque pubbliche (lett. c); delle occupazioni di fondi per l'esecuzione di opere idrauliche e della determinazione dei relativi indennizzi (lett. d), e così via. Il T.U. 25 luglio 1904, n. 523, art. 2 richiamato dall'art. 140, parimenti riguarda il potere della pubblica amministrazione di statuire e provvedere sulle opere di qualunque natura, attinenti al buon regime delle acque pubbliche, alla difesa e conservazione delle sponde dei corsi d'acqua e simili, alle eventuali decisioni sulla modifica, cessazione o distruzione delle opere in essere. *I danni in relazione ai quali sussiste la competenza dei Tribunali delle acque sono quindi quelli collegati o conseguenti ad azioni od omissioni della p.a., rilevanti quali atti suscettibili di impugnazione, pur se di fatto non impugnati. I danni ascrivibili alla mera inazione od incuria, quindi a comportamenti di fatto, magari non consapevoli e non oggetto di scelta, quali quelli provocati dal deterioramento delle strutture e imputabili all'ente esclusivamente in virtù della sua posizione di custode di quelle strutture, non debbono necessariamente essere fatti valere davanti al Tribunale delle acque, ma ben possono essere esaminati e decisi dal giudice ordinario.* Vanno confermati i principi enunciati da questa Corte, a proposito dell'interpretazione dell'art. 140, lett. e), per cui "*La ripartizione della competenza fra il giudice ordinario e il tribunale regionale delle acque pubbliche, nelle controversie aventi per oggetto il risarcimento dei danni derivanti da atti posti in essere dalla p.a., deve essere effettuata nel senso di attribuire alla competenza dei tribunali regionali delle acque le domande in relazione alle quali vengano coinvolti apprezzamenti circa la delibera, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche o comunque, le scelte dell'amministrazione per la tutela di interessi generali correlati al regime delle acque. Spetta invece al tribunale ordinario la cognizione delle controversie che si ricolleghino solo indirettamente e occasionalmente alle vicende relative al governo delle acque, come quelle in cui si deduca la violazione delle comuni regole di prudenza e diligenza che, dovendo essere osservate per evitare lesioni all'altrui diritto, non richiedono valutazioni ed apprezzamenti tecnici, tipici delle funzioni pubbliche esercitate, ma restano nell'ambito di un'attività doverosa per evitare pericoli a terzi*" (Cass. civ. Sez. 3, 11 gennaio 2007 n. 368; conf. Cass. civ. Sez. 1, 21 febbraio 2006 n. 3755; Cass. civ. Sez. 3, 16 aprile 2009 n. 9026). La fattispecie in esame rientra per l'appunto in quest'ultima categoria di comportamenti." (pt. 1.1. dir.).

- la concezione provvedimentale del potere pubblico (questo è sicuramente il più grave errore commesso dalla Corte, la quale di fatto sostiene che un potere pubblico può manifestarsi solo per atti provvedimentali, come dimostrato dalle statuizioni relative a provvedimenti annullati e considerati *tamquam non essent*);
- il *misunderstanding* sul comportamento della p.a. (nonostante sia espressamente citata la giurisprudenza costituzionale rilevante in materia, la Corte non ne comprende la reale portata e giunge a smentire proprio gli arresti della Consulta nella misura in cui sembra rinnegare la possibilità di comportamenti della p.a. nell'esercizio della pubblica funzione);
- l'esame frettoloso del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, da cui traspare una sorta di dicotomia fra giurisdizione esclusiva amministrativa, da un lato, e, dall'altro, giurisdizione ordinaria, senza considerare la giurisdizione di legittimità e le zone grigie di tutela (errore perpetuato anche in relazione ai tribunali specializzati);
- l'autoreferenzialità del richiamo alla propria giurisprudenza;
- la contraddizione sul legittimo affidamento (dapprima indicato come mero "affidamento" avente valenza autonoma a prescindere dal potere pubblico ma poi viene richiamata la giurisprudenza europea sul legittimo affidamento che su questo si fonda);³⁵⁷
- la suggestione dell'idea di "diritto amministrativo paritario" regolato dalla buona fede e correttezza (si richiama lo Statuto del contribuente), quando invece il caso di specie concerne una fattispecie di procedura edilizia ed urbanistica, dove non solo è prevista la giurisdizione esclusiva ma appare quanto meno forzato immaginare un rapporto paritario fra p.a. e privati;
- il richiamo a sproposito della giurisprudenza sulle procedure di gara, dove effettivamente vi è spazio per una sorta di trattativa fra le parti in vista della stipulazione di un contratto;
- la teoria del contatto sociale, pur se astrattamente ipotizzabile, viene invero propugnata più sulla scorta della tendenza del momento che non sulla base di un fondamento giuridico;
- la nozione di "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" che non si capisce a che titolo e con quale scopo sia menzionata nella motivazione della Corte;
- infine, la pecca di aver perso di vista la vicenda controversa (liquidata nelle poche righe iniziali) per poi dilungarsi in un *excursus* giuridico contorto e prolisso, dove viene fatta di tutta l'erba un fascio, tralasciando le dovute distinzioni.

Ma il vero peccato originale è che tutta la digressione è compiuta "secondo la domanda dell'attore (al cui oggetto, come già evidenziato, l'art. 386 c.p.c. àncora la decisione sulla giurisdizione)", ossia senza alcuna indagine sulla effettiva consistenza della posizione giuridica attivata. In conclusione, la Corte ha rimesso alla parte attrice la qualificazione della domanda, omettendo di verificare la natura sostanziale della *causa petendi* a prescindere dal *nomen juris* dato dalla parte.

³⁵⁷ Per Cassazione civile, Sez. V, tributaria, 11 maggio 2021, n. 12372, in tema di legittimo affidamento del contribuente, di fronte all'azione dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 10, comma 1, della l. n. 212 del 2000, costituisce situazione tutelabile quella caratterizzata: a) da un'apparente legittimità e coerenza dell'attività dell'Amministrazione finanziaria in senso favorevole al contribuente; b) dalla buona fede del contribuente rilevabile dalla sua condotta, in quanto connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del dovere di correttezza gravante sul medesimo; c) dall'eventuale esistenza di circostanze specifiche e rilevanti, idonee a indicare la sussistenza dei due presupposti che precedono. La relativa tutela – pur tipizzata in talune ricorrenti ipotesi (come l'art. 10, comma 2, l. n. 212 cit.) – non è ancorata a schemi precostituiti ed al modello formale della validità/invalidità dell'atto, ma richiede una valutazione in concreto in relazione alla diversità delle fattispecie e delle situazioni: cfr. *Sul legittimo affidamento del contribuente di fronte all'azione dell'Amministrazione finanziaria*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25447 - pubb. 12/06/2021.

Al termine della lunga rassegna che si è esposta nelle precedenti pagine è agevole desumere che le medesime osservazioni valgono più in generale per la giurisprudenza della Cassazione, la quale – non solo sul riparto giurisdizionale – dà spesso adito a conflitti ermeneutici.³⁵⁸

³⁵⁸ Cfr. *Il mutuo fondiario concesso per importi superiori al limite dell'80% del valore dell'immobile non è nullo*, in *IlCaso.it*, 13 gennaio 2021. L'art. 38 del T.U. Bancario non mira a creare una sorta di patrimonio di scopo, costituito dal bene ipotecato, finalizzato alla soddisfazione del creditore ipotecario con esclusione, in deroga al principio fissato dall'art. 2740 c.c., di qualsiasi altro bene del debitore bensì semplicemente a dare la nozione del credito fondiario. Pertanto in caso di mutuo fondiario concesso per importi superiori al limite dell'80% del valore dell'immobile, non solo non si è in presenza di una nullità testuale, in quanto quel limite non è riconducibile alla previsione dell'art. 117, ultimo comma, del T.U.B., ma neppure è ipotizzabile una nullità per violazione di norma imperativa con conseguente onere della banca di formulare un'istanza di conversione, dovendosi piuttosto procedere ad una qualificazione di tale contratto in termini di mutuo ordinario per assenza di uno dei requisiti legali del mutuo fondiario, con conseguente inapplicabilità dei privilegi processuali previsti per il mutuo fondiario rispettoso del limite di finanziabilità dettato dalla Banca d'Italia. In senso conforme: *Superamento del limite di finanziabilità: la sorte del contratto di mutuo fondiario*, in *ineXecutivis - Rivista Telematica dell'Esecuzione Forzata*, 5 marzo 2021. Per il Tribunale di Torre Annunziata, 10 febbraio 2021, il superamento del limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) non comporta la radicale invalidità del mutuo e la sua inefficacia *ab origine*, ma, piuttosto, la disapplicazione della speciale disciplina di privilegio del creditore fondiario e, quindi, la conservazione del contratto quale mutuo ipotecario ordinario. Parimenti, Tribunale di Napoli, Sez. V, ordinanza del 20 ottobre 2020, non ignora che giurisprudenza, anche recente, suole ripetere che “il mancato rispetto del limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, TUB determina la nullità del contratto stesso, costituendo un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia” (Cass. n. 17352/2017, Cass. n. 19016/2017, Cass. n. 13286/2018, Cass. n. 22466/2018); e che, anzi, la recentissima pronuncia della Suprema Corte n. 1193/2020, richiamata dall'opponente, ribadisce che il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, è elemento essenziale del contenuto del contratto, e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, costituendo un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa, ritenendo che proprio tale finalità pubblicistica della disciplina del mutuo fondiario sia alla base della sua ritenuta legittimità costituzionale come esplicitato nella sentenza n. 175 del 2004 della Corte costituzionale. E, tuttavia, ritiene di dover dare continuità all'orientamento di segno opposto espresso ormai numerose volte dallo stesso Tribunale, anche in sede collegiale di reclamo, che passa a riassumere e, per quanto occorra, ad integrare. Le norme da considerare sono gli artt. 38 e 117 del T.U. bancario. Ora, è innanzitutto significativa la diversa collocazione delle due disposizioni: l'art. 38 è, infatti, contenuto nel titolo II, dedicato alle banche, nella sezione I del capo VI, dedicata al credito fondiario ed alle opere pubbliche, e contiene la nozione di credito fondiario, definito come quello che “ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”. Il secondo comma, poi, demanda alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, di “determina(re) l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi”. E la delibera, come visto, fissa nell'80% del “valore” quell'ammontare massimo. L'art. 117, invece, è collocato nel titolo VI, dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali ed ai rapporti con i clienti: “La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia”. Si tratta di una sorta di norma in bianco, che demanda alla Banca d'Italia non un generale potere di sanzionare di nullità fattispecie non previste in altre norme primarie, ma di individuare, innanzitutto, determinati contratti o titoli in ragione del loro *nomen* o di altri specifici criteri selettivi, e per essi di dettare un contenuto precettivo a pena di nullità. Come osservato da Cass., Sez. I, 6 giugno 2013, n. 27380 (poi ripresa anche in Cass., Sez. VI, 4 novembre 2015, n. 22446), la norma in questione “risulta attribuire alla Banca d'Italia un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio”, ben diverso da quello riconosciuto dall'art. 38, in cui, al contrario, “il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto su cui la Banca d'Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare a quest'ultima ogni valutazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire”. Dunque, in conformità a quanto affermato dalla giurisprudenza più risalente qui da ultimo citata, in caso di mutuo fondiario concesso per importi superiori all'80% del valore dell'immobile, non solo non si è in presenza di una nullità testuale, in quanto quel limite non è riconducibile alla previsione dell'art. 117 T.U.B., ma neppure è ipotizzabile una nullità per violazione di una norma imperativa che fissa il contenuto essenziale affinché un mutuo possa definirsi fondiario. A tale ultimo

riguardo, si è già dato atto dell'opposto orientamento inaugurato dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza n. 17352/2017 (sentenza poi ripresa anche dalle successive e, da ultimo, dalla n. 1193/2020, avente il medesimo estensore), che muove, tra l'altro, da un'esigenza reale: quella, cioè, di evitare che ad una violazione dei limiti fissati per l'erogazione del mutuo fondiario corrisponda solo una non meglio precisata responsabilità della banca per la violazione delle disposizioni della Banca d'Italia; e di evitare che, proprio attraverso una violazione di quei limiti, le banche mutuanti, oltre ad ingenerare palesi guasti nel mercato immobiliare, "drogato", come è avvenuto nel decennio scorso, da un accesso al credito non adeguatamente garantito, possano usufruire di quella che è stata definita l'iperprotezione propria del credito fondiario (particolarmente spiccata in sede fallimentare). Ora, senza necessità di richiamare la distinzione di matrice dottrinale — che pure è invocata con opposti intenti nei due orientamenti che si fronteggiano — tra regole di validità, dalla cui violazione può discendere la nullità contrattuale, e regole di comportamento, che possono incidere sul permanere del rapporto, distinzione che, pure, ha trovato compiuto sviluppo giurisprudenziale nelle note pronunce delle sezioni unite a proposito di intermediazione finanziaria (v. Cass., Sez. Un., n. 26724/2007 e n. 26725/2007), e senza neppure scomodare il piano assiologico sotteso alle disposizioni richiamate (che porta i sostenitori della giurisprudenza più risalente ad evidenziare il paradosso di una sanzione di nullità che finirebbe col pregiudicare il valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intenderebbe, invece, proteggere), bisogna riconoscere che le conseguenze del superamento dei limiti fissati dalla Banca d'Italia all'erogazione dei mutui fondiari può essere più agevolmente risolta sul piano della mera qualificazione giuridica del contratto. Ed infatti, il mutuo fondiario, nella sua struttura essenziale, non differisce da un ordinario mutuo, che la banca ben può concedere, in ipotesi, anche per importi superiori all'80% del valore dell'immobile concesso in garanzia. Se, dunque, risolti i (non semplici) problemi di prova sul valore del cespite (problemi a cui qui si accenna soltanto, risultando tale trattazione superflua), si accerti che quel contratto non ha le caratteristiche per essere ritenuto un mutuo fondiario, non si vede perché occorra far ricorso alla categoria della nullità, laddove più semplicemente è possibile (senza che ciò implichi conversione del contratto nullo) che il giudice lo qualifichi, secondo l'attività ermeneutica che solitamente è chiamato a svolgere, e che sempre prescinde dal *nomen* adoperato dalle parti, come un ordinario mutuo, con tutte le conseguenze, anche in termini di ridotta protezione del mutuante, che ne derivano. Resta da esaminare l'ultimo, ma apparentemente più rilevante, argomento di segno contrario: l'asserita necessità della ricostruzione dell'istituto in termini spiccatamente pubblicistici, con conseguente nullità di clausole divergenti per contrarietà all'ordine pubblico, quale unica giustificazione della legittimità costituzionale della normativa in discorso. Ma, a ben vedere, la sentenza n. 175/2004 della Corte costituzionale (citata da Cass. n. 1193/2020) non impone affatto una simile conclusione. Quella della Consulta, infatti, era una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 38 TUB così come proposta dal giudice rimettente, che contrapponeva la vecchia disciplina del credito edilizio, legato all'esecuzione di "opere fondiarie", alla nuova disciplina del fondiario, "*omette(ndo) del tutto di chiedersi se l'evidente intento di favorire la "mobilizzazione" della proprietà immobiliare — e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore — costituisca una scelta di politica economica del legislatore, come tale sindacabile da questa Corte solo se ed in quanto manifestamente irrazionale. A tale premessa dell'ordinanza di rimessione corrisponde, inevitabilmente, l'abnormità della pronuncia richiesta alla Corte: pronuncia che dovrebbe sostanzialmente nella costruzione del (solo) mutuo fondiario (e non di altre tipologie di finanziamenti) come "mutuo di scopo", e cioè vincolato (come lo era l'oggi scomparso credito edilizio) all'esecuzione di (non meglio precisate, né precisabili) «opere fondiarie», nella previsione di meccanismi di controllo dell'effettivo impiego delle somme mutate e, infine, nella sanzione della "inopponibilità" dell'ipoteca che, in caso di inadempimento da parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante*". Dunque, si trattava di una palese inammissibilità della questione di legittimità costituzionale così prospettata; e non della difesa dell'attuale interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità quale unica ricostruzione costituzionalmente legittima. Pertanto, l'eventuale accertamento che il mutuo in oggetto ecceda l'80% del valore dell'immobile non potrà comportare la nullità del contratto, bensì solo la sua riconduzione nella disciplina codicistica del mutuo, privandolo delle garanzie e protezioni ulteriori che per il mutuante appronta il mutuo fondiario. Da ultimo, vedasi Tribunale di Verona, 15 aprile 2021: cfr. *Non è nullo il mutuo fondiario in cui il capitale erogato superi l'80% del valore dell'immobile oggetto della garanzia ipotecaria e La nullità del mutuo fondiario in cui il capitale erogato superi l'80% del valore dell'immobile è conseguenza irragionevole*, in *ineXecutivis* - Rivista Telematica dell'Esecuzione Forzata, pubblicato in *II Caso.it* il 04/10/2021. In senso contrario: D. Nardone, *L'inconvertibilità ex art. 1424 c.c. del mutuo fondiario nullo in ordinario mutuo ipotecario per consapevole o inescusabile violazione del limite di finanziabilità*, in *II Caso.it*, 01 dicembre 2020; Id., *Mutuo fondiario e violazione del limite di finanziabilità* - Il consapevole o inescusabile superamento del limite dell'80% del valore dell'immobile impedisce la conversione del mutuo fondiario nullo in ordinario mutuo ipotecario, pubblicato in *Altalex* il 29/12/2020. Da ultimo, vedasi Cass. civile, Sez. I, 14 giugno 2021, n. 16776: cfr. *Cassazione: Nullo il Mutuo Fondiario in violazione del limite di finanziabilità quale elemento essenziale del contenuto del contratto*, in *II Caso.it*, 17 giugno 2021. Nel mutuo Fondiario, il limite di finanziabilità fissato

Ma sulla giurisdizione si avverte una (nemmeno tanto celata) sottovalutazione della questione, quasi che fosse un aspetto di secondo piano da considerare sottinteso e risolvibile implicitamente.³⁵⁹

dall'art. 38 T.U.B., co. 2, e delibera CICR 22 aprile 1995 nella misura dell'80% in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi ed elevabile solo previa prestazione di garanzie integrative, in ragione della natura pubblica dell'interesse da esso tutelato è inderogabile dall'autonomia privata (cfr. la pronuncia n. 17352 del 2017, seguita da altre conformi: Cass. nn. 19016/2017, 13286/2018, 24138/2018, 17439/2019, 31057/2019, 1193/2020), e costituisce elemento essenziale del contenuto del contratto determinando il suo mancato rispetto la nullità dell'accordo, ferma restando tuttavia la possibilità di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti. V. anche Tribunale Reggio Emilia, 22 luglio 2020: cfr. *Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario: onere della prova e conversione del contratto ex art. 1424 c.c. in sede di verifica del passivo fallimentare*, in *II Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25158 - pubb. 20/04/2021. Il contratto di mutuo fondiario nullo ex artt. 1418 codice civile e 38 TUB può essere convertito (art. 1424 codice civile) in contratto di mutuo ipotecario, laddove ne ricorrano i presupposti formali e sostanziali e possa altresì ritenersi che, avuto riguardo allo scopo voluto dalle parti, le stesse lo avrebbero comunque stipulato anche se avessero conosciuto la causa della nullità ovvero il superamento dei limiti di finanziabilità. Infine, il Tribunale di Napoli, II sezione, 16 novembre 2021, nel giudizio concernente la dichiarazione di nullità di un contratto di mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità, richiamando il combinato disposto dell'art. 38, comma 2 T.U.B. e della delibera CICR 22/4/1995, si è riportato integralmente all'indirizzo espresso nella nota sentenza di Cassazione 17352/2017, e relativa successiva giurisprudenza, che qualifica il limite di finanziabilità ex art. 38, co. 2 T.U.B., elemento essenziale del contenuto del contratto di mutuo fondiario il cui mancato rispetto determina la nullità dello stesso, nonché limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse da esso tutelato consistente nella regolarizzazione del "quantum" della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa. Contestualmente rigettando, sulla base sempre di orientamento di Cassazione (Cass. 11201/2018) anche la domanda di conversione ex art. 1424 c.c. del contratto di mutuo dichiarato nullo in mutuo ipotecario ordinario: cfr. *Tribunale di Napoli: Nullo il Mutuo Fondiario in violazione del limite di finanziabilità*, in *II Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 26225 - pubb. 26/11/2021. Sulla presente *querelle* vedasi E. Staunovo-Polacco, *Mutuo fondiario ed inosservanza del limite di finanziabilità: oscillazioni giurisprudenziali in attesa di un intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *II Caso.it*, 18/10/2021, il quale auspica che la Suprema Corte si determini quanto prima ad assumere, con una decisione a Sezioni Unite, una soluzione chiarificatrice della tematica trattata nel commento, oggetto di indirizzi giurisprudenziali contrastanti e con un'importanza indubbiamente particolare: "Nel merito, si crede di avere dimostrato come la soluzione della nullità contrattuale salva conversione ex art. 1424 c.c. sia priva di fondamento giuridico, oltre a frustrare proprio l'interesse pubblico della stabilità del sistema bancario in vista del quale è stata affermata, e a contrastare anche – su numerosi versanti – con l'interesse della clientela. Si dovrebbe quindi pervenire ad una soluzione che tuteli la stabilità del rapporto, riconoscendo la piena validità del contratto, o al più disapplicando i "benefici del fondiario" a seguito di riquilibrata giuridica come "mutuo ipotecario ordinario". La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, con ordinanza 9 febbraio 2022, n. 4117 (cfr. *Rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione la questione del superamento del limite di finanziabilità nei mutui fondiari*, in *II Caso.it*, 11/02/2022), ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché valuti l'opportunità di rimettere alle Sezioni Unite Civili l'esame della questione delle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nei mutui fondiari ex art. 38 TUB.

³⁵⁹ Cfr. Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 24883 del 9 ottobre 2008. L'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione "è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo" deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ("asse portante della nuova lettura della norma"), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo

Il che dimostra non soltanto la non infallibilità del giudice nomofilattico, ma soprattutto la necessità di essere sempre vigili sulla effettiva bontà delle interpretazioni fornite dalla Cassazione, dovendosi sempre verificare la bontà delle soluzioni accolte ed eventualmente emendarle, specie se destinate ad essere applicate in un numero relevantissimo di casi.

Ciò è tanto più vero quando la Suprema Corte si cimenta nell'esegesi del diritto amministrativo, e di quello pubblico in generale, non essendo la sua materia di elezione.

Nelle pronunce sulla giurisdizione, invero, si nota una certa mancanza di dimestichezza e da siffatta circostanza hanno scaturigine aporie piuttosto gravi.

Nel presente scritto si è tentato di mettere in luce le più importanti e di offrire delle considerazioni che, auspicabilmente, possano consentire di addivenire ad una tutela meno incerta.

all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum* non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (nella specie, le Sezioni Unite hanno giudicato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in sede di legittimità dalla parte che, soccombente nel merito in primo grado, aveva appellato la sentenza del giudice tributario senza formulare alcuna eccezione sulla giurisdizione, così ponendo in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire il difetto di giurisdizione e prestando acquiescenza al capo implicito sulla giurisdizione della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.). Da ultimo, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella pronuncia n. 21972 del 30 luglio 2021, ha stabilito che ove il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito dichiarando, anche per implicito, la propria giurisdizione, e le parti abbiano prestato acquiescenza non contestando la relativa sentenza, sotto tale profilo non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria rilevare *ex officio* il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione coperta dal giudicato implicito (Cass., Sez. Un., n. 10359/2021): cfr. L. Biarella, *Giudicato implicito: il giudice della fase successiva non può rilevare il difetto di giurisdizione* - Secondo la Cassazione sussiste il giudicato implicito se il giudice di primo grado ha pronunciato nel merito dichiarando la propria giurisdizione e le parti hanno prestato acquiescenza, pubblicato in *Altalex* il 16/08/2021. Inoltre, resta precluso all'attore, rimasto soccombente nel merito, contestare la giurisdizione di quel giudice che egli stesso ha adito (Sez. Un. n. 25367/2020).

Osservazioni conclusive: “Quando il saggio indica la luna, lo stolto guarda il dito”.

Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario rappresenta da sempre una questione complessa e in continuo mutamento, fondandosi, inizialmente con la l. 31 marzo 1889, n. 5992, sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, per poi evolversi nell’individuazione di “blocchi di materie” e nella valutazione della natura del potere esercitato dall’Amministrazione in un dato momento storico o in una particolare situazione.

Un antico proverbio orientale dice che “quando il saggio indica la luna, lo stolto guarda il dito”. Bisogna quindi chiedersi se l’attenzione sia focalizzata sulla luna o piuttosto sul dito. Come statuito dalle stesse Sezioni unite con sentenza n. 20181 del 25 luglio 2019, “*La giurisdizione, infatti, deve determinarsi non già sulla base delle norme di legge che la PA deve osservare ma, in base al principio di effettività, con riguardo all’azione che Essa ha concretamente svolto o che tale risulti, in base ai fatti giuridici rilevanti, posti in essere o comunque accaduti ed accertati, e ad Essa ascrivibile*”. L’individuazione del plesso giurisdizionale cui compete la cognizione di una controversia deve essere compiuta alla stregua del criterio della consistenza effettiva delle situazioni giuridiche delle parti, prescindendo dalle prospettazioni e dalle richieste, eventualmente improprie, rivolte al giudice (v., per tutte, Cass., Sez. Unite, Ord. 11 ottobre 2011, n. 20902).³⁶⁰

Il *busillis* della giurisdizione amministrativa o ordinaria rappresenta un problema di non poco conto, comportando incertezza del diritto e sovrapposizione di giurisdizioni differenti.

Il caso esaminato dalla citata Cassazione, Sez. Unite Civili, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, è emblematico.³⁶¹ Unitamente al recesso veniva attivato il procedimento per lo svolgimento di una gara finalizzata al nuovo affidamento del servizio. Ritenendo la vicenda in esame espressione di attività provvedimentale, un consorzio ha adito il TAR Sardegna chiedendo l’annullamento dei provvedimenti impugnati. Col ricorso principale e due ricorsi per motivi aggiunti il ricorrente chiedeva, fra le altre cose, l’annullamento della deliberazione di Giunta Comunale avente ad oggetto “Raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani – Recesso dal Contratto convenzione di affidamento del servizio *omissis* – applicazione art. 31 del capitolato d’oneri”, dei verbali di Giunta e Consiglio, nonché del bando di gara per l’affidamento dei servizi di igiene urbana del Comune, di tutti i verbali di gara nella procedura, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e di quello successivo di aggiudicazione definitiva.

In buona sostanza, la fattispecie si articola in due distinti profili di impugnazione:

³⁶⁰ Nella specie, al di là della sollecitazione della parte ricorrente alla ricognizione della normativa in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in tema di affidamento di servizi da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, la questione sottoposta all’esame del giudice di merito concerneva la valutazione della configurabilità della responsabilità aquiliana per i danni provocati alla stessa, per effetto della condotta illecita dei componenti della commissione aggiudicatrice dei servizi di cui si tratta, e dell’ufficiale rogante, condotta nella quale erano stati anche ravvisati gli estremi di reato. In siffatto contesto, secondo la Cassazione (quasi ignorando che la materia risarcitoria sugli interessi legittimi spetta al giudice amministrativo), l’invalidazione della procedura di gara di appalto da parte del giudice amministrativo altro non costituiva che il presupposto della domanda attorea, intesa alla individuazione dei responsabili del danno nelle persone fisiche che avevano rivestito la qualità di componenti della commissione e di ufficiale rogante, in relazione alla quale il soggetto pubblico si collocava come responsabile solidale delle condotte contestate sotto il profilo della *culpa in vigilando*. È evidente che, quanto meno per la p.a., il giudice competente era quello amministrativo stante la presenza di esercizio del potere pubblico; a nulla rileva – se non a mutare la giurisdizione per se stessi – che i singoli agenti avessero poi agito in maniera illecita rompendo il nesso funzionale con il potere pubblico. Diversamente opinando, in forza del *simultaneus processus*, la p.a. verrebbe sottratta al proprio giudice naturale quando opera *iure imperii*. Solo per i singoli agenti si interrompe il nesso teleologico con la funzione pubblica, mentre per la p.a. esso rimane integro. Ecco perché in queste vicende andrebbe preferito il magistero della Corte dei conti che ha ad oggetto sia interessi legittimi sia diritti soggettivi, magari introducendo una sorta di costituzione di parte civile.

³⁶¹ Sia consentito rinviare a M. Ceruti, *La giurisdizione sui contratti pubblici secondo la Cassazione: così è (se vi pare) o as you like it* - nota a Cassazione Sez. Unite, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, 2, 665-709.

- da un lato, infatti, il ricorrente lamentava l'illegittimità del recesso dalla convenzione con esso stipulata in data 2 luglio 2003, concernente il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, unilateralmente attuato dal Comune ai sensi dell'art. 31 del capitolato speciale;

- dall'altro lato, censurava l'indizione della procedura concorsuale indetta ai fini della nuova assegnazione del servizio, rimodulato come precisato negli atti impugnati, sfociata nell'aggiudicazione al consorzio controinteressato.

Se quest'ultimo aspetto ricade pacificamente nella giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., per il primo punto è irrefragabile la giurisdizione ordinaria (anche in virtù dell'argomento testuale inequivoco: "Recesso dal Contratto convenzione di affidamento del servizio").

Eppure a tale conclusione la giurisprudenza è addivenuta solo all'esito di un percorso alquanto travagliato, dopo che si sono pronunciati nell'ordine: il TAR Sardegna, Sez. I, con la sentenza n. 124 del 6 febbraio 2008; la Corte d'appello di Cagliari, sezione di Sassari, con la sentenza n. 87 del 29 febbraio 2016 (in riforma della sentenza del Tribunale di Tempio Pausania); la sentenza n. 385 del 2017 della Corte d'appello di Cagliari; le stesse Sezioni unite con la sentenza 25 luglio 2019, n. 20181, che ha dichiarato inammissibile il ricorso contro la citata sentenza n. 385 del 2017 della Corte cagliaritano. Con sentenza n. 87 del 29 febbraio 2016 la Corte d'appello di Cagliari, sezione di Sassari, in riforma della sentenza del Tribunale di Tempio Pausania, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a conoscere della domanda con la quale un consorzio aveva chiesto la condanna di un Comune al pagamento dell'indennizzo ex art. 1671 cod. civ., in riferimento al recesso operato dall'Ente dal contratto d'appalto per il servizio di raccolta, trasporto e conferimento a discarica di rifiuti. La Corte d'appello ha evidenziato che il TAR Sardegna, Sez. I, con sentenza n. 124 del 6 febbraio 2008, passata in giudicato, aveva affermato la propria giurisdizione sulla dedotta illegittimità del recesso operato dal Comune, per avere l'Amministrazione esercitato un potere di autotutela senza ricorrere all'utilizzo di strumenti privatistici.³⁶²

³⁶² Preliminarmente il TAR ha dovuto esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalle parti resistenti. Incontestata la giurisdizione del giudice amministrativo quanto al secondo profilo di impugnazione, il TAR si è posto il problema di verificarne la sussistenza con riguardo al primo che – anche al sommario esame concernente la fase cautelare del giudizio – era apparso costituire espressione di una facoltà contrattuale attinente all'aspetto esecutivo della convenzione, come tale riconducibile alla giurisdizione ordinaria. Sul punto, tuttavia, il Tribunale, *re melius perpensa*, ritiene di affermare la propria giurisdizione, condividendo l'orientamento espresso, in fattispecie analoga a quella in esame, dal Consiglio di Stato con sentenza della Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 863 (massima: "Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo una controversia relativa alla revoca ad un'impresa da parte del Comune di un servizio pubblico per consentirne l'affidamento ad una società mista, partecipata dal comune stesso", in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 5, 524. Il provvedimento con cui l'Ente revoca l'originario atto di concessione del servizio di illuminazione votiva cimiteriale, per affidarlo ad una società partecipata e già attributaria di altri servizi cimiteriali per conto dello stesso Comune, in quanto ritenuta più rispondente al pubblico interesse, si configura come espressione del potere di autotutela in presenza di sopravvenute ragioni di pubblico interesse; ne consegue che nell'ambito di esso il richiamo all'inosservanza degli obblighi contrattuali da parte della concessionaria integra, per un verso, un elemento della doverosa ponderazione degli interessi contrapposti, assumendo però, sotto il prevalente profilo motivazionale, la funzione di ulteriore giustificazione rafforzativa della scelta. La controversia scaturente, dunque, da un tal tipo di provvedimento, verte sulla legittimità dell'esercizio da parte del Comune di poteri pubblicistici a mezzo di un atto di natura provvedimentoale, a fronte del quale non è dato rinvenire, in capo all'appellante, se non una posizione di interesse legittimo, da tutelare in sede di giurisdizione amministrativa – Riforma della sentenza n. 1175 pronunciata in data 3 novembre 2004 dal Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila). Secondo TAR Sardegna, Sez. I, sentenza n. 124 del 6 febbraio 2008, "A ben vedere, infatti, dagli atti impugnati si ricava la loro preordinazione al passaggio ad una nuova forma di gestione del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, ritenuta più rispondente all'interesse pubblico, attraverso l'implementazione del servizio di raccolta differenziata e la rideterminazione dell'ammontare del canone. Ed invero, sebbene risultino enunciati negli atti censurati anche profili di inadempienza del gestore del servizio, dalle argomentazioni concretamente poste a fondamento delle determinazioni adottate si ricava che l'Amministrazione non è affatto ricorsa all'utilizzo degli strumenti privatistici di risoluzione del rapporto contrattuale. Deve dunque convenirsi sul fatto che il provvedimento con

Per porre rimedio a tale statuizione la Cassazione ricorre ad un *escamotage* che non convince affatto nella misura in cui la sentenza n. 87 del 29 febbraio 2016 della Corte d'appello di Cagliari viene cassata per effetto della successiva sentenza n. 385 del 12 ottobre 2017 della stessa Corte d'appello di Cagliari, solo perché confermata dalle Sezioni unite con la sentenza 25 luglio 2019, n. 20181, e passata in giudicato per prima (seppur successiva).

La questione di giurisdizione è così incisa dal (ed è pregiudizialmente risolvibile in base al) vincolo derivante dal giudicato esterno per ultimo formatosi sulla qualificazione del rapporto tra le parti.

Il paradosso del principio affermato da Cassazione, Sez. Unite Civili, 10 dicembre 2020, n. 28179, si ricava facilmente se solo si pensa che, di fatto, nella fattispecie la sentenza precedente viene implicitamente cassata – a distanza di oltre tre anni – da una decisione successiva dello stesso giudice (Corte d'appello di Cagliari).

Sembra quasi di essere di fronte ad una sorta di autotutela giudiziaria. Ma se invece fosse passata in giudicato la sentenza n. 87 del 2016 della Corte d'appello di Cagliari? Qualora in ipotesi la Cassazione non si fosse avveduta della situazione e avesse confermato la sentenza n. 87 del 2016, con cui la Corte d'appello di Cagliari, sezione di Sassari, in riforma della sentenza del Tribunale di Tempio Pausania, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, la predetta statuizione avrebbe acquisito autorità di giudicato per ultima e quindi ne sarebbe scaturito il vincolo derivante dal giudicato esterno per altre decisioni.

La Cassazione ha già preso abbagli piuttosto eclatanti.³⁶³ Può farsi menzione della recente Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 28 ottobre 2020, C-521/18 - *Pegaso e Sistemi di Sicurezza* (ECLI:EU:C:2020:867).³⁶⁴

Nella causa C-521/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal TAR Lazio - Roma, Sez. III, con Ordinanza di rimessione 12 luglio 2018, n. 7778, la domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dei considerando 21 e 46, nonché dell'articolo 16 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e

cui l'Ente si è determinato a revocare l'originario atto di concessione perché non più rispondente agli interessi pubblici curati si configuri come espressione di un potere di autotutela in presenza di ritenute sopravvenute ragioni di pubblico interesse. La presente controversia, quindi, verte sulla legittimità dell'esercizio da parte del Comune di poteri pubblicistici a mezzo di atti di natura provvedimentoale, a fronte dei quali non è dato rinvenire, in capo al ricorrente, se non una posizione di interesse legittimo, da tutelare in sede di giurisdizione amministrativa. Di qui la giurisdizione del giudice amministrativo su entrambi i profili di censura in esame.". Può quindi passarsi all'esame del merito del ricorso: a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, con annullamento degli atti mediante i quali il Comune aveva disposto in favore del Consorzio l'affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, il ricorso principale è stato dichiarato in parte improcedibile e per il residuo inammissibile. All'illegittimità degli atti di affidamento diretto della concessione in esame è seguita l'inefficacia della successiva convenzione del 2003 ed il venir meno dell'interesse del consorzio ad impugnare l'atto di recesso posto in essere dall'Amministrazione comunale, fatte salve le eventuali istanze risarcitorie della ricorrente principale in relazione alle attività esecutive degli impegni contrattuali *medio tempore* poste in essere. Da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2948, ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21673) e dello stesso Consiglio (Sez. V, 13 gennaio 2021, n. 432 e n. 433; 30 novembre 2011, n. 6309), per la quale sussiste la giurisdizione del giudice civile, quando si controverte della validità o degli effetti di un recesso di un ente locale da un Consorzio, poiché "il recesso costituisce un atto intrinsecamente civilistico", che determina l'estinzione di un rapporto di durata a tempo indeterminato. Spetta dunque alla competenza del giudice ordinario la controversia riguardante il recesso da un consorzio di un ente locale.

³⁶³ Ad esempio, vedasi F. Corona, *Validità INI-PEC: la Cassazione torna sui suoi passi* - La Suprema Corte (ordinanza n. 29749/2019) rileva l'esistenza di un errore nell'ordinanza n. 24160/2019 e procede alla correzione materiale della pronuncia, pubblicato in *Altalex* il 20/11/2019.

³⁶⁴ Vedasi S. Tranquilli, *La CGUE si pronuncia sulla natura di (impresa pubblica) Poste Tutela e Poste Italiane s.p.a.*, in *Iamministrativista.it*, 28 ottobre 2020. Tenuto conto del fatto che Poste Tutela e Poste Italiane rivestono la qualità di impresa pubblica, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2014/25, e che i servizi da affidare (relativi ad attività di portierato, *reception* e presidio varchi) sono relativi alla prestazione di servizi postali e servono effettivamente al suo esercizio, tale direttiva è dunque applicabile sia *ratione personae* sia *ratione materiae* all'appalto oggetto della controversia.

del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, nonché dell'articolo 3, paragrafo 4, dell'articolo 4, paragrafi 1 e 2, e dell'articolo 13 della direttiva n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia in merito alla legittimità di un bando di gara relativo all'affidamento, nell'ambito di una procedura aperta, dei servizi di portierato, *reception* e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane e di altre società del gruppo.³⁶⁵

Dinanzi al TAR romano Poste Italiane, con la quale Poste Tutela si è fusa con effetto dal 1° marzo 2018, ha concluso per l'irricevibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dei giudici amministrativi. Ha spiegato che, sebbene alla data di pubblicazione del bando di gara di cui trattasi la Poste Tutela avesse la natura di impresa pubblica, i servizi interessati da tale bando di gara non rientravano in uno dei settori speciali contemplati dalla direttiva 2014/25. E ha aggiunto che tale punto di vista è stato avvalorato da un'ordinanza della Corte suprema di Cassazione del 1° ottobre (*recte*: marzo) 2018, la quale ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di appalti pubblici conclusi da Poste Italiane, sebbene quest'ultima abbia la qualità di impresa pubblica, quando tali appalti hanno ad oggetto attività non inerenti alle attività ricomprese nel settore speciale interessato.³⁶⁶ In ogni caso, Poste Italiane ha sostenuto che è cessata la materia del contendere, in quanto il bando di gara di cui trattasi nel procedimento principale è stato ritirato dopo la presentazione della presente domanda di pronuncia pregiudiziale.³⁶⁷

³⁶⁵ Con bando pubblicato il 29 luglio 2017 nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, Poste Tutela, società all'epoca partecipata al 100% da Poste italiane, ha indetto una procedura di gara aperta per l'istituzione di accordi quadro aventi ad oggetto i servizi di portierato, *reception* e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane e di altre società del gruppo, suddivisa territorialmente in sette lotti cumulabili, per la durata di 24 mesi (oltre 12 mesi in caso di rinnovo) e per un importo complessivo stimato di euro 25.253.242. Il bando di gara indicava come "base giuridica" la direttiva 2014/25. Ritenendo che il bando di gara fosse contrario a talune disposizioni del codice dei contratti pubblici, la Pegaso ha proposto ricorso dinanzi al giudice del rinvio, il quale, con ordinanza cautelare del 20 ottobre 2017, ha sospeso la procedura di gara.

³⁶⁶ Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 1° marzo 2018, n. 4899 – con note di D. Galli, *Settori ordinari e settori speciali: complementarità o alternatività?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 2, 227-241, ed E. M. Barbieri, *Poste Italiane S.p.A. e gli appalti aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di attività postali*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2018, 3, 777-790. Le controversie relative all'aggiudicazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. appartengono alla giurisdizione ordinaria, atteso che tale appalto non rientra nella disciplina dei cd. settori speciali, a mente dell'art. 217 del d.lgs. n. 163 del 2006, avendo un oggetto che, per sua natura, non rileva direttamente ai fini dell'espletamento del "servizio speciale" (quali il "servizio postale" e gli "altri servizi diversi" di cui all'art. 211 del decr. cit.), incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che – a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente secondo la sistematica classificatoria normata dall'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 – il procedimento di stipulazione dell'appalto non è soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, sicché non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010, e ciò anche se Poste Italiane si sia volontariamente vincolata, pur non essendovi tenuta, alle regole di evidenza pubblica, poiché la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico discende esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante. Vedasi anche Cons. Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, sulla giurisdizione del g.o. in materia di appalti indetti da imprese pubbliche per contratti che siano del tutto "estranei" all'ambito applicativo del Codice, e le sentenze nn. 13, 14, 15 e 16 del 2016 – inerenti a questioni di accesso agli atti, connessi al rapporto di impiego dei dipendenti dell'Ente – che qualificano Poste Italiane s.p.a. come organismo di diritto pubblico.

³⁶⁷ Nel caso di specie, è pacifico che Poste Italiane ha fatto pubblicare nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (serie S, del 29 settembre 2018), a seguito della fusione per incorporazione di Poste Tutela in Poste Italiane, la sua decisione di "annullare/revocare" il bando di gara di cui trattasi nel procedimento principale e che, come confermato dal giudice del rinvio alla Corte il 18 marzo 2019, Poste Italiane ha fatto pubblicare nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (serie S, del 19 gennaio 2019) un nuovo bando di gara relativo ai servizi di portierato, *reception* e presidio varchi per le sue sedi e quelle delle altre società del gruppo. Inoltre, la Pegaso non contesta il ritiro del bando di gara di cui trattasi, pur sottolineando che il giudice del rinvio resta tenuto a pronunciarsi sul merito della controversia principale, in particolare sulla questione della legittimità di tale bando di gara, sia ai fini di un'eventuale domanda di risarcimento sia ai fini delle spese di causa. In tali

Quanto alla Pegaso, essa respingeva l'eccezione di incompetenza sollevata da Poste Italiane e sosteneva che occorrerebbe includere tra i servizi rientranti nei settori speciali non soltanto i servizi direttamente contemplati dalla normativa applicabile, quali i servizi postali, ma anche i servizi complementari e strumentali, che hanno lo scopo di garantire la fornitura effettiva dei primi.

Il giudice del rinvio ha ritenuto necessario risolvere preliminarmente la questione se la controversia principale rientri nella giurisdizione dei giudici amministrativi o in quella dei giudici ordinari. A tal fine, sarebbe indispensabile stabilire se Poste Tutela, divenuta Poste Italiane, fosse soggetta all'obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione per l'affidamento dei servizi di cui trattasi nel procedimento principale. Con riferimento a tale aspetto, detto giudice ritiene che Poste Italiane presenti tutte le caratteristiche necessarie per essere qualificata come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera d), del codice dei contratti pubblici e delle direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25. Tuttavia, esso osserva altresì che la Corte suprema di Cassazione, nell'ordinanza menzionata, è giunta a una conclusione diversa, sottolineando in particolare che Poste Italiane è ormai essenzialmente guidata da esigenze di carattere industriale e commerciale. In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Roma) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte UE le seguenti questioni pregiudiziali:³⁶⁸

1) se la società [Poste Italiane], in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art[icolo] 3, comma 1, lettera d) del [codice dei contratti pubblici] e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE);

2) se la predetta qualificazione si estenda alla società, partecipata al 100%, [Poste Tutela], peraltro in via di già deliberata fusione con la prima, tenuto conto del punto n. 46 delle premesse alla direttiva 2014/23/UE sulle persone giuridiche controllate (cfr. anche, in tal senso, Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 567: obbligo di gara per le società controllate dalla p.a.; Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211);

3) se dette società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano in relazione con l'attività svolta nei settori speciali, in base alla direttiva 2014/25/UE, quali enti aggiudicatori, per i quali la stessa natura di organismi di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II del [codice dei contratti pubblici], con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l'attività contrattuale non attinente a detti settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art[icolo] 16;

4) se le medesime società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, restino invece – ove in possesso dei requisiti di organismi di diritto pubblico – soggette alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgenti – in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza;

5) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al servizio universale e attività a quest'ultimo estranee, il concetto di strumentalità – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – possa ritenersi escluso per contratti inerenti alla manutenzione sia ordinaria che straordinaria, alla pulizia, agli arredi, nonché al servizio di portierato e di custodia degli uffici stessi;

circostanze, il giudice del rinvio ritiene, al fine di determinare il seguito da riservare al ricorso su cui è chiamato a pronunciarsi, di dover risolvere in via preliminare la questione della sussistenza della propria giurisdizione, sottolineando che quest'ultima sussisterebbe qualora l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale fosse disciplinato da una delle direttive dell'Unione in materia di appalti pubblici.

³⁶⁸ Vedasi anche TAR Lazio, Sez. III, Ord., 26 aprile 2019, n. 5327: cfr. *Alla CGUE la qualificazione di Poste Italiane s.p.a. come organismo di diritto pubblico*, in *Iamministrativista.it*, 29 aprile 2019; R. Cabazzi, *Appalti pubblici (organismo di diritto pubblico – regime di concorrenza – obbligo di procedura ad evidenza pubblica nei soli settori speciali – Poste Italiane s.p.a.)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, 1, 132-134; D. Capotorto, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 5, 631-640.

6) se infine, ove la prospettazione di [Poste Italiane] fosse ritenuta condivisibile, debba ritenersi contrastante col consolidato principio di legittimo affidamento dei partecipanti alla gara la riconduzione a mero autovincolo – non soggetto a tutte le garanzie di trasparenza e pari trattamento, disciplinate dal codice degli appalti – [dell']indizione di una procedura concorsuale, debitamente pubblicizzata senza ulteriori avvertenze al riguardo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

A tale riguardo, a proposito della direttiva 2004/17 la Corte UE ha già dichiarato che tale direttiva si applicava non solo agli appalti aggiudicati nel settore di una delle attività espressamente considerate agli articoli da 3 a 7, ma altresì agli appalti che – sebbene fossero di natura diversa e potessero, in quanto tali, rientrare di norma nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114) – servivano per l'esercizio delle attività definite dalla direttiva 2004/17. La Corte ne ha dedotto che, nei limiti in cui un appalto aggiudicato da un ente aggiudicatore aveva un nesso con un'attività da questo esercitata nei settori considerati dagli articoli da 3 a 7 di tale direttiva, nel senso che tale appalto era aggiudicato in rapporto e per l'esercizio di attività in uno di tali settori, detto appalto doveva essere assoggettato alle procedure previste dalla direttiva in parola (v., in tal senso, sentenze del 10 aprile 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06³⁶⁹, ECLI:EU:C:2008:213, punti 31 e da 56 a 59, e del 19 aprile 2018, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264, punto 26).

Orbene, l'articolo 6, paragrafo 1, dell'abrogata direttiva 2004/17 si applicava, in particolare, alle "attività relative alla fornitura di servizi postali" e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, che lo ha sostituito, definisce l'ambito di applicazione della stessa facendo riferimento, in particolare, alle "attività relative alla prestazione di servizi postali". In tali circostanze, e come risulta dal raffronto tra le parti introduttive di queste due disposizioni, l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25 non può essere interpretato più restrittivamente di quello della direttiva 2004/17 e non può, pertanto, essere limitato alle sole attività di prestazione di servizi postali in quanto tali, ma include, inoltre, le attività connesse alla prestazione di tali servizi. Ne consegue che l'interpretazione adottata dalla Corte nella giurisprudenza summenzionata, fondata su un'interpretazione sistematica delle direttive 2004/17 e 2004/18, è confermata, a partire dall'entrata in vigore della direttiva 2014/25, dal tenore letterale dell'articolo 13, paragrafo 1, di quest'ultima, che definisce l'ambito di applicazione di tale nuova direttiva.

Occorre quindi stabilire se, come affermato da Pegaso e Commissione europea, si possa ritenere che servizi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale abbiano un nesso con l'attività svolta nel settore postale dall'ente aggiudicatore interessato. A tale riguardo, per poter servire all'esercizio dell'attività rientrante nel settore postale, il nesso tra l'appalto di cui trattasi e tale settore non può essere di una natura qualunque, pena il travisamento del senso dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/25. Infatti, non è sufficiente che i servizi oggetto di tale appalto contribuiscano positivamente alle attività dell'ente aggiudicatore e ne accrescano la redditività, al fine di poter constatare, tra detto appalto e l'attività rientrante nel settore postale, l'esistenza di un nesso, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, di tale direttiva. Occorre quindi considerare che rientrano tra le attività relative alla prestazione di servizi postali, ai sensi di tale disposizione, tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi. Lo stesso vale per le attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali.

Nel caso di specie, è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, *reception* e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato. Tale constatazione vale tanto per gli uffici aperti agli utenti dei servizi postali e che ricevono quindi il pubblico, quanto per gli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative.

³⁶⁹ Cfr. B. Rinaldi, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, 3-4, 975-992.

Infatti, come rilevato dall'Avvocato generale al paragrafo 116 delle sue conclusioni³⁷⁰, la prestazione di servizi postali comprende anche la gestione e la pianificazione di tali servizi. In tali circostanze, un appalto come quello di cui trattasi nel procedimento principale non può essere considerato aggiudicato per scopi diversi dal perseguimento dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, e presenta al contrario, tenuto conto delle considerazioni esposte al punto 43 della sentenza in parola, un nesso con tale attività che ne giustifica l'assoggettamento al regime istituito da tale direttiva.

Pertanto, tenuto conto del fatto che Poste Italiane riveste la qualità di impresa pubblica, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2014/25, e che i servizi di cui trattasi nel procedimento principale sono attività relative alla prestazione di servizi postali, che servono effettivamente al suo esercizio, tale direttiva è dunque applicabile sia *ratione personae* sia *ratione materiae*. Tale conclusione non è inficiata dall'argomento di Poste Italiane secondo cui le attività di portierato e di custodia oggetto del bando di gara di cui trattasi nel procedimento principale sono prestate anche a favore di attività che esulano dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25, quali i servizi di pagamento, di telefonia mobile, assicurativi o i servizi digitali. Infatti, come rilevato, in sostanza, dall'Avvocato generale ai paragrafi 119 e 120 delle sue conclusioni, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 prevede, nel caso di appalti destinati a coprire diverse attività, che gli enti aggiudicatori possano decidere di aggiudicare appalti distinti per ciascuna delle diverse attività o di aggiudicare un appalto unico. In quest'ultima ipotesi, dall'articolo 6, paragrafo 2, di tale direttiva risulta che a tale appalto unico si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato. Orbene, le informazioni fornite alla Corte UE non consentivano di dimostrare che l'appalto di cui trattasi nel caso di specie fosse principalmente destinato ad attività non rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25. Di conseguenza, non si può ritenere, nel contesto delle informazioni fornite alla Corte e salva verifica da parte del giudice del rinvio, che l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale esuli dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25.

In considerazione di quanto precede, occorre rispondere alla terza e alla quinta questione dichiarando che l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 dev'essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, *reception* e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio. In considerazione della risposta fornita alle questioni terza e quinta, non è stato necessario rispondere alle altre questioni poste.

Si evince che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha platealmente smentito la Corte di Cassazione (anche in ordine al "collegamento col potere pubblico"). Il che potrebbe creare seri problemi nel caso di vincolo derivante dal giudicato esterno per ultimo formatosi sulla qualificazione del rapporto tra le parti (prima dell'eventuale *revirement* imposto dall'UE).

Tornando quindi a Cassazione, Sez. Unite Civili, sentenza 10 dicembre 2020, n. 28179, in relazione ad essa possono essere sollevati alcuni dubbi sul metodo adottato dal giudice nomofilattico. Di fatto viene inconsultamente e inopinatamente rimessa alla ricostruzione di parte (*petitum* e *causa petendi*) la individuazione della giurisdizione del giudice naturale: ciò sarebbe ammissibile in un sistema monistico (dato che il giudice sarebbe lo stesso), ma non in uno dualistico come il nostro dove sussistono due giurisdizioni separate e distinte. Si tratta, è bene chiarirlo, di una forma inammissibile di cd. "doppia tutela" avverso il medesimo atto, ovvero della surrettizia riproposizione del criterio di riparto (ormai abbandonato) fondato sul cd. *petitum* formale, nell'ambito della naturale convivenza di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo.³⁷¹

³⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek presentate il 23 aprile 2020 (ECLI:EU:C:2020:306).

³⁷¹ In tema di prestazioni sanitarie effettuate in regime di cd. accreditamento provvisorio, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo il criterio di riparto fissato dalla sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004 ed ora dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., le controversie sul corrispettivo dovuto in applicazione della disciplina del rapporto concessorio determinata nell'accordo contrattuale stipulato, in condizioni di

pariteticità, tra la ASL e la struttura privata concessionaria; peraltro, qualora la ASL opponga alla domanda di pagamento (“*petitum*” formale immediato) l’esistenza di una propria deliberazione che, in attuazione di quella regionale a contenuto generale, determini in concreto il tetto di spesa e la creditrice replichi, negando la soggezione della propria pretesa creditoria a tali atti o sostenendone l’illegittimità, il “*petitum*” sostanziale della domanda non è automaticamente inciso da siffatte “*replicationes*”, le quali devono essere considerate irrilevanti ai fini della individuazione della giurisdizione, a meno che non si sostanzino in una richiesta di accertamento con efficacia di giudicato dell’illegittimità del provvedimento posto a fondamento dell’eccezione sollevata dalla ASL; in quest’ultimo caso, infatti, poiché il “*petitum*” sostanziale investe anche l’esercizio di un potere autoritativo, il giudice ordinario deve declinare la giurisdizione sulla domanda di annullamento della deliberazione, trattenendo la sola domanda di condanna alle indennità, canoni o corrispettivi, salvo poi sospendere il giudizio ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione del giudizio sul provvedimento rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 28053 del 2 novembre 2018). Insomma, secondo questa logica (palesamente errata), è sufficiente chiedere in giudizio la disapplicazione degli atti in luogo del loro annullamento, per aversi la giurisdizione ordinaria, a prescindere da ogni valutazione sulla presenza o meno dell’esercizio di potere pubblico.

Per il corretto inquadramento dei temi in discussione, come lucidamente proposto da Cassazione civile, Sez. I, 29 dicembre 2020, n. 29776 (pt. 5 dir.: cfr. *Debiti delle amministrazioni statali soggette alla speciale disciplina del r.d. n. 827 del 1924 e liberazione dell’amministrazione debitrice*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25268 - pubb. 11/05/2021), occorre tener presente l’importante sentenza delle Sezioni Unite n. 3451 del 08/06/1985 (Rv. 441105 - 01; nello stesso senso anche Sez. 3, n. 3934 del 01/07/1985, Rv. 441505 - 01), che ha affermato che il credito pecuniario verso la Pubblica Amministrazione derivante da un contratto di diritto privato diviene liquido ed esigibile, come ogni altro diritto di credito verso soggetti privati, in conformità alle norme comuni del codice civile; che è ammissibile la condanna della Pubblica Amministrazione al pagamento dei debiti pecuniari liquidi ed esigibili rimasti inadempiti alla scadenza del termine contrattualmente previsto, prescindendo da ogni considerazione per la tempestiva conclusione della procedura contabile; che la Pubblica Amministrazione inadempiente non può paralizzare le domande del privato invocando la mancata emissione del titolo di spesa secondo le norme sulla contabilità generale dello Stato o l’omessa attuazione degli adempimenti previsti da disposizioni interne dell’amministrazione; che lo Stato e gli altri enti pubblici, con riguardo alle obbligazioni pecuniarie assunte con contratto privatistico, sono soggetti alla comune disciplina civilistica, con la conseguenza che, ove rimangano inadempienti alla pattuita data di scadenza dei debiti medesimi (la quale ne determina l’esigibilità), restano tenuti alla corresponsione degli interessi, nonché esposti alle azioni accordate al creditore dalla normativa civilistica (ivi incluse quella di condanna all’adempimento e quella di risoluzione del contratto per inadempimento); che tale tutela del creditore non viene sacrificata per il solo fatto che i predetti debitori debbano osservare particolari procedure contabili per l’emissione degli ordini di spesa. Altrettanto ineccepibile appare il rilievo che la riconduzione dei debiti pecuniari della Pubblica Amministrazione alla disciplina generale impone l’applicazione delle regole in tema di buona fede, lealtà, correttezza e diligenza espresse dagli artt. 1175 e 1176 cod. civ., che sono espressione di principi fondamentali e non derogabili in quanto attuazione del principio di solidarietà dei cui all’art. 2 della Costituzione. L’esposta ricostruzione appare inoltre coerente alla natura regolamentare e non legislativa del R.D. 827 del 1924, acclarata dalla Corte costituzionale con la sentenza del 26/05/1981, n. 71, ove è stato affermato che l’art. 270 del regolamento di contabilità generale dello Stato approvato con R.D. 23/5/1924, n. 827, il quale stabilisce che ai debiti pecuniari dello Stato non si applicano i principi del codice civile sugli interessi moratori e sulla responsabilità per ulteriori danni, costituisce una norma regolamentare non sindacabile dal giudice costituzionale; né, d’altra parte, dall’ordinamento può desumersi altra fonte – cui possa farsi risalire il detto principio – che possa ricondursi sul piano della legge formale o di altro atto, ad essa equiparato, soggetto al sindacato della Corte costituzionale. Per altro verso, quanto alla disciplina degli interessi moratori, la giurisprudenza di questa Corte, ha affermato che in mancanza di prova dell’esistenza di patto contrario al disposto di cui all’art. 1282, secondo comma, cod. civ., sui debiti delle pubbliche amministrazioni sono dovuti i soli interessi moratori, con decorrenza dalla data della costituzione in mora mediante intimazione scritta di cui al primo comma dell’art. 1219 cod. civ., atteso che, in relazione a tali debiti pecuniari, per i quali le norme sulla contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al principio di cui all’art. 1182, comma terzo, cod. civ., che i pagamenti si effettuano presso gli uffici di tesoreria dell’amministrazione debitrice, la natura querabile dell’obbligazione comporta che il ritardo nei pagamenti non determina automaticamente gli effetti della costituzione in mora *ex re*, ai sensi dell’art. 1219, secondo comma, n. 3 (Sez. 3, n. 5066 del 03/03/2009, Rv. 607654 - 01; Sez. 3, n. 19320 del 03/10/2005, Rv. 586508 - 01; Sez. 1, n. 19084 del 25/09/2015, Rv. 636676 - 01). L’unica significativa deroga alla disciplina codicistica attiene alla determinazione del luogo dell’adempimento e scaturisce dalle norme di contabilità pubblica che impone il pagamento dei debiti delle pubbliche amministrazioni presso gli uffici di tesoreria, configurando le relative obbligazioni come *querables*. Infatti nelle cause relative a rapporti di obbligazione aventi ad oggetto somme di denaro dovute da pubbliche amministrazioni, anche diverse da quelle dello Stato ed anche a titolo di interessi per ritardato pagamento, la competenza territoriale secondo il criterio del *forum destinatae solutionis* spetta

Dal punto di vista metodologico, per cominciare, si osserva che far dipendere l'individuazione del giudice competente dalle sole dichiarazioni dell'interessato (come ha fatto Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236³⁷²) equivale a rimettere alla volontà dell'interessato la scelta dell'organo giudicante e a vanificare, pertanto, non solo il disposto ex artt. 1-4-7 c.p.a. e artt. 103-113 Cost., ma anche il principio costituzionale della precostituzione legislativa del giudice (*scilicet* la garanzia del giudice naturale ex art. 25, comma 1, Cost.).³⁷³

Al contrario, la questione non sembra incidere sull'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE ("Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione") e sull'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale). Tuttavia, la materia dei contratti pubblici – proprio per la sua collocazione al confine fra pubblico e privato, da cui derivano reciproche influenze e contaminazioni – necessita di un ordinamento il più

all'autorità giudiziaria del luogo in cui hanno sede gli uffici di tesoreria che, secondo le norme della contabilità pubblica, devono provvedere al relativo pagamento a seguito di mandato, in quanto al pagamento delle spese deve provvedere il tesoriere dell'ente, in base al mandato di pagamento e ciò anche nel caso in cui il pagamento debba essere effettuato mediante accredito del relativo importo su un conto corrente bancario o postale o mediante commutazione del relativo titolo in vaglia cambiario o postale, costituendo tali forme di adempimento, applicabili su richiesta del creditore ed aventi carattere facoltativo per il titolare dell'ufficio di tesoreria, una mera semplificazione delle modalità di riscossione che non comporta una modificazione del luogo dell'adempimento (Sez. 6 - 1, n. 3505 del 12/02/2020, Rv. 657235 - 01; Sez. 6 - 3, n. 30006 del 21/11/2018, Rv. 651871 - 01; Sez. 6 - 1, n. 6882 del 07/05/2012, Rv. 622380 - 01; Sez. 6 - 3, n. 2265 del 16/02/2012, Rv. 621458 - 01; Sez. 1, n. 24157 8 del 25/10/2013, Rv. 628203 - 01; Sez. 3, n. 9918 del 26/04/2010, Rv. 612489 - 01; Sez. 3, n. 19320 del 03/10/2005, Rv. 586508 - 01). In questa logica rientra il recente arresto della stessa Corte in tema di interessi corrispettivi, secondo il quale i debiti dello Stato e degli altri enti pubblici diventano liquidi ed esigibili e perciò produttivi di interessi corrispettivi, ai sensi dell'art. 1282 cod.civ. quando ne sia determinato l'ammontare e se ne possa ottenere alla scadenza il puntuale adempimento, a prescindere dal procedimento contabile di impegno e ordinazione della spesa (cd. titolo di spesa), che, trattandosi di una regola di condotta interna della Pubblica Amministrazione, costituisce operazione esterna alla fattispecie costitutiva dell'obbligazione logicamente posteriore al suo perfezionamento (Sez. 1, n. 11655 del 16/06/2020, Rv. 657951 - 01).

³⁷² La peculiarità della vicenda non è però tale da giustificare lo scostamento dal criterio generale del *petitum* sostanziale quale discrimine basilare nel riparto di giurisdizione, a sua volta identificabile non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (tra le molte: Cass. SSUU n. 20350/2018; Cass. SSUU n. 21928/2018). La fattispecie delibata dalla Suprema Corte con sentenza n. 8236/2020 ha perciò originato un'aporia nel riparto giurisdizionale: cfr. Tribunale Bologna, IV Sezione Civile – Sezione Specializzata in Materia di Impresa, 15 aprile 2021 - *Responsabilità da contatto sociale di Consob*, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25397 - pubb. 04/06/2021. Se è vero che la responsabilità da contatto sociale prescinde dall'esistenza tra le parti di un reciproco vincolo negoziale, dall'altro, è pur vero che tra le stesse deve intercorrere quantomeno una relazione cd. qualificata, in genere di tipo procedimentale, come nel caso del soggetto privato che si rivolga alla p.a. ed entri in contatto diretto con quest'ultima, richiedendo l'esplicazione di attività discrezionale, questa sì idonea a suscitare nel proprio interlocutore un legittimo ed incolpevole affidamento circa la legittimità, imparzialità e la correttezza di detta attività, compresa quella connotata da discrezionalità tecnica, di quotazione in borsa dei titoli societari da parte di CONSOB. Nel caso di specie, alcuna relazione, neppure indiretta, e men che meno qualificata, è intercorsa tra l'attore e la CONSOB, così come con gli altri convenuti, sicché alcun affidamento o aspettativa, nei termini sopra precisati, può essersi ingenerato nel primo circa l'operato dell'altra. La responsabilità risarcitoria configurata a carico della convenuta Consob, in quanto fondata sull'asserita omessa vigilanza su una s.p.a., è, per ciò, una responsabilità di tipo aquiliano, per denunciata lesione del principio generale del *neminem laedere* (v. sul punto, *inter alia*, v. Cass. Civ. Sez. III, n. 6681/2011; Cass. Civ. Sez. I, n. 4587/2009; Cass. Sez. Un., n. 15916/2005; Cass. Sez. Un. Ord. n. 6324/2020 en. 6325/2020).

³⁷³ È noto, infatti, che la qualificazione dell'atto (anche dell'atto amministrativo) o del contratto prescinde dal *nomen juris* che le parti hanno attribuito all'atto o al rapporto, dovendosi procedere alla verifica sostanziale e oggettiva dell'operazione giuridica posta in essere dalle parti, al fine di ricondurla a una determinata fattispecie (contrattuale o non): cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 965.

chiaro e certo possibile.³⁷⁴ Se da un lato il profluvio di norme complica il quadro e non agevola l'attività operativa ed ermeneutica, dall'altro lato il florilegio di interpretazioni da parte della giurisprudenza rende arduo perfino identificare il riparto di giurisdizione fra le diverse giurisdizioni, compromettendo l'effettività della tutela giudiziale.³⁷⁵

³⁷⁴ Ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101, ha ribadito, anzitutto, con riferimento ai motivi con i quali si contestava la conformità del centro di cottura (sotto i diversi profili urbanistico-edilizi, ambientali, sanitari), quanto già rilevato, ossia che le questioni sollevate riguardano profili dell'esecuzione del servizio e quindi fuoriescono dalla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di affidamento di contratti pubblici ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a. (ad onor del vero, potrebbero viceversa rientrare nella lett. f) sulle "controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa"). La natura di condizione necessaria per l'avvio e l'esecuzione del servizio, che occorre riconoscere al requisito della disponibilità del centro di cottura, comporta – inoltre – che i diversi profili di illegittimità degli atti autorizzativi richiesti per l'apertura del centro di cottura e per l'esercizio dell'attività, dedotti col ricorso introduttivo del raggruppamento Alfa, ritenuti fondati dal primo giudice (in quanto risulterebbe evidente "che il procedimento autorizzativo relativo al centro cottura della Beta s.p.a. era ancora in corso al febbraio del 2019. Il centro cottura non era agibile sino a tale data") e contrastati da Beta dapprima con il ricorso incidentale e con il terzo motivo d'appello, non possono costituire oggetto del giudizio giacché finiscono con l'investire tematiche esulanti dall'ambito proprio della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di controversie "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" (ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera e), n. 1, del Codice del processo amministrativo, e secondo i noti principi affermati dal giudice del riparto, che assegna alla giurisdizione ordinaria la cognizione sulle controversie relative alla fase esecutiva dei contratti pubblici: per tutte, Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanza 10 gennaio 2019, n. 489). Anche in questo caso, richiamando la Cassazione, la decisione si limita ad un esame superficiale ed omette di vagliare se la fattispecie rientrasse effettivamente nella giurisdizione amministrativa, come sembra peraltro all'apparenza.

³⁷⁵ La Legge 27 novembre 2020, n. 159, che ha convertito il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, ha anticipato, attraverso le modifiche apportate agli articoli 180, 182-bis e 182-ter l. fall., l'entrata in vigore delle disposizioni relative alla transazione fiscale e contributiva previste dall'art. 48, comma 5, del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14). Con riferimento al concordato preventivo, il novellato comma quarto dell'art. 180 l. fall. ha attribuito al Tribunale il potere di omologare il concordato preventivo anche in "mancanza di voto" da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali e assistenziali quando l'adesione da parte dei predetti enti è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 l. fall., e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione dell'attestatore, la proposta di soddisfacimento del Fisco e/o degli enti previdenziali è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (cd. *cram down* fiscale e previdenziale). Analogamente, per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione, al comma quarto dell'art. 182-bis l. fall. è stata inserita la possibilità per il Tribunale di omologare l'accordo in "mancanza di adesione" dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria quando la predetta adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti, richiesta dal primo comma del medesimo art. 182-bis ai fini della conclusione dell'accordo. Uno dei profili che ha suscitato diverse perplessità operative sull'applicazione del *cram down* fiscale e previdenziale riguarda il significato delle espressioni in "mancanza di voto" e in "mancanza di adesione" dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria inserite, rispettivamente, nel comma 4 dell'art. 180 l. fall. per il concordato preventivo, e nel comma 5 dell'art. 182-bis l. fall. per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. In sostanza, si tratta di stabilire se la "mancanza di voto" e la "mancanza di adesione" – quale presupposto per l'omologazione della transazione fiscale e previdenziale da parte del Tribunale e quindi per l'estensione "forzata" degli accordi (al riguardo giova evidenziare che l'art. 20 del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, recante "Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia", elimina la aporia: all'articolo 180, quarto comma, all'ultimo periodo, le parole "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto" sono sostituite dalle parole "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione") – ricorre soltanto quando l'Amministrazione finanziaria e/o gli enti previdenziali non si pronuncino sulla proposta formulata dal debitore (in tal senso da ultimo vedasi Trib. Bari, Sez. IV fall., 18 gennaio 2021: cfr. *Il cram down di cui all'art. 180 l.f. non si applica al voto contrario dell'erario*, in *IlCaso.it*, 27 marzo 2021) ovvero anche quando rigettano la stessa (in tal senso da ultimo vedasi Trib. Teramo del 19 aprile 2021: cfr. S. Maurutto, A. Turchi, *Cram down fiscale e voto negativo del fisco nel concordato fallimentare*, in *IlCaso.it*, 3 maggio 2021, e *Concordato fallimentare: applicazione analogica del Cram down dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali e significato della 'mancanza di voto'*, *ibidem*, Sez. Giurisprudenza, 25262 - pubb. 08/05/2021),

fermo restando il rispetto delle condizioni circa la convenienza e la decisività del voto ai fini del raggiungimento delle maggioranze prescritte *ex lege*. Nel secondo caso si avrebbe non solo la sostituzione del giudice alla p.a., come nel primo caso, ma addirittura la imposizione di una volontà contraria. Soluzione scelta dal provvedimento del Tribunale di La Spezia del 14 gennaio 2021, il quale rappresenta la prima pronuncia inerente al *cram down* fiscale e previdenziale, sebbene applicato alla composizione della crisi da sovraindebitamento: cfr. *Sovraindebitamento e cram down: prima applicazione della nuova disposizione all'accordo di composizione in corso*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24818 - pubb. 03/02/2021. Il Tribunale di La Spezia nella pronuncia in commento si è orientato positivamente circa l'estensione degli effetti dell'accordo all'Agenzia delle Entrate, la quale non rimaneva inerte di fronte alla proposta del debitore, bensì esprimeva voto negativo alla stessa. In tema di sovraindebitamento e *cram down* fiscale e previdenziale, l'art. 4-ter della Legge 18 dicembre 2020, n. 176, che ha convertito il decreto-legge n. 137/2020, ha modificato la Legge n. 3/2012, anticipando alcune disposizioni del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tra queste, assumono un ruolo di preminenza quelle relative alla transazione fiscale e previdenziale. Infatti, il legislatore ha introdotto il comma 3-*quater* all'art. 12 L. n. 3/2012 disponendo quanto già previsto per la procedura di accordi di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma quarto. Sul tema sopra espresso si sono sviluppati differenti orientamenti, per il cui approfondimento si rimanda ad altri autorevoli contributi: vedasi G. Andreani, *Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021; L. De Bernardin, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: "del cram down del tribunale nella transazione fiscale")*, in *ILCaso.it*, 2 gennaio 2021; L. Gambi, *Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva*, *ibidem*, 13 gennaio 2021; Id., *Il Tribunale di La Spezia applica il cram down al diniego erariale nel sovraindebitamento*, *ibidem*, 17 febbraio 2021; Id., *Apparenti discrasie nella ristrutturazione "forzosa" dei debiti fiscali-contributivi*, 3 marzo 2021; A. Turchi, *Cram down fiscale anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria*, *ibidem*, 12 febbraio 2021; sul tema del *cram down* nel sovraindebitamento si veda F. Cesare, *Il nuovo sovraindebitamento modificato dalla legge di conversione del Decreto Ristori*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021; v. anche G. Andreani, F. Cesare, *Ok alla transazione fiscale anche con il no delle Entrate*, in *Il Sole 24 Ore*, 16/02/2021, pag. 28; Id., *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, in *ILCaso.it*, 2 marzo 2021. Sul punto, la decisione del Tribunale di Forlì del 15 marzo 2021, sul solco del precedente del Tribunale di La Spezia del 14 gennaio 2021, si è espresso positivamente circa l'applicazione del *cram down* anche nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria esprima voto negativo alla proposta di trattamento fiscale formulata dal debitore in sede di accordo di composizione della crisi *ex art.* 8 L. n. 3/2012: cfr. D. Giuffrida e A. Turchi, *Cram down fiscale e voto negativo dell'amministrazione finanziaria: Tribunale di Forlì*, in *ILCaso.it*, 16 marzo 2021; v. anche Tribunale di Rovigo, 12 febbraio 2021: cfr. *Applicazione del cram down fiscale-contributivo nei procedimenti nei quali sia già stata avviata la fase di raccolta del voto*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25006 - pubb. 17/03/2021, e Tribunale di Pescara, 10 giugno 2021: cfr. *L'applicazione (estensiva) del c.d. cram down alle procedure concorsuali pendenti*, *ibidem*, pubblicato il 12/06/2021, e L. Gambi, *Il cram down è applicabile anche al diniego erariale espresso*, *ibidem*, pubblicato il 16/06/2021. Sino all'entrata in vigore della novella legislativa e al termine di un annoso dibattito che aveva condotto a individuare il giudice competente talora nel giudice tributario (o, per la transazione contributiva, nel giudice del lavoro), talora nel giudice amministrativo e talora ancora nel giudice ordinario, con la sentenza 14 dicembre 2016, n. 25632, emanata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e con una coeva pronuncia del Consiglio di Stato, questi era stato infine rinvenuto nel giudice tributario, in considerazione della natura dell'oggetto del giudizio, che attiene a dei tributi, e, relativamente alla transazione contributiva, nel giudice del lavoro. Precisamente, con tale pronuncia, i giudici di legittimità hanno sancito che "la giurisdizione del giudice tributario ha carattere pieno ed esclusivo, estendendosi non solo all'impugnazione del provvedimento impositivo, ma anche alla legittimità di tutti gli atti del procedimento" e che l'art. 7, comma 4, dello Statuto del contribuente "si limita ad attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo i normali criteri di riparto, l'impugnazione di atti amministrativi a contenuto generale o normativo, ovvero di atti di natura provvedimentale che costituiscano un presupposto dell'esercizio della potestà impositiva". Ad esempio, in ordine alla mancanza di voto (in ambito di concordato preventivo) e mancanza di adesione degli enti pubblici (in ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti), si potrebbe ritenere che si tratti di accordo dalla rilevanza pubblicistica e/o dalla natura discrezionale circa il potere dell'ente previdenziale-assistenziale, con conseguente devoluzione della relativa cognizione al giudice amministrativo: cfr. L. Gambi, *Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva*, cit. In senso contrario: Cassazione civile, Sez. VI, 17 dicembre 2020, n. 28895, secondo cui, in tema di concordato preventivo con transazione fiscale, ai sensi dell'art. 182 *ter* l. fall., la posizione contraria assunta dall'Amministrazione in sede di voto non assume valore provvedimentale ma costituisce una semplice manifestazione di volontà, qual è quella che il creditore esprime comunemente con il voto, circostanza che non consente al giudice di disapplicarla in base ad un sindacato sostanziale di convenienza. Tale insegnamento implica che la posizione assunta dall'Amministrazione – seppur la "novella normativa costituisce applicazione dell'art. 97 della Costituzione ovvero del principio di buon andamento nel senso di efficienza della

Pubblica Amministrazione” come statuito dal tribunale spezzino – abbia valore (non provvedimento ma) di semplice manifestazione di volontà, qual è quella che si esprime comunemente nel voto del creditore: cfr. *Concordato preventivo con transazione fiscale: la posizione contraria dell'amministrazione è una semplice manifestazione di volontà come quella che esprime comunemente il creditore con il voto*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24854 - pubb. 11/02/2021; v. anche L. Gambi, *Il voto contrario alla transazione fiscale non è atto autonomamente impugnabile*, in *IlCaso.it*, 20 marzo 2021. È un tema aperto quello che attiene alla possibilità di impugnare avanti al foro tributario il voto contrario espresso dall'Amministrazione finanziaria in relazione alla transazione fiscale contenuta nella proposta di concordato ex art. 182-ter l. fall. Alcuni recenti provvedimenti giurisprudenziali hanno riconosciuto la facoltà in capo al debitore di impugnare il diniego erariale avanti alle competenti Commissioni tributarie territoriali, ritenendolo idoneo ad incidere sul rapporto tributario (Comm. Trib. Prov. di Catania, 3 marzo 2020; Comm. Trib. Prov. di Milano, 26 novembre 2019; Comm. Trib. Prov. di Roma, 1° dicembre 2017; Comm. Trib. Prov. di Milano, 14 febbraio 2014). Si verte, in sostanza, sulla questione se la mancata adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria ad una proposta di trattamento ex art. 182-ter l. fall. sia da considerare alla stregua di un atto “impositivo”. Secondo un primo orientamento, l'ufficio finanziario, votando in senso sfavorevole alla proposta transattiva formulata dal contribuente in ambito di concordato, non emetterebbe alcun atto di natura provvedimento. La posizione del creditore pubblico sarebbe, così, assimilabile a quella di qualsiasi altro creditore sociale, senza che possa essere attribuita al voto erariale alcuna specifica peculiarità giuridica. In questo senso, si vedano, in dottrina, S. Capolupo, *Il voto dell'Agenzia sfavorevole nell'adunanza dei creditori non è impugnabile*, in *Iltributario.it*, 18 dicembre 2020; e L. Tosi, *La transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2006, 1079. Il voto dell'Amministrazione finanziaria non sarebbe quindi correlato al rapporto d'imposta, rappresentando, piuttosto, l'espressione di una valutazione tecnico-discrezionale operata dall'ufficio in relazione alla proposta di trattamento. Questo orientamento, in realtà, non pare attribuire la dovuta rilevanza alla tipica “funzione” pubblicistica dell'ente erariale, così come costituzionalmente delineata (artt. 23, 53 e 97 Cost.): principi di riserva di legge, capacità contributiva ed efficienza dell'azione amministrativa. L'Amministrazione finanziaria è tenuta a motivare i propri “atti”, dando rappresentazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche su cui si sia fondata ogni relativa determinazione. Secondo altro orientamento, la natura “discrezionale” – sotto il profilo tecnico – del diniego espresso dall'ufficio erariale induce a ricondurne la cognizione al giudice amministrativo, e ciò almeno per quel che attiene alla sussistenza dei profili di regolarità formale (TAR Calabria, Sez. I, 27 luglio 2012, n. 424; Comm. Trib. Prov. di La Spezia, 9 novembre 2011). In dottrina, per un quadro, si vedano G. Andreani - A. Tubelli, *Transazione fiscale e crisi d'impresa*, Milano, 2020, 133 ss. A ben vedere, lo schema della transazione fiscale come disciplinato dal vigente art. 182-ter l. fall. ridimensiona sensibilmente la portata “discrezionale” della scelta di aderire o meno alla proposta di trattamento del credito tributario. Il legislatore, con L. n. 232/2016 (Legge Bilancio 2017), nell'eliminare il divieto di falcidia IVA, nonché delle risorse UE e delle ritenute erariali, ha introdotto la possibilità del pagamento parziale dei crediti erariali, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni/diritti sui quali sussiste la prelazione; il nuovo art. 182-ter l. fall. ha eliminato ogni riferimento all'effetto di consolidamento del debito tributario ed alla cessazione delle liti pendenti, prevedendo che in assenza di una proposta concordataria che contenga la transazione, i crediti tributari-contributivi non possano essere oggetto di falcidia (obbligatorietà di trattamento ex art. 182-ter l. fall.). L'ente titolare del diritto al tributo deve effettuare una rigorosa valutazione comparativa rispetto al prevedibile soddisfacimento della pretesa fiscale rispetto all'alternativa liquidatoria. Ciò trova espressa conferma nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 29 dicembre 2020, là dove si rileva che “il fulcro del procedimento argomentativo che porta a ritenere accoglibile una proposta di trattamento del credito tributario deve essere incentrato sulla maggiore o minore convenienza economica della stessa rispetto all'alternativa liquidatoria” (p. 29). Con la circolare n. 34/E del 29.12.2020 (cfr. L. Serra, *Transazione fiscale: le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate*, pubblicato in *Altalex* il 12/01/2021) l'Agenzia delle Entrate ha inteso fornire nuove istruzioni in materia di valutazione delle proposte di trattamento del credito tributario (cd. transazione fiscale), in alternativa all'ipotesi liquidatoria, presentate nell'ambito delle procedure di gestione della crisi di impresa in considerazione del particolare momento di emergenza derivante dall'epidemia da COVID-19. In questo contesto, la scelta di aderire alla transazione viene ad assumere una valenza procedimentale: al verificarsi delle condizioni di legge, votare in senso favorevole si configurerebbe, pertanto, come un atto “dovuto” e, dunque, idoneo ad incidere sulla sfera patrimoniale del contribuente. Ne consegue che la cognizione sul diniego relativo alla proposta di trattamento ex art. 182-ter l. fall. pare potersi ricondurre all'ambito della giurisdizione tributaria. Sulla possibilità di azionare le tutele cautelari in relazione al diniego erariale in sede di contenzioso tributario ex art. 47 d.lgs. n. 546/1992, si veda L. De Bernardin, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: “del cram down del tribunale nella transazione fiscale”)*, cit. D'altra parte, la stessa giurisprudenza di legittimità ha nel tempo sensibilmente ampliato l'ambito della giurisdizione tributaria, facendovi rientrare ogni aspetto legato al rapporto giuridico d'imposta (Cass. civ., Sez. Un., 14 dicembre 2016, n. 25632; Cass. civ., Sez. Un., 5 agosto 2009, n. 17943; Cass. civ., Sez. Un., 10

agosto 2005. n. 16776). Da ultimo, vedasi Cass. civ., Sez. Un., ord. 25 marzo 2021, n. 8504: cfr. *Transazione fiscale: il diniego dell’Agenzia delle entrate si impugna avanti al giudice ordinario della procedura concorsuale*, in *Il Caso.it*, 30/03/21, L. Gambi, *Le Sezioni Unite si esprimono sul diniego erariale alla transazione fiscale*, *ibidem*, 04/04/2021, e G. Andreani, *Il giudice fallimentare decide sul no delle Entrate alla transazione fiscale* - In prevalenza si era finora ritenuto di ricorrere davanti al giudice tributario, in *Il Sole 24 Ore*, 26/03/2021, pag. 39. Il rigetto, da parte dell’agenzia delle Entrate, della proposta di transazione fiscale formulata dal contribuente nell’ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all’articolo 182-bis della legge fallimentare è impugnabile dinanzi al tribunale fallimentare, e non al giudice tributario, come è stato sino a ora prevalentemente ritenuto dalla (peraltro scarna) giurisprudenza e ancor più dalla dottrina. Lo hanno affermato le Sezioni Unite della Corte di cassazione con l’ordinanza 25 marzo 2021, n. 8504, pronunciandosi sul ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall’Agenzia delle Entrate alla Suprema Corte in merito a una causa originata dal rigetto della domanda di transazione fiscale che la società istante aveva impugnato dinanzi alla Commissione Tributaria. I principali motivi su cui la Corte di Cassazione ha fondato la propria decisione sono in sintesi i seguenti. La transazione fiscale costituisce, nell’ambito della “procedura madre” dell’accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo, un sub-procedimento avente a oggetto il trattamento dei crediti tributari, connotato da “esclusività”, nel senso che il soddisfacimento di tali debiti può essere regolamentato, con la sola eccezione del caso in cui vengano pagati integralmente e senza dilazione, esclusivamente attraverso la transazione fiscale prevista dall’art.182-ter della legge fallimentare. Tale carattere esclusivo rivela la prevalenza, nella transazione fiscale, della *ratio* concorsuale su quella tributaria, almeno in un’ottica funzionale, essendo essa finalizzata alla definizione concordataria o di ristrutturazione debitoria della crisi d’impresa secondo le regole procedurali dettate dalla legge fallimentare. La configurazione della transazione fiscale è transitata sostanzialmente immutata dal citato articolo 182-ter nel codice della crisi e nella novella legislativa introdotta negli articoli 180 e 182-bis della legge fallimentare dalla legge 27 novembre 2020, n. 159; ne discende che queste ultime disposizioni possono essere utilmente impiegate come elemento di valutazione ermeneutica della originaria disciplina, il che assume particolare rilevanza ai fini della risoluzione della questione di cui trattasi. Infatti, mentre nell’articolo 182-ter non sono presenti disposizioni concernenti l’impugnabilità della mancata adesione alla proposta di transazione fiscale, le nuove versioni dei citati articoli 180 e 182-bis contengono una previsione assai precisa e pregnante, individuando in quello fallimentare il giudice competente per pronunciarsi su tale mancata adesione. La discrezionalità riconosciuta all’Amministrazione finanziaria nello stipulare accordi transattivi è bilanciata dal sindacato giudiziale sul diniego di accettazione della proposta di transazione, che risulta assegnato al giudice ordinario fallimentare. L’ordinanza 25 marzo 2021, n. 8054, supera quindi la ridetta pronuncia delle stesse Sezioni Unite n. 25632/2016, con cui era stata affermata la giurisdizione del giudice tributario con riguardo alla vecchia transazione dei ruoli, rispetto alla quale la transazione fiscale presentava tuttavia diversità che giustificano una diversa conclusione. Si rinvia infine a F. Santangeli, *Le Sezioni Unite “impongono” al tribunale fallimentare di effettuare il cram down anche nell’ipotesi di voto contrario dell’amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie*, in *Il Caso.it*, 10 maggio 2021, e Id., *Note sul nuovo ruolo del tribunale come giurisdizione di merito nel trattamento dei crediti tributari e contributivi nel codice della crisi di impresa e dell’insolvenza ed in più recenti disposizioni legislative*, *ibidem*, 18 marzo 2021, per il quale – nel qualificare la giurisdizione, nella materia *de qua*, esercitata dal giudice ordinario – “non sembra particolarmente azzardato l’accostamento con la giurisdizione di merito di cui all’art. 7, comma 6, del codice del processo amministrativo, nel quale si stabilisce che laddove “esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito ... il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione. Mi sembra, quindi, che non ci si debba stupire o scandalizzare più di tanto del fatto che al giudice ordinario si sia attribuito, in sede di omologa degli accordi di ristrutturazione o del concordato preventivo, un potere di intervento sostitutivo delle determinazioni amministrative (che, peraltro, non invade insindacabili sfere di discrezionalità amministrativa, venendo qui in rilievo valutazioni vincolate o, tutt’al più, di carattere tecnico). Qui ci troviamo di fronte a vicende talmente delicate che ben si giustifica la scelta del legislatore di disinnescare ogni possibile rischio derivante da atteggiamenti dilatori o da rigidi ed immotivati dinieghi.”. Da ultimo, vedasi Tribunale di Genova, Sezione VII Civile, Ufficio Fallimentare, decreto 13-18 maggio 2021: cfr. *Il Tribunale di Genova si pronuncia sul cram down in presenza di voto negativo di amministrazione finanziaria ed enti previdenziali*, in *Il Caso.it*, 23 maggio 2021. L’art. 180, comma 4, L. fall., come modificato dall’art. 3 del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 248, entrato in vigore il 4 dicembre 2020, il quale prevede testualmente “Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell’amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l’adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all’articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all’articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria” deve essere interpretato come legittimante la possibilità del superamento anche del voto negativo dell’Amministrazione finanziaria. Il sindacato spettante

Occorre perciò distinguere pubblico potere (provvedimenti amministrativi, supremazia ed interessi legittimi) e pubblica funzione (eterogenea: vari atti e situazioni giuridiche soggettive) da tutto ciò che non lo è.³⁷⁶

all'AGO non ha ad oggetto la legittimità dell'atto come spetterebbe al Giudice amministrativo in sede di legittimità e neppure il merito sul rapporto tributario come spetterebbe alla Commissione Tributaria in sede di giudizio di impugnazione dell'atto, ma ha ad oggetto, nel merito, la maggior convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, da valutarsi sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore e di ogni altro elemento acquisito al procedimento, in primo luogo la relazione ex art. 172 L. Fall. del Commissario Giudiziale. V. anche Tribunale di Napoli, VII Sez. Civile, del 21 giugno 2021: cfr. *Sovraindebitamento: Omologato Accordo di composizione della crisi nonostante il voto contrario dell'Agenzia delle Entrate che rappresentava l'86,35% dei creditori aventi diritto al voto*, *ibidem*, 23 giugno 2021, nonché Tribunale di Pavia del 21 luglio 2021, per cui è costretto a subire il *cram-down* l'Ente di previdenza che, pur votando negativamente l'accordo, ritragga un indubbio vantaggio dall'omologazione rispetto alla procedura di liquidazione (conf. Tribunale di Pistoia, 8 luglio 2021, che estende il principio ad un Comune): cfr. *Voto negativo dell'Ente di previdenza e conversione coattiva in voto positivo nell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento*, *ibidem*, Sez. Giurisprudenza, 25801 - pubb. 31/08/2021 e 25809 - pubb. 01/09/2021, ed infine Tribunale di Treviso, 8 luglio 2021: cfr. *Concordato preventivo: il Tribunale di Treviso fa applicazione del cram down al voto negativo degli enti*, *ibidem*, Sez. Giurisprudenza, 25817 - pubb. 02/09/2021, e Tribunale di Como, 22 settembre 2021: cfr. *Crediti fiscali e nuovo cram down nel concordato preventivo: il caso La Murrina*, *ibidem*, 22 settembre 2021. Si deve al Tribunale di Como, a quanto consta, la prima, puntuale, applicazione del *cram down* quale disciplinato nel decreto-legge dell'agosto scorso. Fissata l'udienza di omologazione nonostante il mancato raggiungimento delle maggioranze (e l'opposizione del pubblico ministero).

³⁷⁶ La dismissione di quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un'operazione che l'Ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione. La dismissione della partecipazione azionaria pubblica costituisce, dunque, vicenda che viene posta in essere "iure privatorum" e con il rispetto dei soli principi di non discriminazione e trasparenza e senza l'obbligo normativo di ricorrere alla procedura di evidenza pubblica che, come tale, possa radicare, in capo agli aspiranti acquirenti del pacchetto azionario, un interesse legittimo e la conseguente giurisdizione del G.A.: cfr. A. Cardì, *La dismissione delle quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull'evidenza pubblica e le relative controversie esulano dalla giurisdizione del G.A.*, in *Iamministrativista.it*, 15 aprile 2021. V. anche Cassazione civile, Sez. II, 26 maggio 2021, n. 14592, in un caso di contratto di compravendita immobiliare, di cui è parte una pubblica amministrazione (un Comune), a conclusione di una procedura di asta pubblica. Sull'acquisizione della titolarità, in capo all'assegnatario di alloggio residenziale pubblico, di un diritto soggettivo alla stipula del contratto di compravendita, suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., laddove il procedimento attivato con la presentazione della domanda di riscatto si sia concluso con l'accettazione e la comunicazione del prezzo da parte dell'Amministrazione, e sul successivo provvedimento amministrativo di decadenza del privato dall'assegnazione vedasi Cassazione civile, Sez. I, 10 febbraio 2021, n. 3280: cfr. *Alloggi residenziali pubblici: riconoscimento definitivo del diritto dell'assegnatario al trasferimento suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c.*, in *IICaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25477 - pubb. 17/06/2021. In tema di cessione in proprietà di alloggi residenziali pubblici, al procedimento attivato con la presentazione della domanda di riscatto che si concluda con l'accettazione e la comunicazione del prezzo da parte dell'Amministrazione (determinato ai sensi dell'articolo 28 della l. n. 513 del 1977), consegue il riconoscimento definitivo del diritto dell'assegnatario al trasferimento, peraltro suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., della proprietà dell'alloggio. Per effetto della descritta sequenza procedimentale si attua, pertanto, la trasformazione irreversibile del diritto al godimento dell'alloggio assegnato, da locazione semplice, a diritto al trasferimento della proprietà del cespite. Di conseguenza, non può intervenire, prima del suddetto atto traslativo, la decadenza dall'assegnazione in locazione, in esito all'accertamento, da parte dell'Amministrazione di determinati fatti, sopravvenuti o scoperti successivamente, dovendosi presumere, in merito, che l'esame dei requisiti soggettivi sia già stato effettuato dall'Amministrazione, salvo il successivo atto pubblico di trasferimento della proprietà. In altre parole, l'ente non può successivamente emanare un provvedimento di decadenza del privato dall'assegnazione essendosi tale diritto all'assegnazione irreversibilmente trasformato in un diritto soggettivo al trasferimento della proprietà dell'alloggio: a fronte del diritto soggettivo alla stipula del contratto di compravendita, per l'assegnatario in locazione di alloggio residenziale pubblico, che abbia attivato il procedimento amministrativo di cessione in proprietà, con la presentazione della domanda di riscatto, e che abbia ricevuto la comunicazione dell'accettazione della domanda e del prezzo di cessione, suscettibile di esecuzione forzata ai sensi dell'art. 2932 c.c., la pubblica amministrazione non mantiene la possibilità di esercitare il potere di autotutela, a garanzia del perseguimento del pubblico interesse all'effettiva destinazione del bene immobile, realizzato con

E ciò deve avvenire su base oggettiva, non soggettiva.³⁷⁷

È pur vero che l'attuale configurazione del processo amministrativo come processo di parti costituisce espressione di una giurisdizione di tipo subiettivo (nel senso che la proponibilità dell'azione giurisdizionale è assoggettata alla sussistenza delle condizioni dell'azione stessa, tra cui la posizione legittimante in capo al soggetto che agisce in giudizio per la tutela delle proprie pretese).

La legittimazione al ricorso e l'interesse al ricorso definiscono posizioni giuridiche soggettive nettamente distinte, atteso che la prima postula la titolarità di una posizione sostanziale differenziata, che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione e, quindi, il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato; la seconda, invece, presuppone l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di risarcimento e/o di annullamento (cd. prova di resistenza³⁷⁸), a prescindere dal suo carattere finale o strumentale.

fondi pubblici, e quindi di emanare il provvedimento di decadenza prima del trasferimento della proprietà, essendo l'Amministrazione obbligata a procedere all'alienazione formale dell'immobile a colui che è stato riconosciuto come avente diritto all'esito del procedimento; il diritto soggettivo acquisito dall'assegnatario al trasferimento della proprietà dell'alloggio invero è insuscettibile di essere rimosso, quale "diritto soggettivo perfetto, di carattere personale, alla cessione, alle condizioni stabilite dalla legge", e la p.a. non ha alcun potere discrezionale al riguardo, essendo i successivi adempimenti atti dovuti e costituendo l'atto di cessione un negozio di diritto privato. È poi pacifico per la Corte (Cass. n. 16628/2008; Cass. n. 8094/2016) che rispetto al provvedimento comunale di decadenza, benché non impugnato davanti al giudice amministrativo, è data all'interessato tutela davanti al giudice ordinario, trattandosi di una sanzione di diritto pubblico che costituisce oggetto di un potere-dovere dell'ente stesso, incidente sul diritto soggettivo di godimento dell'alloggio sorto a seguito della stipulazione del contratto di locazione con l'assegnatario. Sempre le Sezioni Unite hanno poi ribadito (Cass SU n. 16094/2009), in punto di giurisdizione del giudice ordinario sulla responsabilità della pubblica amministrazione per ritardata stipulazione del contratto di cessione, che "in materia di cessione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, lett. a), della legge n. 205 del 2000, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le controversie attinenti alla fase successiva al provvedimento di autorizzazione da parte della Regione, su richiesta dell'interessato, del trasferimento in proprietà all'assegnatario dell'alloggio, giacché nell'ambito di detta fase gli assegnatari hanno un diritto soggettivo perfetto, di carattere personale, alla cessione, alle condizioni stabilite dalla legge, mentre la P.A. non ha alcun potere discrezionale al riguardo, essendo i successivi adempimenti atti dovuti e costituendo l'atto di cessione un negozio di diritto privato. Ne consegue che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il colpevole ritardo nella procedura di stipulazione dei contratti di cessione degli alloggi, rispetto alla quale manca qualsiasi valutazione discrezionale della P.A."

³⁷⁷ Cfr. Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza n. 15323 del 25 giugno 2010: ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il "*petitum*" sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della "*causa petendi*", ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio; ne consegue che il giudizio di opposizione, promosso da un privato nei confronti di un Comune, avverso il decreto ingiuntivo emesso per l'esazione della sanzione sostitutiva della demolizione di porzioni di fabbricato edificato in parziale difformità rispetto ai titoli edilizi in precedenza rilasciati, è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto tale giudizio non ha ad oggetto la valutazione del corretto uso del potere sanzionatorio da parte della p.a. (che si presume sia rimasto inoppugnato altrimenti non sarebbe stato emesso il decreto ingiuntivo, e quindi è da considerarsi definitivo), bensì l'accertamento della sussistenza o meno del credito azionato (a patto però che il giudice civile non riesamini il "corretto uso del potere sanzionatorio da parte della p.a." surrettiziamente in sede di opposizione). Diversamente, attraverso la disapplicazione degli atti, verrebbe meno la giurisdizione amministrativa.

³⁷⁸ "E', invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui è necessario dare adeguata dimostrazione della cd. prova di resistenza per comprovare la sussistenza dell'interesse al ricorso che, come è noto, costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c. In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità. Invero, nel processo amministrativo la sussistenza dell'interesse implica la necessità che lo stesso sia valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, così che deve essere dichiarata inammissibile (art. 35, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.) per carenza di interesse l'impugnazione

Non essendo consentite, nel nostro ordinamento processuale, forme di tutela intese alla mera attuazione dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (per tale via, peraltro, si perverrebbe, secondo l'Adunanza plenaria n. 1/2003, ad attribuire impropriamente alla giurisdizione amministrativa la finalità e i connotati di una giurisdizione di tipo obiettivo incompatibile con l'attuale configurazione del processo amministrativo come processo di parti)³⁷⁹, la proponibilità dell'azione è correlata all'esistenza di una posizione qualificata e differenziata rispetto a quella astrattamente riconoscibile alla generalità dei consociati, in difetto della quale il cittadino che si ritenga comunque leso dall'attività dell'Amministrazione non si colloca in posizione diversa da quella del *quisque de populo*.³⁸⁰ Ciò non toglie che la tradizionale distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, sottesa al riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e amministrativo, deve avvenire su una base il più possibile oggettiva, non soggettiva: giammai può essere rimessa alla libera determinazione delle parti, a meno di voler legittimare pratiche quali *Forum Shopping* ed abuso del diritto.³⁸¹

Non è ammissibile un riparto di giurisdizione a geometria variabile.³⁸²

dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori (c.d. prova di resistenza) non risulti con sufficiente sicurezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso (cfr., Consiglio di Stato Sez. V, 14/04/2016, n.1495; Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5696; 8 settembre 2015, n. 4209; 5 febbraio 2014, n. 571)": così, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704 (riforma della sentenza del TAR Calabria - Catanzaro, Sez. II, n. 1635 del 24 settembre 2019, pubblicata il 27 settembre 2019). Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2020, n. 2147.

³⁷⁹ Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato dall'Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 e n. 5 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011) che evidenzia "*in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo (...) come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24, co. 1 Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale*" (cfr. Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 238).

³⁸⁰ Da ultimo, per Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2409, sussiste il difetto assoluto di giurisdizione se è impugnata dinanzi al giudice amministrativo una legge-provvedimento: "È inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione, il ricorso con il quale si impugni in via diretta dinanzi al giudice amministrativo un atto avente forza di legge, chiedendone l'annullamento previa rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che nella specie si tratti di una legge-provvedimento". Ha chiarito, la Sezione, con riferimento alle "leggi-provvedimento", che se è vero che la Corte, al fine di assicurare piena tutela alle situazioni soggettive degli amministrati che si assumano lese da una norma di legge a contenuto sostanzialmente provvedimentale, assume un approccio ampio sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità (e, quindi, come sottolineato anche dal Comune odierno appellante, anche sui rapporti tra giudizio di costituzionalità e giudizio *a quo*), ciò nondimeno deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo (sulla cui qualificazione in termini di lesività e impugnabilità, a sua volta la giurisprudenza amministrativa adotta un approccio peculiare rispetto ai comuni principi proprio in quanto trattasi di atti direttamente applicativi di una legge-provvedimento, v. Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4933).

³⁸¹ Sulla necessità di evitare l'aggravamento della posizione del debitore nel rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede contrattuali e in coerenza con il principio anche sovranazionale del giusto processo, volto alla razionalizzazione del sistema giudiziario, che non tollera frammentazioni del contenzioso con pericolo di giudicati contrastanti, vedasi Cassazione civile, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 14143 e giurisprudenza ivi citata. Cfr. Corte di Cassazione civile, Sez. III, 31 maggio 2021, n. 15077: si ha abuso del processo quando lo strumento processuale viene utilizzato per fini diversi ed ulteriori da quelli suoi propri, ed illegittimi, non, dunque, per tutelare diritti conculcati, ma per crearne di nuovi (ed ingiustificati) ad arte, ovvero per nuocere con intenti emulativi alla controparte. Sul piano soggettivo si ha abuso del processo quando la condotta di cui sopra venga tenuta in violazione del generale dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.).

³⁸² Anche perché altrimenti si rischia di incorrere in responsabilità professionale: ad esempio, vedasi da ultimo Corte di Cassazione, Sez. II Civile, ordinanza 26 gennaio – 12 marzo 2021, n. 7064, dove veniva contestato l'inadempimento dell'avvocato all'obbligo di diligenza, per aver errato nella scelta della giurisdizione ordinaria in luogo di quella amministrativa: cfr. A. Magagnoli, *Legali, serve prova del danno. In caso di errore nell'individuare l'organo competente.*, in *ItaliaOggi* N.73 - 29 marzo 2021, Pag. 30.

Altrimenti viene irrimediabilmente vanificata ed obliterata la quintessenza della giurisdizione amministrativa, con il giudice ordinario che giunge ad occupare spazi riservati alla prima³⁸³ (o viceversa, come visto nel caso delle concessioni).³⁸⁴

³⁸³ Da ultimo, vedasi Tribunale di Torino, 11 marzo 2021, secondo cui sussiste la responsabilità del Comune per non aver posto in essere tutto quanto era in suo potere per ricondurre le immissioni rumorose entro i limiti previsti per ciascuna zona, secondo la sua classificazione acustica, e, in generale, per evitare o contenere gli altri effetti nocivi della movida. Il Comune deve pertanto essere condannato al risarcimento del danno non patrimoniale per non aver impedito le immissioni rumorose illecite, ex artt. 2043 e 2059 c.c. nei confronti degli attori residenti, a fronte della violazione del loro diritto al riposo, al sonno, al tranquillo svolgimento delle normali attività di godimento dell'habitat domestico e di quartiere. Questo peculiare danno di carattere non patrimoniale non può che essere valutato con criterio equitativo, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., non potendo essere provato nel suo preciso ammontare: cfr. *Risarcimento danni da movida notturna*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25062 - pubb. 30/03/2021. Nella fattispecie si può intravedere sia l'eccessiva responsabilità della p.a. (condannata a risarcire oltre un milione di euro), che ne limita il funzionamento (essendo sottratte risorse a fini più meritevoli, mentre dovrebbero rispondere dei danni i reali colpevoli), sia l'erronea attribuzione della controversia al giudice civile sul presupposto che le immissioni rumorose e altri danni conseguenti alla cd. movida notturna costituiscano violazione dei diritti fondamentali (i ricorrenti richiamano i diritti costituzionali alla salute, all'inviolabilità del domicilio, al godimento della proprietà, citando l'art. 8 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio"), quand'invece la responsabilità del Comune – ammesso e non concesso che sia configurabile – deriva dal mancato esercizio della propria autorità (tant'è che gli stessi ricorrenti propongono varie misure a cui condannare il Comune: la predisposizione di un adeguato servizio di vigilanza, la revoca delle licenze e il divieto di rilasciarne di nuove, la fissazione alla mezzanotte dell'orario di chiusura degli esercizi commerciali, l'abolizione di tutti i *dehors*), con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (peraltro, puntualmente eccepita dalla difesa comunale). Sul punto gli attori si sono limitati a rilevare che "Sussiste la giurisdizione del Tribunale ordinario, perché la domanda non investe scelte e atti autoritativi, ma, oltre al risarcimento dei danni, attività soggetta al rispetto del principio del *neminem laedere*". Ora, a prescindere dal fatto che erano gli stessi attori a chiedere misure autoritative, giova ribadire che il "rispetto del principio del *neminem laedere*" vale per la responsabilità da lesione tanto di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi (Cass. S.U. n. 500/1999). Perciò la statuizione si rivela una tautologia inidonea a fondare la giurisdizione ordinaria. Tanto più che nel capo di sentenza appositamente dedicato alla giurisdizione (n. 4) il giudice si limita a richiamare che "La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella recentissima ordinanza n. 21993 del 12 ottobre 2020, ha deciso che "...In tema di immissioni acustiche provenienti da aree pubbliche, appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la domanda, proposta da cittadini residenti nelle zone interessate, di condanna della P.A. a provvedere, con tutte le misure adeguate, all'eliminazione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle immissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti, atteso che l'inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un "facere", tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un'attività soggetta al principio del "neminem laedere". Nella vicenda in esame, i residenti di piazza Bagnoli e di via Coroglio di Napoli avevano convenuto in giudizio il Comune e l'Autorità Portuale, allegando il disturbo arrecato dalle immissioni rumorose provenienti da alcune discoteche costruite in concessione sul suolo demaniale e dall'affluenza in strada di decine di migliaia di avventori. Gli attori avevano chiesto l'adozione di ogni provvedimento volto alla cessazione delle attività moleste svolte negli esercizi commerciali e nelle limitrofe aree pubbliche. Avevano quindi proposto l'interdizione o la limitazione delle attività inquinanti, nonché la predisposizione di un adeguato servizio di vigilanza e di un sistema di monitoraggio fonometrico continuo, allegando l'inerzia del Comune nell'adozione di un piano di zonizzazione acustica. L'ordinanza richiama decisioni conformi: la n. 2338/2018 sulle immissioni rumorose provocate dal traffico sull'autostrada del Brennero; la n. 22116/2014 sull'inquinamento acustico derivante dal passaggio dei convogli ferroviari; e, ancora, la n. 2052 del 2016 e la n. 11142 del 2017. La controversia oggi in esame appartiene quindi alla giurisdizione ordinaria, perché si chiede, proprio come nel caso delle discoteche di Napoli, l'adozione, da parte del Comune, di tutte le misure adeguate al contenimento della rumorosità nel quartiere. La prima eccezione preliminare formulata dal Comune di Torino deve dunque essere rigettata". Di fatto, quindi, la questione di giurisdizione è stata decisa dalla Cassazione e in maniera errata giacché – come si legge nel capo sulla legittimazione passiva (n. 7) – il Comune è stato "convenuto in giudizio per aver intrapreso una politica sbagliata di gestione del territorio per aver adottato provvedimenti privi di efficacia contenitiva dei rumori e per aver omesso di vigilare sul quartiere di San Salvario". Inoltre, nel capo n. 9 su "Compiti e responsabilità del Comune", vengono enucleate le specifiche competenze dei Comuni ai sensi della legge n.

447 del 26 ottobre 1995 (legge quadro sull'inquinamento acustico) e l.r. n. 52/2000. Ora, sembra quanto meno discutibile e fuori luogo voler sostenere che queste attribuzioni siano avulse dall'esercizio del potere pubblico (tanto è vero che si chiede addirittura la revoca di licenze e l'inibizione delle attività commerciali, nonché la modifica dei piani comunali). La giurisdizione su tali questioni spetta quindi al giudice speciale amministrativo. Non si tratta di atti paritetici, né di vicende occasionali, ma della specifica funzione amministrativa istituzionale del Comune (Cons. Stato, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 2075; Cons. Stato, Sez. V, n. 1372 del 2013); ciò vale più in generale per le pubbliche amministrazioni, con buona pace della Cassazione, che in maniera contraddittoria (in senso contrario vedasi Corte di Cassazione, Sezione Lavoro Civile, Sentenza 3 marzo 2021, n. 5825: cfr. nota n. 301 *supra*) arriva perfino a sostenere la possibilità di condanna della p.a. ad un *facere* di stampo pubblicistico in violazione della separazione dei poteri e della giurisdizione amministrativa.

³⁸⁴ Da ultimo, vedasi Corte costituzionale, 26 marzo 2021, sentenza n. 48: cfr. *Elezioni politiche e contenzioso preelettorale: la Costituzione non esclude la giurisdizione del giudice ordinario sull'ammissione di liste o di candidati*, in *ILCaso.it*, 30 marzo 2021. La Costituzione non esclude la giurisdizione del giudice ordinario – giudice “naturale” dei diritti – sul contenzioso che nasce nel cosiddetto procedimento preparatorio alle elezioni politiche nazionali, e che include le controversie relative all'ammissione di liste o di candidati, coinvolgendo quindi il diritto di elettorato passivo garantito dall'articolo 51 della Costituzione. Ferma la necessità di garantire l'indipendenza delle Camere – attraverso la riserva alle Giunte parlamentari del compito di giudicare i titoli di ammissione dei proclamati eletti – l'articolo 66 della Costituzione, sia nella formulazione testuale sia alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente, “non sottrae affatto al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo nella fase antecedente alle elezioni, quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione”. Sono alcune delle affermazioni di maggior rilievo contenute nella sentenza n. 48 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha deciso le questioni sollevate dal Tribunale di Roma sul Testo unico delle norme per l'elezione della Camera dei deputati (art. 18-*bis* d.P.R. n. 361 del 1957). Investito da un ricorso dell'associazione politica +Europa e di un candidato della medesima lista, il Tribunale dubitava della conformità a Costituzione dell'art. 18-*bis* là dove stabilisce, da un lato, il numero minimo di sottoscrizioni che ciascuna lista deve raccogliere per presentarsi alle elezioni per la Camera dei deputati e, dall'altro, l'ambito dei soggetti esonerati dal relativo onere. In particolare, secondo il Tribunale doveva considerarsi eccessivo il numero di firme da raccogliere in ciascun collegio plurinominali (almeno 1500), e troppo ristretto il novero dei soggetti politici esonerati dall'onere di raccogliere le sottoscrizioni (limitato ai soggetti costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere). La Corte – dopo aver preso atto dell'assenza di un rito processuale che, in relazione alle elezioni politiche nazionali, consenta la tutela giurisdizionale tempestiva del diritto di elettorato passivo – ha ritenuto comunque sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, soprattutto al fine di evitare il permanere di un ambito dell'ordinamento giuridico immune dal controllo di costituzionalità. Si legge infatti nella sentenza: “In un quadro in cui è la stessa Costituzione a disporre termini stringenti (in base all'articolo 61 della Costituzione le elezioni delle nuove Camere devono svolgersi entro 70 giorni dalla fine delle precedenti), ne deriva la necessità, anche per le elezioni politiche, della previsione di un rito *ad hoc*, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva. In attesa del necessario intervento del legislatore, allo stato attuale della normativa e delle interpretazioni su di essa prevalenti, l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario – sempre che sussista l'interesse ad agire (articolo 100 del Codice di procedura civile) – risulta l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione”. La prima censura, relativa al numero minimo di sottoscrizioni necessario per presentare liste nei collegi plurinomiali, è stata comunque ritenuta non fondata. Infatti, alla luce dell'ampia discrezionalità spettante al legislatore in materia e in considerazione, inoltre, dell'interesse costituzionalmente rilevante alla serietà delle candidature, la quantità di firme richieste non è stata giudicata manifestamente irragionevole. La seconda censura, volta ad estendere l'ambito dei soggetti esonerati dall'onere di raccolta delle sottoscrizioni, è stata invece ritenuta inammissibile, perché affetta da carenza di motivazione, sia sull'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio *a quo*, sia, di riflesso, sulla rilevanza (Ufficio Stampa della Corte costituzionale, Comunicato del 26 marzo 2021). Peraltro, la sentenza n. 259 del 2009 negava l'esistenza di un vuoto di tutela sottolineando, soprattutto, che “le questioni attinenti le candidature, che vengono ammesse o respinte dagli uffici competenti, nel procedimento elettorale preparatorio, riguardano un diritto soggettivo, tutelato per di più da una norma costituzionale, come tale rientrante, in linea di principio, nella giurisdizione del giudice ordinario” (ciò che, in quel caso, giustificava l'inammissibilità della questione, volta invece a ottenere, con sentenza additiva, l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni dell'Ufficio centrale nazionale: mentre soltanto una legge, ai sensi dell'art. 103 Cost., potrebbe introdurre in materia un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva). Confortava, inoltre, nella medesima direzione la vigenza dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che delegava il Governo – con delega i cui termini non erano scaduti nel momento in cui la Corte decideva la questione – ad introdurre, appunto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della

Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Per questa parte, la delega è poi stata lasciata scadere. Quel che conta, tuttavia, è che la stessa Corte – affermando, pur solo in principio, la giurisdizione del giudice ordinario in materia – già allora riteneva che la forza precettiva dell'art. 66 Cost. non copre il contenzioso pre-elettorale, che perciò ben può essere escluso dal perimetro di efficacia della norma costituzionale. Pertanto, a distanza di oltre un decennio, scaduta inutilmente la delega ricordata, consolidatosi il citato “diritto vivente” della giurisprudenza di legittimità, condiviso da quella amministrativa, e confermatasi la ricordata prassi interpretativa delle Giunte parlamentari, questa conclusione – già presente nella sentenza n. 259 del 2009 – è stata ribadita e ulteriormente argomentata. Laddove il diritto di elettorato attivo sia messo in discussione nella sua stessa esistenza, l'ordinamento appresta un idoneo rimedio giurisdizionale: così, per contestare un provvedimento (delle competenti Commissioni elettorali) di cancellazione dalle liste elettorali, oppure la mancata iscrizione in queste, la legge attribuisce il diritto di agire davanti al giudice ordinario (art. 42 del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, recante “Approvazione del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali”), con procedura regolata dal rito sommario di cognizione (art. 24, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, recante “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69”), e la relativa controversia è trattata in ogni grado in via d'urgenza (art. 24, comma 9, del d.lgs. appena citato). Viceversa, in relazione alle elezioni per il Parlamento europeo, è previsto un apposito procedimento in cui il diritto di voto può trovare tutela di fronte a un giudice (quello amministrativo), non solo successivamente alle elezioni, ma anche prima di esse, nell'ambito del procedimento elettorale preparatorio, appunto in tale sede possono essere sollevate questioni di legittimità costituzionale e non sussiste perciò alcuna zona franca (sentenza n. 110 del 2015; ordinanza n. 165 del 2016). Nel caso del diritto di elettorato passivo, la situazione, come si è visto, è ben diversa. Qui, particolarmente per ciò che concerne le elezioni politiche nazionali, manca una disciplina legislativa che assicuri accesso tempestivo alla tutela giurisdizionale nei confronti di decisioni in ipotesi lesive dell'esistenza stessa del diritto. V. anche TAR Friuli-Venezia Giulia, 18 maggio 2021, n. 155, su inquadramento dei lavoratori in una categoria contrattuale diversa da quella spettante, in forza delle mansioni esercitate, secondo il C.C.N.L. applicabile: *“L'inquadramento dei lavoratori in una categoria contrattuale diversa da quella asseritamente spettante, in forza delle mansioni esercitate, secondo il C.C.N.L. applicabile – non rientra tra le irregolarità in materia di lavoro e legislazione sociale che possono essere contestate dall'Ispettorato nell'esercizio del potere di disposizione ma corrisponde ad una condotta di inadempimento di un obbligo di fonte legale - sancito dall'art. 2103 c.c. e presidiato da uno speciale meccanismo di tutela”*. Nella consapevolezza di porsi in contrasto con la diversa lettura della disposizione fatta propria dall'I.N.L. – ed espressa dalla circolare n. 5 del 30 settembre 2020 – il Tribunale ha rilevato che contro tale interpretazione militano una pluralità di argomenti. Dal punto di vista letterale, la norma parla di “irregolarità”, termine con il quale si è soliti definire una difformità rispetto alla fattispecie legale, priva di espressa sanzione giuridica (come del resto specificato dalla stessa norma, che esclude i casi in cui le irregolarità “siano già soggette a sanzioni penali o amministrative”). Deve trattarsi, quindi, della violazione di norme cd. “imperfette”, che al comando giuridico non accompagnino alcuna sanzione. L'adibizione del lavoratore a mansioni non corrispondenti alla categoria di inquadramento di cui al C.C.N.L. corrisponde, invece, ad una condotta di inadempimento di un obbligo di fonte legale – sancito dall'art. 2103 c.c., secondo cui “il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto ...” (comma 1) – e presidiato da uno speciale meccanismo di tutela, in forza del quale “nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi” (comma 7). Sotto altro profilo, sempre nel contesto di una interpretazione letterale della disposizione, la limitazione del potere in esame ai casi di mancata previsione di “sanzioni penali o amministrative”, dovrebbe guidare anche l'interpretazione del concetto di “irregolarità ... in materia di lavoro e legislazione sociale”, portando quindi a concludere che anche le irregolarità debbano rivestire analogo natura penale o amministrativa. Si riscontrerebbe, altrimenti, un difetto di coordinamento interno alla proposizione normativa, tale da ridondare in vero e proprio vizio di logicità della disposizione, ove si consideri che, proprio con riguardo alla categoria più controversa e difficilmente accertabile in sede amministrativa, cioè quella delle difformità rispetto alla fonte negoziale (individuale o collettiva), mancherebbe qualsiasi parametro delimitativo del potere. A tutto concedere, quindi, anche un'eventuale estensione ad “irregolarità” civilistiche/contrattuali, dovrebbe comunque essere interpretata in conformità all'esplicito principio di “residualità” del potere di disposizione, per cui esso è attivabile solo in mancanza di rimedi tipici. Non quindi nel caso di adibizione di fatto a mansioni superiori rispetto al proprio inquadramento, ipotesi per la quale, come visto al precedente par. 9, l'art. 2103 c.c. prevede un particolare meccanismo di tutela davanti all'a.g.o., fondato sul riconoscimento del diritto alla stabilizzazione della categoria contrattuale corrispondente alle superiori mansioni esercitate. Ancora, la possibilità di riferire l'art. 14 d.lgs. 124 del 2004 alle irregolarità derivanti da violazioni dei contratti collettivi, in assenza di espressa specificazione, non si concilia con il tenore testuale dell'art. 13 dello stesso

L'art. 7 c.p.a., al comma 7, stabilisce *expressis verbis* che “Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di *ogni forma di tutela* degli interessi legittimi e, *nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*” (corsivi aggiunti), mentre l'art. 8 (Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali) dispone che “Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale” (comma 1) e che “Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso” (comma 2). Si evince quindi che, salvo per le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva possono essere decise “tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti” (ovverosia “*ogni forma di tutela dei diritti soggettivi nelle particolari materie indicate dalla legge*”, secondo il prefato principio di effettività).³⁸⁵

d.lgs., ove la volontà di estendere il campo applicativo del diverso strumento della diffida alla “constatata inosservanza delle norme ... del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale” è espressamente sancita. La particolare natura dei contratti collettivi, atti di natura negoziale aventi però efficacia *ultra partes* e paranormativa, avrebbe richiesto da parte del legislatore un'esplicita considerazione anche nel contesto dell'art. 14 che, nel parlare di “lavoro e legislazione sociale” e correlate “sanzioni penali o amministrative”, sembra naturalmente riferirsi alle sole fonti di diritto oggettivo. Sotto un profilo sistematico, sono evidenti le problematicità che derivano dal riconoscere cittadinanza ad un atto di disposizione siffatto. Attraverso tale provvedimento, l'Ispettorato ha sindacato l'esercizio del potere direttivo del datore, imponendogli, sotto la minaccia della sanzione pecuniaria, di dare al rapporto, in via permanente, una determinata conformazione. Ciò che la misura ha realizzato è, di fatto, l'accertamento di un rapporto giuridico tra privati in via amministrativa, per effetto di un potere unilaterale, senza le garanzie proprie della giurisdizione. L'evidente difficoltà concettuale ad ammettere tale possibilità emerge dalle contraddittorie difese dell'Ispettorato che, pur avendo emanato il provvedimento, se ne ritiene al contempo estraneo e domanda la propria estromissione dal giudizio. A parere del Tribunale, il “disagio” dell'amministrazione nel trovarsi coinvolta in questioni interamente interprivatistiche non nasce – come l'eccezione di difetto di legittimazione passiva vorrebbe implicare – dall'erronea individuazione della controparte ad opera del ricorrente, quanto dall'abnormità di un provvedimento emanato per intervenire in via autoritativa su un rapporto contrattuale, in supplenza della parte direttamente titolare dell'interesse (il lavoratore), pur non avendo tale interesse una diretta rilevanza pubblicistica. Sul piano pratico, infine, l'estensione del potere di disposizione ad ipotesi come quella in esame sarebbe fonte di non poche criticità e diseconomie. Il datore di lavoro destinatario di un ordine ex art. 14 d.lgs. 124 del 2004, per evitarne il consolidamento e l'irrogazione della sanzione per inottemperanza, non può che contestarlo innanzi al TAR. Il giudice amministrativo si troverebbe quindi a dover pronunciare nel merito del rapporto di lavoro, senza efficacia di giudicato (e nel contesto di un rito interamente documentale, non concepito per questa tipologia di controversie), trattandosi di “questione incidentale relativa a diritti ... la cui risoluzione è necessaria per pronunciare sulla questione principale” (art. 8, comma 1 c.p.a.), cioè sulla legittimità del provvedimento di diffida. Al contempo il lavoratore, anche a fronte di un esito “favorevole” (in via riflessa) del giudizio amministrativo, non troverebbe adeguata tutela qualora il datore persista nell'inottemperanza e decida di assoggettarsi alla sanzione, senza modificare l'inquadramento contrattuale in conformità all'ordine di disposizione. Egli dovrebbe infatti necessariamente agire di fronte al giudice naturale (il Tribunale in funzione di giudice del lavoro), l'unico in grado di intervenire in via diretta sul rapporto giuridico, chiedendo il riconoscimento della diversa qualifica spettante secondo il C.C.N.L. e il pagamento delle conseguenti differenze retributive. Il provvedimento di disposizione, applicato per contestare la categoria di inquadramento, si rileva quindi, strumento del tutto ineffettivo sul piano della tutela dell'interesse del lavoratore e al contempo inefficiente dal punto di vista dell'uso delle risorse amministrative e giurisdizionali, in palese contrasto con la propria ratio. Lo strumento rischierebbe inoltre di provocare la frequente sovrapposizione di attività processuale sul medesimo oggetto, da parte di giudici appartenenti a diverse giurisdizioni, con un evidente spreco di risorse e con il rischio di pronunce tra loro contrastanti. Cionondimeno, pare doveroso evidenziare che sul provvedimento amministrativo dell'Ispettorato (impugnato per carenza di potere) permane la giurisdizione amministrativa a smentita della tesi per cui in caso di provvedimento abnorme sussisterebbe la giurisdizione ordinaria in luogo di quella amministrativa. Invero, come detto, solo all'esito della controversia può stabilirsi se via sia o meno l'asserito difetto di attribuzione e ciò implica la giurisdizione amministrativa sull'esercizio di potere (quantunque in tesi abnorme).

³⁸⁵ Da ultimo, vedasi Cassazione civile, Sez. I, 11 giugno 2021, n. 16567: cfr. *La rettificazione degli atti di stato civile: ambito di applicazione dell'art. 454 c.c.*, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25712 - pubb. 23/07/2021. La

rettificazione degli atti di stato civile, a tenore dell'art. 454 c.c. (il quale disponeva che "La rettificazione degli atti dello stato civile si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato, con la quale si ordina all'ufficiale dello stato civile di rettificare un atto esistente nei registri o di ricevere un atto omesso o di rinnovare un atto smarrito o distrutto. Le sentenze devono essere trascritte nei registri." ed è stato abrogato dall'art. 110, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), non può ritenersi limitata alla sola correzione degli errori materiali commessi nella loro formazione, in quanto l'espressione "rettificazione" non va intesa in senso stretto, ma riguarda la tenuta dei registri dello stato civile nel loro complesso, compresa la formazione di un atto omesso. Nel caso di specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, nel respingere la domanda di formazione di un atto di nascita in Italia della cittadina straniera, aveva omesso di considerare che la stessa risultava puntualmente identificata con relativa data di nascita nel territorio nazionale dal certificato storico di stato di famiglia rilasciato dallo stesso Comune italiano di nascita e residenza. La signora A.B., cittadina della Bosnia Erzegovina, agiva in giudizio, ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, per chiedere la formazione del suo atto di nascita. Ai sensi dell'art. 95 (Ricorso) "*1. Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento. 2. Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1. 3. L'interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale*". Ora, è evidente che nella fattispecie in esame si intende ordinare alla p.a. (segnatamente all'ufficiale di stato civile del Comune) di emanare un determinato provvedimento amministrativo, ragion per cui viene in rilievo l'attività istituzionale dell'ente pubblico. Non si tratta di accertare lo stato della persona, ma di "formare" il suo atto di nascita: a ben vedere, più che un diritto pare emergere un interesse legittimo ad un *facere* della p.a. che non può dirsi paritetico, ma autoritativo e pubblicistico (a prescindere dal diritto o meno del destinatario a tale adempimento): osta al riguardo la previsione dell'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E, la quale, nel prevedere il divieto, a carico del giudice ordinario, di condannare la p.a., o un concessionario di un pubblico servizio, ad un *facere*, non detta una regola sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ma investe piuttosto l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario, che concernono appunto il divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo (così, tra le più recenti, Cass. S.U. n. 23835 del 2004); ed è affatto consolidato, nella giurisprudenza della Corte di legittimità, il principio secondo cui la competenza giurisdizionale del giudice ordinario su una domanda con la quale un privato insorga contro atti e comportamenti di una pubblica amministrazione che siano lesivi delle sue posizioni di diritto soggettivo e *non trovino fondamento nell'esercizio di poteri discrezionali idonei a degradarle in meri interessi legittimi*, non viene meno per il fatto che l'attore abbia anche richiesto una pronuncia che implichi annullamento, modifica o revoca di provvedimento amministrativo o abbia portata sostitutiva del medesimo, con condanna dell'Amministrazione ad un *facere*, atteso che ciò implica solo il dovere del giudice adito, nel rispetto dei limiti interni dei suoi poteri giurisdizionali, di astenersi dall'emanare la pronuncia richiestagli (cfr. per tutte Cass. S.U. n. 600 del 1979 e innumerevoli successive conformi: cfr. nota n. 301 *supra*).

Altro esempio di ineffabile riparto giurisdizionale (con esautorazione del giudice amministrativo) è ravvisabile nel Codice della Strada approvato con Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285. All'art. 223 è previsto che avverso il provvedimento di sospensione della patente, di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, è ammessa opposizione, ai sensi dell'articolo 205 (Opposizione all'ordinanza-ingiunzione), per cui "*contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria gli interessati possono proporre opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria*". L'opposizione è regolata dall'articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Sul punto vedasi Cassazione civile, Sez. II, 23 giugno 2021, n. 17999: cfr. *Guida in stato di ebbrezza, differenze in tema di sospensione della patente di guida*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25716 - pubb. 23/07/2021. In tema di sanzioni amministrative connesse alla guida in stato di ebbrezza, la sospensione della patente di guida ex art. 186 del codice della strada consegue a titolo di sanzione accessoria del reato ed è disposta dal giudice penale, anche se applicata in concreto dal prefetto, mentre la sospensione cautelare/preventiva disposta dal prefetto ai sensi dall'art. 223 del medesimo codice – la quale deve intervenire entro un tempo ragionevole, la cui valutazione in concreto è rimessa al giudice del merito – risponde alla necessità di impedire che, nell'immediato, il destinatario possa continuare a tenere una condotta pericolosa. Nella specie la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva ritenuto legittima l'applicazione della sospensione cautelare a distanza di 19 mesi dall'accertamento del fatto, senza tuttavia chiarire le ragioni per le quali il provvedimento doveva considerarsi adottato in tempo ragionevole. Oggetto del ricorso è la sentenza del Tribunale di Latina, pubblicata il 14 luglio 2016, che ha rigettato l'appello proposto avverso la sentenza del Giudice di pace di Latina n. 248 del 2014. Il Giudice di Pace aveva rigettato l'opposizione proposta dall'attore avverso l'ordinanza con cui il Prefetto di Latina gli aveva sospeso la patente

di guida per due anni e ordinato di sottoporsi a visita medica presso la ASL per accertare l'idoneità alla guida. Il provvedimento di sospensione era stato emesso a seguito del verbale di contestazione della violazione dell'art. 186, comma 2, lett. c), cod. strada, per avere il guidato in stato di ebbrezza (tasso alcolico accertato in struttura ospedaliera pari a 1,74 g/l). Il Tribunale ha confermato la pronuncia di primo grado. Dopo avere evidenziato che nella specie non vi era stata declaratoria di incompetenza per materia del Giudice di pace in relazione all'oggetto specifico dell'opposizione, il Tribunale ha rilevato che la sospensione della patente di guida era stata legittimamente disposta a fini cautelari. L'attore ricorreva per la cassazione della sentenza sulla base di tre motivi, ai quali resisteva con controricorso la Prefettura. Con il secondo motivo di ricorso era denunciata violazione o falsa applicazione degli artt. 186, 201 e 223, commi 1 e 2, cod. strada, e si contestava la tardività della notificazione dell'ordinanza prefettizia, assumendosi tra l'altro che la ritenuta natura cautelare della sospensione della patente di guida sarebbe incompatibile con l'adozione del provvedimento a notevole distanza di tempo dall'accertamento della guida in stato di ebbrezza (nella specie, 19 mesi), così vanificando le esigenze di immediatezza e di prevenzione. La Corte ha accolto il secondo motivo di ricorso. Nella fattispecie in esame, il Tribunale ha ritenuto che il provvedimento di sospensione della patente di guida avesse finalità cautelari senza chiarire le ragioni per cui lo stesso sarebbe intervenuto entro un tempo ragionevole dal fatto, laddove il riferimento alla mancata presentazione alla visita medica era privo di riscontro. Per un verso, infatti, il provvedimento di sospensione non conteneva riferimenti alla mancata sottoposizione alla visita medica, e, per altro verso, neppure risultavano indicati altri atti a sostegno di tale rilievo, atti che, tra l'altro, neppure avrebbero potuto essere acquisiti stante la contumacia della Prefettura in entrambi i giudizi di merito. Anche qui è evidente la natura autoritativa (e non paritetica dell'ordinanza prefettizia, assumendosi tra l'altro la natura cautelare della sospensione della patente di guida). Stante la finalità pubblica della sanzione amministrativa in parola, risulta assolutamente improvido il richiamo ad opera dell'art. 223 all'articolo 205 (Opposizione all'ordinanza-ingiunzione regolata dall'articolo 6 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150). L'opposizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, già assai dubbia "contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria" laddove fa esplicito riferimento all'interesse legittimo ("gli interessati possono proporre opposizione") scindendo sanzione amministrativa pecuniaria e pagamento (quasi che fossero la prima un atto amministrativo e il secondo un atto paritetico), diviene del tutto inopinata ed inconsulta se estesa a provvedimenti amministrativi irrefragabilmente emessi *iure imperii*. Invero, l'ordinanza prefettizia non solo costituisce una sanzione amministrativa non pecuniaria e dal carattere afflittivo più marcato, ma presuppone senza dubbio l'esercizio di un potere pubblico imperativo da parte del Prefetto. Pertanto, attribuire al giudice ordinario la possibilità di annullare un simile provvedimento significa negare ad un tempo lo Stato di diritto, la Carta costituzionale e l'assetto di riparto giurisdizionale consolidato sin dalla legge n. 2248/1865. Infatti, ai sensi dell'art. 357 c.p., così come modificato dalla legge n. 86/1990 e dalla legge n. 181/1992, è pubblico ufficiale anche chi esercita una "pubblica funzione amministrativa", funzione che viene definita dal comma successivo come quella "disciplinata da norme di diritto pubblico e da altri atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. La funzione amministrativa, quindi, viene definita sulla base di parametri esterni ed interni. I parametri esterni consistono nella regolamentazione di essa da parte di norme di diritto pubblico e di atti autoritativi, mentre gli elementi di riconoscimento interno consistono nello svolgimento di funzioni relative all'attività di formazione e manifestazione della volontà dell'Amministrazione pubblica e nell'esercizio di poteri autoritativi o certificativi. E ciò a prescindere dalla discrezionalità o meno del potere: vero è che il verbo "potere" indica una mera possibilità d'azione (cosa che rievoca la discrezionalità), ma altrettanto vero è che il sostantivo "potere" configura una potestà dettata da supremazia (ricomprendendo sia la possibilità sia il dovere di esercizio di una data prerogativa: in sé la prerogativa non cambia nei due casi). Infine, vedasi Tribunale di Taranto, 8 luglio 2021: cfr. *Il principio di corrispondenza fra verbale di contestazione ed ordinanza di ingiunzione in tema di sanzioni amministrative*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25735 - pubb. 27/07/2021. Per quanto la contestazione non rappresenti il vero e proprio provvedimento irrogativo della sanzione, essa assolve un ruolo determinante nell'ambito del procedimento sanzionatorio, risultando funzionale all'esercizio del diritto di difesa, posto che attraverso il verbale si rappresenta ad un determinato soggetto il fatto del quale egli deve rispondere sul piano sanzionatorio amministrativo, affinché l'interessato possa valutare se e come predisporre le proprie difese. Ne consegue che, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, "l'atto di contestazione deve contenere gli estremi di fatto e di diritto della violazione, che successivamente non possono essere modificati dall'amministrazione" (Cass. n. 23018/2006) e che "sussiste la violazione del principio tra fatto contestato e fatto assunto a base della sanzione irrogata, previsto dall'art. 14 l. 689/81, tutte le volte in cui la sanzione venga comminata per una fattispecie, individuata nei suoi elementi costitutivi e nelle circostanze rilevanti delineate dalla norma, diversa da quella attribuita al trasgressore in sede di contestazione, posto che in tali casi viene leso il diritto di difesa del trasgressore medesimo". Giova ricordare che l'ordinanza-ingiunzione rappresenta il provvedimento con cui la pubblica amministrazione esercita la propria potestà sanzionatoria e che la contestazione della violazione amministrativa costituisce un mero atto endoprocedimentale diretto a comunicare l'addebito al trasgressore,

mentre solo l'ordinanza-ingiunzione integra il provvedimento finale con cui si applica la sanzione amministrativa. Nel caso di specie, tuttavia, il giudice civile ha annullato l'ordinanza-ingiunzione (provvedimento amministrativo), a dispetto della Carta costituzionale e del divieto di cui alla legge n. 2248/1865. Ne deriva l'incostituzionalità della l. n. 689/1981 per violazione della giurisdizione amministrativa. Sul tema della giurisdizione, si segnala inoltre: nel senso che i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 120 del codice della strada, siano essi di diniego o di revoca del titolo abilitativo, incidano su diritti soggettivi e siano pertanto attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario: Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2016, n. 3712, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nel caso di contestazione degli atti con i quali la pubblica amministrazione, rilevata la insussistenza dei requisiti morali previsti dall'art. 120 d.lgs. n. 285 del 1992, ha revocato la patente di guida a soggetto condannato per detenzione illecita di sostanze stupefacenti; Cass. civ., Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10406 (in *Foro it.*, 2014, 9, 2539); nello stesso senso, anche successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2018 (in *Archivio giuridico della circolazione, dell'assicurazione e della responsabilità*, 2018, 3, 187, con nota di A. Carrato, *La revoca della patente ai sensi dell'art. 120 c.d.s. non può più essere disposta in via automatica*, *ibidem*, 190-195; in *Giur. it.*, 2018, 6, 1495, con nota di E. Zuffada, *Revoca prefettizia della patente e stupefacenti: profili di in-costituzionalità*, *ibidem*, 1495-1502; ed in *Guida al diritto*, 2018, 11, 50, con nota di C. Minnella, *Senza ricadute penali motivazioni non convincenti*, *ibidem*, 53-56), si vedano: TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 7 gennaio 2020, n. 32, che ha ritenuto che la questione relativa alla sussistenza dei requisiti morali, di cui all'art. 120 del codice della strada, deve intendersi riservata alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di accertamento avente natura vincolata, con vincolo posto nell'esclusivo interesse del privato, la cui posizione giuridica va qualificata in termini di diritto soggettivo perfetto; TAR Emilia-Romagna, Parma, 1° aprile 2019, n. 77, secondo cui la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, giacché il relativo diniego non è espressione di discrezionalità amministrativa, ma atto vincolato sia nel presupposto (esistenza della situazione richiamata), sia nel contenuto (impossibilità del rilascio della patente); di recente Cass. civ., Sez. un., ordinanza 19 novembre 2020, n. 26391, ha risolto un conflitto negativo di giurisdizione relativo alla questione se spetti al giudice ordinario o al giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di revoca della patente di guida adottato dal prefetto, ai sensi dell'art. 120 c.d.s., nei confronti di colui che sia destinatario di un provvedimento di avviso orale con prescrizioni emesso dal questore a norma dell'art. 3 codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. In particolare ha ribadito che anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2020 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, 2° comma, c.d.s., nella parte in cui dispone che il prefetto «provvede», anziché «può provvedere», alla revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione – la revoca della patente dà luogo all'esercizio non già di discrezionalità amministrativa, ma di un potere che non affievolisce la posizione di diritto soggettivo del privato; ne consegue che la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca adottato dal prefetto continua a spettare al giudice ordinario, secondo la regola generale di riparto. Sul rapporto tra giurisdizione del giudice *a quo* e ammissibilità della q.l.c., nel senso che la giurisdizione debba essere valutata all'esito del giudizio di costituzionalità si veda Corte cost., 20 febbraio 2020, n. 24, secondo cui, tra l'altro, se è vero che i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 120 del codice della strada incidono su diritti soggettivi e quindi rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, ciò non toglie che la q.l.c. sollevata con riferimento all'art. 120 del codice della strada, se fondata, potrebbe esplicare effetti anche sulla giurisdizione, in quanto la discrezionalità, in luogo dell'automatismo, del provvedimento prefettizio di revoca della patente, renderebbe la posizione soggettiva di interesse legittimo, argomento che “al di là della sua opinabilità, vale comunque ad escludere che nella specie la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi *ictu oculi* manifestamente insussistente”; nel senso della inammissibilità della q.l.c. sollevata da giudice *a quo* privo di giurisdizione nella causa principale si veda Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22, cit., con specifico riferimento ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 120 del codice della strada. Emerge *per tabulas* come si affermi tutto ed il contrario di tutto, senza un filo rosso, ma con la consueta (erronea) suggestione della natura discrezionale o vincolata del potere ai fine del riparto giurisdizionale. Come detto, non è alla discrezionalità che bisogna guardarsi per stabilire se vi sia o meno esercizio del potere pubblico da parte della p.a.: affinché un'attività amministrativa sia effettivamente imperativa deve sussistere una disposizione di legge che attribuisce al plesso amministrativo, in veste d'autorità istituzionale, la supremazia sull'interessato. In questi termini la sanzione (diniego o di revoca del titolo abilitativo) appare senza dubbio espressione di potere amministrativo, tanto da imporsi unilateralmente al destinatario: cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2016, n. 4723 (in *Foro amm.*, 2016, 2638, solo massima), secondo cui soggiace alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto la revoca della patente di guida disposta ai sensi dell'art. 120 cod. strada a seguito dell'avvenuto venir meno dei necessari requisiti morali da parte del conducente; *contra*, per l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, Cass. civ., Sez. un., 24 luglio 2015, n. 15573 (in *Foro it.*, 2015, I, 3133), secondo cui “Rientra nella giurisdizione ordinaria l'impugnazione del provvedimento con cui, a seguito della perdita totale dei punti della patente di guida, ne viene disposta la revisione”; TAR Puglia, Bari, Sez. II,

10 luglio 2015, n. 1058 (in *Foro it.*, 2015, III, 593), secondo cui “Rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia riguardante la legittimità del decreto prefettizio con cui è stata revocata la patente di guida a una persona condannata per un reato ostativo alla titolarità dell’abilitazione alla guida (nella specie, per il reato di cui all’art. 73, 5° comma, d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309)”, nonché TAR Puglia, Lecce, Sez. I, sentenza 10 febbraio 2014, n. 365 (in *Foro it.*, 2014, III, 547); TAR Lazio, Sez. III *ter*, 5 marzo 2015, n. 3817 (in *Foro it.*, 2015, III, 594), secondo cui, in relazione alle controversie concernenti la mancata ammissione alle prove d’esame per conseguire nuovamente la patente dopo che questa è stata revocata (nel caso di specie, la questione era vagliata con riferimento alla revoca disposta nelle ipotesi di guida sotto l’influenza dell’alcool o di sostanze stupefacenti) “Rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia riguardante la decorrenza del triennio durante il quale chi sia incorso nella revoca della patente di guida, a seguito delle violazioni di cui agli art. 186, 186 *bis* e 187 cod. strada, non può conseguire una nuova patente”; quanto alla giurisprudenza della Corte regolatrice, cfr. Cass. civ. Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10406 (in *Foro it.*, 2014, I, 2539), secondo cui “La domanda rivolta a denunciare la illegittimità del provvedimento di revoca della patente di guida, reso dal prefetto a carico di persona sottoposta alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, si ricollega ad un diritto soggettivo, e, di conseguenza, in difetto di deroghe ai comuni canoni sul riparto di giurisdizione, spetta alla cognizione del giudice ordinario”; Cons. Stato, Ad. gen., 13 luglio 2011, n. 3395/10 (in *Foro it.*, 2012, III, 390, con nota di P. Cerbo), secondo cui “Quando consegua alla comunicazione della perdita integrale del punteggio per violazioni al codice della strada, il provvedimento che dispone la revisione della patente di guida rappresenta un atto dovuto di natura vincolata; pertanto, la relativa impugnazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ed alla competenza funzionale del giudice di pace”; in dottrina si segnala infine V. Poli, in F. Caringella – R. De Nictolis – R. Garofoli – V. Poli, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008, II ed., 1060 ss.; sull’automaticità della revoca della patente, derivante dalla condanna per uno dei delitti inerenti gli stupefacenti di cui all’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, cfr. TAR Lazio, Sez. I, sentenza 24 settembre 2015, n. 11381 (in *Arch. circolaz.*, 2015, 976); *contra*, per l’opposta tesi della natura discrezionale, cfr. Trib. Brindisi, 29 luglio 2015 (in *Arch. circolaz.*, 2015, 859), secondo il quale “l’autorità amministrativa, prima di emettere il provvedimento di revoca, dovrà esaminare la posizione dell’interessato, tenendo conto non solo della condanna penale, ma anche della sua condotta successiva e delle prospettive di reinserimento sociale, valutando, all’esito, se il persistente possesso della patente possa rappresentare uno strumento di riabilitazione o, all’opposto, un aggravamento della pericolosità sociale”. La natura sanzionatoria della revoca della patente di guida è stata esclusa da Cass. civ., Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10406, cit., e Cass. civ., Sez. II, ordinanza 4 novembre 2010, n. 22491 (citate in motivazione da Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22, cit.), nonché da Cons. Stato, Sez. III, 03 agosto 2015, n. 3791 in *Foro it.*, 2015, III, 593, secondo cui la revoca della patente, ove disposta dall’Amministrazione successivamente alla condanna per un reato ostativo al conseguimento dell’abilitazione alla guida, non integra una violazione del *ne bis in idem*, pur essendo una misura disposta nei confronti di una persona condannata in sede penale, difettando del requisito dell’afflittività; tale misura stigmatizza piuttosto la perdita di un presupposto (negativo) essenziale per l’ottenimento della patente di guida. Da ultimo, Corte cost., sentenza 12 luglio 2021, n. 152, ha ritenuto non fondate le q.l.c. dell’art. 120, comma 1, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) in riferimento agli artt. 3, 4, 16 e 35 Cost. dopo che TAR Milano, Sez. I, ordinanza 16 giugno 2020, n. 1075, aveva rimesso alla Corte cost. l’art. 120 codice della strada nella parte in cui prevede che la condanna per reati di droga è ostativa al conseguimento della patente. E ciò a riprova della giurisdizione amministrativa sulla fattispecie *de qua* in quanto espressione di potere amministrativo e a smentita delle ridette elucubrazioni sulla natura sanzionatoria (*rectus*: penale) o meno della medesima. Sul punto vedasi A. Florio, *Diniego della patente di guida per mancanza di requisiti morali: quale giudice decide?* - Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e l’automaticità del diniego alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 152/2021, pubblicato in *Altalex* il 30/11/2021: “Stante la non equiparabilità delle fattispecie di cui al 1° e al 2° comma dell’art. 120 Codice della Strada, deve dunque ritenersi che “*il diniego del rilascio della patente di guida, ai sensi dell’art. 120 C.d.S., comma 1, per insussistenza di requisiti morali non è espressione di discrezionalità amministrativa ma atto vincolato, sia nel presupposto che nel contenuto*” (Cfr. altresì Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 32977/2019): in sostanza la posizione di colui che aspira a conseguire la patente di guida assume natura di diritto soggettivo perfetto in quanto l’accertamento del possesso dei requisiti morali di cui all’art. 120 comma 1° Codice della strada ha natura vincolata ma con vincolo posto nell’interesse del privato (Cfr. ancora Consiglio di Stato., Sez. III, sentenza n. 4136/2019), pertanto i provvedimenti adottati in relazione alla mancanza dei requisiti morali per conseguire il titolo abilitativo alla guida, in quanto incidenti su diritti soggettivi non degradabili ad interessi legittimi per effetto della loro adozione, sono riservati alla cognizione del Giudice ordinario (Cfr., *Ex Multis*, T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, Sez. I, sentenza n. 589/2020). Questa sembrerebbe essere ad oggi la posizione dominante nella giurisprudenza di merito e di legittimità, anche se il dibattito non risulta essere ancora del tutto sopito. Infatti la stessa Corte Costituzionale, nella sopra menzionata sentenza n. 152/2021, seppur dando atto del prevalente orientamento in virtù del quale l’esercizio del potere amministrativo di cui all’art. 120 comma 1° del Codice della strada avrebbe carattere vincolato e la posizione

del privato sarebbe di diritto soggettivo, così radicandosi la giurisdizione del giudice ordinario, tuttavia ritiene che questo orientamento debba comunque essere rivisitato proprio alla luce delle richiamate sentenze di questa Corte n. 24 e n. 99 del 2020 le quali hanno escluso che nella specie la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi *ictu oculi* manifestamente insussistente sulla base della qualificazione della posizione giuridica del privato e del carattere del potere pubblico esercitato. Ed allo stesso modo ulteriori dubbi sono sorti anche in merito alla attrazione dei provvedimenti di revoca di cui all'art. 120 comma 2° del Codice della strada nella giurisdizione del giudice amministrativo, posto che nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 26391/2020 si legge che *“Anche a seguito della sentenza della Corte cost. n. 99 del 2020 – che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 120, comma 2, c.d.s., nella parte in cui dispone che il prefetto “provvede”, anziché “può provvedere”, alla revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (ma il concetto è per identità di ratio estensibile anche ai soggetti condannati per reati di droga e/o sottoposti a misura di sicurezza personale alla luce delle ulteriori sentenze della Consulta n. 22/2018 e n. 24/2020 sopra menzionate) – la revoca della patente dà luogo all’esercizio non già di discrezionalità amministrativa, ma di un potere che non affievolisce la posizione di diritto soggettivo del privato; ne consegue che la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca adottato dal prefetto continua a spettare al giudice ordinario, secondo la regola generale di riparto”*. Non resta dunque che attendere gli ulteriori e futuri chiarimenti della giurisprudenza sul punto dato che i contrasti sopra evidenziati non sono ancora definitivamente risolti”.

Spunti di riflessione: “E quindi uscimmo a riveder le stelle”.

Più che una responsabilità amministrativa da “contatto sociale”, a sua volta conseguente alla violazione di obblighi di buona fede, correttezza, simmetria e “parità delle armi” che, come si è visto, attengono alla negoziazione ed alla stipulazione contrattuale, e trovano in questi segmenti operativi, e non in altro, la loro origine causale (sia giuridica che storica), la giurisprudenza sembra aver concepito una responsabilità amministrativa derivante dal “contratto sociale” (avente invece come fine la giustificazione del potere di chi governa lo Stato di diritto), che deve stabilirsi tra cittadino e Stato, attribuendola al giudice ordinario. Ma ciò oblitera il fondamento originario del potere pubblico e la quintessenza della funzione amministrativa, e la conseguente affermazione del diritto pubblico come strumento regolativo dei rapporti tra i poteri (infatti la teoria del contratto presume l’esistenza di diritti privati e obblighi giuridici privati anteriori a tutti i diritti pubblici e alla stessa esistenza dello Stato), ingenerando incertezza del diritto e criticità applicative fra gli operatori. Nello Stato di diritto devono essere garantite regole stabili, il più possibile chiare e certe, alle quali attenersi.³⁸⁶

La previsione a priori delle regole vigenti in determinati contesti garantisce la certezza del diritto, assicurando l’uguaglianza e la parità di trattamento. Il diritto è convenzionalmente distinto in due grandi sistemi di norme: quelle di diritto pubblico e quelle di diritto privato. Le prime regolano il funzionamento e l’organizzazione dei pubblici poteri, nonché i rapporti a cui partecipano lo Stato o altro ente pubblico in veste di enti sovrani. Le norme di diritto privato regolano invece i rapporti tra soggetti privati, oppure tra i privati e lo Stato o altro ente pubblico, quando questi ultimi non agiscono nell’esercizio del proprio potere autoritativo.

La responsabilità amministrativa, quando sorge dalla violazione della legge che procedimentalizza l’agere della p.a. e prefissa teleologicamente gli obiettivi perseguiti dalla stessa *iure imperii*, oltre che extracontrattuale, può anche essere contrattuale o quasi contrattuale in certi casi. Nondimeno, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo a prescindere dalla pregressa sussistenza di contatti fra i soggetti interessati. Diversamente opinando, si sottrae la cognizione e il sindacato al giudice naturale precostituito per legge. Viceversa, sussiste una scissione della tutela e permane la giurisdizione ordinaria (ad eccezione dei casi di giurisdizione esclusiva) nel caso in cui sia la p.a. a invocare la responsabilità del cittadino. Si tratta infatti di condotte che denotano sostanzialmente l’assenza, da parte della controparte privata della p.a., di un comportamento ispirato ai principi di collaborazione e trasparenza nei confronti dell’Amministrazione. Di conseguenza, vi è una asimmetria giurisdizionale fra la p.a. e le sue controparti, dovendo quest’ultime rivolgere le proprie istanze risarcitorie al giudice amministrativo (salvo per eventuali condotte che esulano dall’esercizio del potere pubblico, ove viene meno l’immedesimazione organica, ma non il magistero della Corte dei conti e la eventuale rilevanza penale³⁸⁷), mentre per quel che concerne la prima di norma ha competenza la giurisdizione ordinaria.

³⁸⁶ Un difetto altrettanto grave della lentezza dell’ordinamento nella celebrazione dei processi è la scarsa qualità e prevedibilità delle sentenze: cfr. A. De Nicola, *Basta sentenze imprevedibili scoraggiano gli investimenti*, in *La Stampa*, 14/02/2021, pag. 7.

³⁸⁷ Cfr. A. Larussa, *Abuso d’ufficio: sottratto al giudice il sindacato sulla discrezionalità amministrativa* - Dopo la riforma la fattispecie è integrata dalla violazione di specifiche regole di condotta previste da fonti primarie e delineate in termini specifici (Cass. pen., sentenza n. 442/2021), pubblicato in *Altalex* il 19/01/2021. Ai fini dell’integrazione dell’abuso d’ufficio, nuova formulazione, la condotta del pubblico funzionario deve essere connotata dalla violazione di norme cogenti, fissate esclusivamente da fonti primarie, e delineate in termini specifici. La nuova disposizione normativa ha dunque un ambito applicativo ben più ristretto rispetto a quello definito con la previgente definizione della modalità della condotta punibile, sottraendo al giudice penale tanto l’apprezzamento dell’inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione “mediata” di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero “cattivo uso” – la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio – della discrezionalità amministrativa (Cass. pen., Sez. IV, sentenza 8 gennaio 2021, n. 442). Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio la doppia conforme di condanna emessa a carico del Direttore generale di un’azienda ospedaliera considerando atto di riorganizzazione, rientrando nel merito

Nel presente studio si giunge a mettere in discussione il precipitato delle decisioni della Cassazione e della giurisprudenza (finanche dell'Adunanza plenaria)³⁸⁸ per stimolare la riflessione sulle

della discrezionalità amministrativa, la delibera con cui questi aveva proceduto alla dequalificazione del Servizio di Prevenzione e Protezione e al demansionamento del Direttore di detto Servizio. La sentenza scaturisce dall'impugnazione, in sede di legittimità, di una condanna per abuso d'ufficio nei confronti del Commissario straordinario e Direttore generale di un'Azienda ospedaliera, accusato di avere illegittimamente dequalificato il Servizio Prevenzione e Protezione da struttura complessa a struttura semplice, così demansionando la posizione giuridica ed economica del suo Direttore a mero Responsabile della struttura. L'imputato, interdetto dai pubblici uffici per la durata della pena (anni 1 e mesi 6 di reclusione), veniva altresì condannato al risarcimento dei danni nei confronti della parte civile. Ad avviso dei giudici d'appello, il dolo intenzionale dell'imputato, nell'alveo della condotta abusiva, era desumibile dall'assenza di una finalità riorganizzativa dell'Azienda, dalla mancata adozione del c.d. atto aziendale; dal persistente diniego di incontri per chiarimenti. La pronuncia risulta estremamente interessante per le argomentazioni rese dalla Corte di Cassazione in ordine alla integrazione della fattispecie di abuso d'ufficio, esclusa al lume della recente riformulazione normativa del reato. La Corte ha escluso l'integrazione della fattispecie di reato alla luce della riformulazione dell'art. 323 c.p. (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), che, come detto, ha sostituito le parole "*di norme di legge o di regolamento*" con quelle "*di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*". Tale riformulazione ha ristretto notevolmente l'ambito di applicazione della fattispecie in questione dal momento che la condotta del pubblico funzionario deve essere connotata dalla violazione di norme cogenti per l'azione amministrativa, fissate esclusivamente da fonti primarie e delineate in termini puntuali e, pertanto, non rileva penalmente qualora le regole di cui sopra consentano al funzionario di agire in un contesto di discrezionalità. Tale delimitazione della rilevanza penale ha comportato la parziale abrogazione delle condotte non più riconducibili alla nuova versione dell'art. 323, in quanto poste in essere mediante violazione di norme regolamentari o di norme di legge generali e astratte, che comunque lascino residuare margini di discrezionalità amministrativa, anche tecnica, con la relativa conseguenza processuale in termini di proscioglimento dell'imputato "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*". Sulla scorta di tale premessa la Corte di Cassazione ha escluso che potesse ravvisarsi la fattispecie di abuso nella condotta dell'imputato, rientrando nella discrezionalità amministrativa – oggi sottratta al sindacato penale sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – la decisione di far cessare una situazione di fatto consolidatasi nel tempo, ma originariamente viziata da illegittimità posto che l'istituzione del Servizio in contestazione come struttura complessa facente capo a un Direttore mai formalmente nominato come tale era stata attivata in carenza del prescritto atto aziendale. Sicché la delibera con la quale l'imputato aveva proceduto alla dequalificazione della struttura e al demansionamento della parte civile si configurava come atto di riorganizzazione delle strutture e dei servizi dell'Azienda ospedaliera che, siccome non adottato in situazione di interessi in conflitto, né connotato da una oggettiva distorsione dai fini pubblici di buon andamento, efficienza ed economicità perseguiti dallo stesso ente, rientrava fra quelle scelte di merito che, nel contesto della discrezionalità amministrativa, la nuova formulazione dell'art. 323 c.p. sottrae al sindacato del giudice penale. Alla luce di tali argomentazioni la Corte ha disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e di quella di primo grado.

³⁸⁸ Le pronunce dell'Adunanza plenaria (come quelle della Corte di Cassazione), a differenza delle decisioni della CGUE, non hanno valore normativo, tanto è vero che l'art. 99 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.) prevede un meccanismo, sia pure rinforzato, che consente alle sezioni semplici del Consiglio di Stato di rimettere in discussione quanto sancito dall'Adunanza (TAR Marche, Ancona, Sez. I, 15 novembre 2016, n. 653). Cfr. C. Volpe, *Un anno di giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui contratti pubblici tra dubbi e certezze*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021: "La certezza del diritto, con riguardo alle regole e alla loro applicazione, costituisce ormai uno dei principi del diritto europeo e non rappresenta più solo esigenza dell'ordinamento giuridico interno. Il rafforzamento del valore del precedente giudiziale conferisce nuova linfa alla funzione nomofilattica e rende sempre più rilevante l'attività svolta dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nell'ambito della giurisdizione amministrativa, anche se ormai in tandem con la CGUE. Accade però che in alcune materie, quale quella dei contratti pubblici, le modifiche normative assumano carattere alluvionale, a detrimento della certezza del diritto e della sedimentazione nell'applicazione delle regole. Le modifiche normative si rincorrono tra di loro in maniera così rapida che l'adunanza plenaria afferma principi che possono trovare applicazione solo in una fase temporale limitata del contenzioso e non sono più in grado di svolgere quella che è l'essenza della nomofilachia; indirizzare la futura attività dell'amministrazione. I principi mantengono, invece, rilevanza a fini di condurre a uniformità l'applicazione del diritto da parte dei giudici, anche se alle volte per un periodo temporale limitato del contenzioso. Il tecnicismo e la parcellizzazione della normativa in materia di contratti pubblici limita, inoltre, gli interventi di grande respiro dell'adunanza plenaria, spesso chiamata a chiarire norme oscure o a risolvere problemi inerenti questioni del tutto peculiari. Essa, invece, in un momento pionieristico del diritto amministrativo, ma nemmeno troppo lontano - suppergiù sino

contraddizioni del presente assetto del riparto giurisdizionale. Rilevanti in questa sede – alla luce del nuovo pronunciamento dell’Adunanza plenaria – sono l’ordinanza della Cassazione, Sez. Un. Civili, 28 aprile 2020, n. 8236, la sentenza non def. del CGARS, 15 dicembre 2020, n. 1136 (decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7)³⁸⁹, e le ordinanze del Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013 (decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19)³⁹⁰, e 6 aprile 2021, n. 2753 (decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21)³⁹¹, e Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 3701 (decisa da Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)³⁹², non solo perché notoriamente nel nostro ordinamento non sono “vincolanti” neppure le pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁹³, ma anche perché le fattispecie esaminate in quei provvedimenti giurisdizionali presentano caratteristiche assai significative per svolgere una revisione critica dell’ordinamento giuridico attuale (per quanto concerne le tesi della Cassazione e connesse)³⁹⁴ e per manifestare una necessità di cambiamento giurisprudenziale (per quel che riguarda le argomentazioni del CGARS, del Consiglio di Stato e dell’Adunanza plenaria).

all’inizio degli anni ‘90 - ha costruito i principi e le regole del procedimento amministrativo e del processo, che poi sono confluiti nella l. n. 241/1990 e nel c.p.a. Erano altri tempi non comparabili a quelli attuali di ipernormazione. Il sistema normativo era scarno e non ancora così frastagliato. Quello che si nota è comunque lo sforzo ricostruttivo che però, alcune volte, resta invischiato in una specie di palude normativa, dalla quale la plenaria non riesce a venirne completamente fuori con chiarezza e semplicità argomentative, nonché coerenza e logicità di sistema. Il caos normativo finisce per incidere sulle stesse decisioni dell’adunanza plenaria, che anziché fornire soluzioni possono dare adito a problemi ulteriori. La complessità e l’eterogeneità delle fonti, assieme al continuo divenire della normativa nella materia dei contratti pubblici, rendono difficile, se non impossibile, la stabilità delle regole e incentivano il contenzioso. Il compito dell’adunanza plenaria diventa così sempre più necessario per la risoluzione dei contrasti tra le sezioni e meno rilevante nella funzione di indirizzo dell’attività amministrativa. È un effetto a catena che per ora è in accelerazione. Allorquando la plenaria tornerà più spesso a indirizzare l’attività dell’amministrazione forse sarà il segnale di una maggiore stabilità delle regole. Per ora il panorama non è dei più confortanti; ma “*Spes ultima dea*”.

³⁸⁹ V. nota n. 184 *supra*.

³⁹⁰ V. note nn. 251 e 322 *supra*.

³⁹¹ V. note nn. 204 e 262-263 *supra*.

³⁹² V. note nn. 246 e 322 *supra*.

³⁹³ V. Corte cost., sentenza 12 ottobre 2012, n. 230, nella cui motivazione sta icasticamente scritto quanto segue: “L’orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite ‘aspira’ indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma ... si tratta di connotati solo ‘tendenziali’, in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente ‘persuasivo’. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell’organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle Sezioni singole, come in più occasioni è infatti accaduto ... Questa Corte ha comunque rimarcato che, pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l’obbligo di uniformarsi ad esso (sentenza n. 91 del 2004)”.

³⁹⁴ Da ultimo, vedasi Cassazione, Sez. Un. Civili, 11 maggio 2021, n. 12428: cfr. *Condotta della pubblica amministrazione difforme dai canoni di correttezza e buona fede: la controversia è compromettibile in arbitri?*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25518 - pubb. 23/06/2021. La controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell’affidamento del privato nell’emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, in quanto concernente diritti soggettivi, può essere compromessa mediante arbitrato rituale, a condizione che sia identificabile un comportamento della pubblica amministrazione, diverso dalla mera inerzia o dalla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico ovvero che abbia indotto il privato a non esperire gli strumenti previsti per la tutela dell’interesse legittimo pretensivo a causa del ragionevole affidamento riposto nell’emanazione del provvedimento non più adottato (nella specie, la S.C. ha ravvisato nella inerzia dell’Amministrazione, consistita nell’omessa sottoscrizione del nuovo schema di convenzione urbanistica, approvato con delibera del Consiglio comunale, e nel perdurante mancato esercizio del potere di revoca, un comportamento idoneo a indurre il legittimo affidamento del privato sulla conclusione della convenzione). Del resto, come si legge nel controricorso, ciò che il privato ha inteso dedurre in giudizio è il “comportamento del Comune in relazione agli obblighi assunti con la convenzione”. Il presupposto di

applicabilità dei principi del codice civile alla convenzione urbanistica è l'esaurimento del potere amministrativo con la stipulazione dell'accordo. Stante la prevalenza della norma attributiva del potere, è incompatibile con l'accordo sostitutivo di provvedimento il principio della buona fede *in executivis* quale fonte di integrazione degli obblighi contrattuali. Rispetto alla corona di poteri amministrativi non esauriti con la conclusione dell'accordo, e tuttavia incidenti in linea di fatto sull'attuazione dell'accordo medesimo, non essendo configurabile un rapporto obbligatorio permane così una situazione di interesse legittimo. Per tornare al caso di specie, relativo alla mancata approvazione sia della variante al Programma di Recupero Urbano che dei progetti per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, lo strumento di tutela da esperire, a tutela dell'interesse pretensivo all'esercizio del potere amministrativo in senso favorevole al privato, è quello dell'istanza atipica di parte per l'adozione del provvedimento alla quale far seguire, nel caso di permanenza dell'inerzia dell'Amministrazione, il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 cod. proc. amm. Si rammenti che nell'ambito della giurisdizione amministrativa la domanda di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo trova il limite, ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., nei danni che si sarebbero potuti evitare attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (come di recente rammentato da Cons. Stato, Ad. plen, 23 aprile 2021, n. 7). Con l'impugnata sentenza del 29 settembre 2014, per quanto qui rileva, la Corte d'appello di Napoli, premesso che era preclusa la compromettibilità in arbitri delle controversie relative ad interessi legittimi, osservò che la cognizione degli arbitri si era limitata alle questioni di diritto soggettivo attinenti, come affermato dal collegio arbitrale, all'esecuzione della convenzione urbanistica ed all'adempimento dei relativi obblighi, con esame del quesito relativo agli abusi edilizi solo in punto di fatto circa l'esistenza della circostanza e senza emanare decisioni sulla legittimità dei provvedimenti adottati dal Comune. Escluso che il diritto soggettivo, in relazione a quanto non risulti diviso dalle clausole della convenzione urbanistica, possa sorgere quale effetto di quest'ultima per via di integrazione legale, deve accertarsi se una posizione di diritto soggettivo sia rinvenibile assumendo il punto di vista del comportamento, che il Procuratore generale ha introdotto nelle sue conclusioni motivate, scisso dall'attuazione del rapporto convenzionale, ma tuttavia incidente sull'esecuzione della convenzione ai fini della sussunzione della fattispecie nella clausola arbitrale. Il riferimento è a quanto di recente affermato dalle stesse Sezioni Unite, e cioè che spetta al giudice ordinario, per la ricorrenza di diritti soggettivi, la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della p.a. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa è configurabile non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'Amministrazione (Cass. Sez. U. 28 aprile 2020, n. 8236; conforme Cass. Sez. U. 15 gennaio 2021, n. 615). L'affidamento incolpevole di natura civilistica si sostanzia così "nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede" (Cass. Sez. U. 28 aprile 2020, n. 8236). Trattandosi della lesione dell'affidamento di natura civilistica, differenziata ed indipendente, come si è detto, dalla violazione procedimentale, deve intervenire un *quid pluris* rispetto alla mera inerzia o alla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo. Quel *quid pluris* deve integrare una fattispecie di diritto comune nella quale possa valutarsi, dal punto di vista della qualificazione giuridica, che l'Amministrazione abbia dismesso i panni dell'autorità che agisce sulla base di norme di azione per avere assunto dei comportamenti, formali ed informali, eccedenti il significato dell'esercizio fisiologico della funzione amministrativa, entrando così in una sfera suscettibile di essere apprezzata, alla luce della normativa di correttezza, alla stregua di un comune rapporto paritario. Il ricorso è stato quindi accolto limitatamente alla mancata approvazione della variante al Programma di Recupero Urbano ed alla mancata approvazione dei progetti per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, ipotesi tutte devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed involgenti una controversia interessi legittimi e dunque non risolvibile mediante arbitrato rituale di diritto. Deve in conclusione escludersi che in relazione all'emanazione di tali provvedimenti sia stata dedotta una specifica fattispecie di lesione dell'affidamento. A fronte della mera omissione provvedimentale non c'è che l'interesse legittimo pretensivo, tutelabile con l'istanza atipica di provvedimento ed il ricorso avverso il silenzio innanzi al giudice amministrativo. Quanto invece all'omessa sottoscrizione del nuovo schema di convenzione, che avrebbe consentito di aumentare il prezzo di cessione degli alloggi, approvato con delibera del Consiglio comunale, nell'atto introduttivo del giudizio è stata allegata l'inottemperanza del Comune alla diffida a presentarsi presso il notaio per la stipulazione della convenzione sulla base dello schema per il quale vi era la delibera consiliare. Non è dubbio che qualora tra l'approvazione dello schema di convenzione e il momento di stipulazione della convenzione stessa vengano meno i presupposti sui quali l'approvazione è stata fondata, l'Amministrazione procedente non possa ritenersi obbligata alla stipulazione e, conseguentemente, a proseguire il relativo *iter* procedimentale, potendo valutare

La Corte di Cassazione si muove sul crinale di questa ricostruzione, traendone un corollario ormai solido e di per sé difficilmente controvertibile: anche la p.a. è soggetta ai doveri solidaristici di buona fede e correttezza, tipici dei rapporti obbligatori.

Il percorso del giudice del diritto è allineato sul piano ermeneutico a quello del giudice amministrativo. Eppure, sul piano del diritto vivente, quella adottata dalla giurisprudenza nomofilattica è una impostazione incoerente con la prospettiva entro cui si iscrive la responsabilità amministrativa.

Nella giurisprudenza di legittimità la sottolineatura della responsabilità da contatto sociale della p.a. come finalizzata alla tutela non tanto della correttezza amministrativa, quanto, piuttosto, dell'affidamento privato, assume un tratto caratterizzante. Un vero e proprio paradosso, considerato che l'attività amministrativa, perlomeno quella autoritativa, si fonda sul potere e sulla funzione delle pubbliche amministrazioni. Il diritto amministrativo appare come un centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche soggettive sottoposto ad uno statuto speciale, e che si connota come supremazia pubblica, rispetto alla quale le controparti risultano inderogabilmente legate da un rapporto di soggezione. Ne deriva che, diversamente da ciò che accade nella giurisdizione ordinaria, la funzione amministrativa è tendenzialmente indisponibile, anche perché le parti non sono uguali.

Il contratto è uno strumento privatistico con cui cittadini e imprese regolano i loro rapporti d'affari.³⁹⁵ Qui siamo invece nel campo del diritto pubblico e occorre affrontare diversamente la questione.³⁹⁶

l'eventuale sussistenza di ragioni di revoca dell'approvazione, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990. Il rapporto dedotto in giudizio non è però relativo all'esercizio del potere in questione, ma al comportamento inerte dell'Amministrazione a fronte dell'approvazione dello schema di convenzione. L'inerzia dell'Amministrazione è qui in grado di acquistare, nello specifico contesto della delibera consiliare di approvazione dello schema e del permanente mancato esercizio del potere di revoca, la valenza di comportamento tale da indurre il legittimo affidamento sulla conclusione della convenzione, per cui può ritenersi dedotta in giudizio la violazione della normativa di correttezza, da cui l'inerenza della controversia a un diritto soggettivo. Vanno in conclusione enunciati i seguenti principi di diritto: *“posto che la convenzione urbanistica non è suscettibile di produrre obblighi per la pubblica amministrazione, con i correlativi diritti soggettivi del privato, attraverso l'integrazione legale dell'accordo sostitutivo di provvedimento, per l'incompatibilità del principio di integrazione del contratto sulla base della buona fede con la norma attributiva del potere amministrativo, la controversia relativa alla mancata adozione di provvedimenti che abbia determinato la non eseguibilità della convenzione, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è afferente ad interessi legittimi e non può essere risolta mediante arbitrato rituale di diritto”; “affinché si perfezioni la fattispecie di lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, e la relativa controversia in quanto concernente diritti soggettivi possa essere risolta mediante arbitrato rituale di diritto, è necessario che sia identificabile un comportamento della pubblica amministrazione, differenziabile dalla mera inerzia o dalla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico, ovvero che abbia indotto il privato a non esperire gli strumenti previsti per la tutela dell'interesse legittimo pretensivo a causa del ragionevole affidamento riposto nell'emanazione del provvedimento non più adottato”. V. anche *Devoluzione in arbitrato rituale di controversie con la pubblica amministrazione*, in *ILCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25526 - pubb. 24/06/2021.*

³⁹⁵ Ad esempio, vedasi Corte di Cassazione, Sez. VI Civile, 4 giugno 2021, n. 15707: cfr. *Il principio di buona fede contrattuale quando il contratto ha ad oggetto un'area edificabile*, in *ILCaso.it*, 08 maggio 2021. In tema di interpretazione del contratto, l'elemento letterale va integrato con gli altri criteri di interpretazione, tra cui la buona fede ex art. 1366 c.c., avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta. L'obbligo di buona fede oggettiva si specifica in particolare nel significato di lealtà e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte. Secondo il principio di buona fede contrattuale, qualora il contratto abbia ad oggetto un'area edificabile, si presume che la stessa venga trasferita con la disponibilità dell'intera cubatura risultante dall'applicazione degli indici di fabbricazione dettati dagli strumenti urbanistici locali, salvo che le parti non si siano diversamente accordate.

³⁹⁶ Di recente, il tribunale amministrativo di Parigi ha condannato lo Stato francese per inadempienze rispetto agli impegni presi nella lotta contro il riscaldamento climatico. Si tratta di una condanna simbolica (un euro) nei confronti di alcune associazioni, fra cui Greenpeace e Oxfam, ma dimostra la peculiarità della

responsabilità amministrativa: cfr. A. Ginori, *Riscaldamento climatico? La colpa è dello Stato*, in *La Repubblica – Affari&Finanza*, 8 febbraio 2021, pag. 17.

Da ultimo, vedasi Cons. Stato, Sez. III, 11 giugno 2021, n. 4514, su un accordo regionale sulla distribuzione del farmaco diretta e per conto. L'accordo in questione, in considerazione del suo contenuto e della sua funzione, non ha natura di negozio giuridico di diritto privato, perché regola quelli che la dottrina definisce beni sottratti alla comune circolazione giuridica. Esso va piuttosto qualificato – coerentemente, peraltro, alla prospettazione posta a fondamento del terzo motivo di appello – all'interno della categoria disciplinata dall'art. 11, l. n. 241 del 1990, come accordo di natura endoprocedimentale ed integrativa, avente contenuto destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Si tratta pertanto di accordi che sono espressione di potere amministrativo, secondo la tesi "pubblicistica" prevalente in dottrina e già formulata dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere 19 febbraio 1987, n. 7, reso sullo schema della cd. legge generale sul procedimento amministrativo. In dottrina si è, in particolare, affermato che nella categoria disciplinata dal citato art. 11, l. n. 241 "l'obbligazione discendente dall'accordo consiste nella specificazione di un dovere scaturente dalla legge". In tale prospettiva riveste una importanza decisiva il profilo causale: inteso non già, come in materia negoziale, nella sua dimensione volontaristica (ancorché oggettivata dalla funzione dello scambio), bensì quale corrispondenza con l'interesse pubblico che giustifica l'attribuzione del potere all'Amministrazione (potere che, una volta riconosciuta la natura pubblicistica dell'istituto, viene sì esercitato con un atto avente struttura non unilaterale, ma che non perde per ciò la sua natura e la sua connotazione disciplinare). Si è così affermato in dottrina che in materia di accordi la causa svolge un "precipuo ruolo negativo – in virtù del richiamo legislativo all'elemento teleologico (interesse pubblico) contenuto nel citato art. 11 – consistente nella delimitazione dell'ambito di negoziabilità prescritto dalla norma attributiva del potere amministrativo, laddove essa non ne predetermini esaustivamente tutti gli elementi"; con la conseguenza che l'accordo consentirebbe di "consumare quei margini di scelta che la norma lascia indeterminati all'amministrazione, la quale può concordare con il destinatario del provvedimento le modalità con cui attuare in concreto la composizione tra valori delineata in astratto dalla norma". L'esercizio consensuale del potere si pone dunque in rapporto di mezzo a fine rispetto alla disciplina del potere medesimo (e dell'assetto d'interessi da essa implicato). L'individuazione della causa dell'accordo muove dunque dall'esegesi della norma attributiva del potere, e in particolare dall'equilibrio fra gli interessi antagonisti che la stessa disegna. Il connotato funzionale dell'accordo, che mira – in forma partecipata – al perseguimento di un interesse pubblico, si traduce – per opinione pacifica in dottrina – nel peculiare regime giuridico dell'atto, nel senso che la vincolatività dell'accordo (ma, prima ancora, la sua validità) è subordinata alla sua compatibilità con l'interesse pubblico, come normativamente cristallizzato. L'oggetto degli accordi ex art. 8, d.l. n. 347 del 2001, per come normativamente perimetrato, concerne infatti: a) il fatto di "consentire agli assistiti di rifornirsi delle categorie di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente anche presso le farmacie" convenzionate; b) la definizione di modalità di distribuzione corrispondenti a quelle "previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario nazionale" (evidentemente allo scopo di evitare che il diverso canale di distribuzione possa comportare un decremento assistenziale). Rispetto a tali oggetti le parti assumono obblighi reciprocamente vincolanti. Ogni altra pattuizione accessoria, specie se relativa a profili (di organizzazione del servizio pubblico) non negoziabili, o quanto meno affidati alla cura di poteri il cui esercizio – in ragione della natura degli interessi implicati e delle plurime esigenze relative agli stessi – risulta incompatibile con la logica dell'adempimento di prestazioni corrispettive, se non radicalmente inconciliabile con tale oggetto appare comunque insuscettibile di produrre analoghi vincoli, a meno di snaturare la causa tipica degli accordi in esame per come previsti e disciplinati dalla legge. Le superiori conclusioni discendono, com'è evidente, dalla qualificazione degli accordi in esame nell'ambito della categoria disciplinata dal citato art. 11 della cd. legge generale sul procedimento amministrativo, e dal regime di tale figura. Detto in precedenza del ruolo, quanto meno "in negativo", dell'elemento causale dell'accordo ai fini della sua ammissibilità e rilevanza, la dottrina ha indagato lo specifico profilo della possibile atipicità degli accordi amministrativi, specie a seguito della modifica del citato art. 11 apportata dalla l. n. 15 del 2005, che ha soppresso l'inciso "nei casi previsti dalla legge": così determinando, secondo alcuni, la "rimozione della *interpositio legislatoris* ai fini della conclusione degli accordi". In realtà limiti di sistema, e in particolare il ruolo giocato nella vicenda dal principio di legalità, impediscono di configurare la stipula di accordi fra privato e Amministrazione al di fuori (o al di là) della composizione fra interesse pubblico e interessi privati come fissata dalla norma attributiva del potere (di cui essi costituiscono esercizio). Ne consegue che l'autorizzazione legislativa che l'art. 8 in esame fornisce, in questa materia, per la conclusione di accordi fra l'Amministrazione e i soggetti privati ha un contenuto e una funzione specifici e ben delimitati: non integrabile da pattuizioni atipiche, se non in una relazione di accessorietà tale da non snaturarne la causa tipica. Le aggiunte inserite in sede di proroga esulano, ove ritenute vincolanti in un'ottica di sinallagmaticità, da tali ambiti consentiti dalla norma. La ridetta interpretazione del contenuto degli accordi, per la parte relativa ai volumi dei due canali di distribuzione e al contenimento di uno di essi, in termini di impegno programmatico non riducibile ad una controprestazione negoziale, discende poi non soltanto dalle superiori argomentazioni giuridiche, ma ancor prima da considerazioni di tipo logico. L'organizzazione dell'assistenza sanitaria, inclusa

Lo squilibrio di “potere contrattuale” rileva certamente sul piano dei comportamenti negoziali e della loro abusività, non anche e necessariamente su quello dell’investitura e dell’esercizio di una potestà e di una influenza pubblica. La riflessione su dette questioni pertanto andrebbe effettuata in modo più profondo, limitando una prassi che è stata già delineata dal legislatore e non confinando il giudizio alla teoria generale del contratto e alla bilateralità del rapporto. La soluzione interpretativa dei giudici di legittimità, caratterizzata sul vaglio dei doveri di correttezza e buona fede di matrice civilistica, enucleati dagli articoli 1175 e 1375 c.c., appare idonea a salvaguardare gli interessi del soggetto che si pretende leso, ma tuttavia la giurisprudenza non ha delineato criteri adatti alla funzione pubblica ed al potere amministrativo.³⁹⁷

la distribuzione controllata del farmaco nei confronti di particolari categorie di pazienti, suppone una valutazione diagnostica ed un trattamento terapeutico: essa, in altre parole, e come già accennato, è un bene non disponibile (nei termini posti a fondamento della pretesa degli appellanti), in quanto dipende da variabili non programmabili, con coerenza, in termini assoluti, perché correlate ad esigenze del paziente. Ciò implica che un impegno del genere non potesse essere dedotto nell’accordo, se non nei termini sopra riferiti. Tale rilievo spiega un duplice effetto: in termini di interpretazione dell’accordo e, come si vedrà al punto successivo, in relazione alla ricognizione della sua attuazione; che è operazione che deve avere riguardo a flussi organizzatori, e non può dunque implicare una verifica analitica, in chiave di inadempimento negoziale di un obbligo dell’Amministrazione che ha, nell’assetto d’interessi fissato dalla legge, una conformazione diversa ed incompatibile rispetto a quella che gli appellanti assumono dedotta in accordo (l’accordo potendo, come detto, soltanto integrare ma non modificare od alterare tale assetto). L’Accordo – stipulato (e la sua efficacia è stata poi prorogata) in attuazione della disposizione di cui all’art. 8, comma 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347, convertito dalla l. 16 novembre 2001, n. 405 – era stato impugnato per: a) superamento dei limiti numerici previsti per la modalità di distribuzione diretta del farmaco; b) perché non si sarebbe raggiunto il numero minimo di pezzi da distribuirsi con il sistema della dispensazione per conto; c) perché, con riguardo al territorio della Provincia di Rimini, l’AUSL della Romagna non avrebbe curato la riscossione del ticket e della quota a carico del cittadino.

³⁹⁷ Non appare dunque coerente il richiamo al principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore” – che “deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile” (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 264 del 11 gennaio 2006; id. Sez. U, Sentenza n. 28056 del 25 novembre 2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 22819 del 10 novembre 2010). Tant’è vero che in materia di esecuzione forzata, in relazione al decreto di trasferimento di cui all’art. 586 c.p.c., Cassazione civile, Sez. II, 22 giugno 2021, n. 17811, esclude – dovendo le parti riporre il loro affidamento esclusivamente sulle risultanze oggettive di quest’ultimo provvedimento terminativo (indipendentemente dalla volontà e dalle iniziative del precedente proprietario, quale debitore esecutato) – che possa configurarsi una violazione dei principi generali di correttezza e buona fede (di cui, rispettivamente, agli artt. 1175 e 1375 c.c.), i quali – diversamente da quanto affermato nella sentenza impugnata – si attagliano propriamente alla dinamica contrattuale (come dedotto, in modo condivisibile, con il quinto motivo di ricorso): cfr. *Identificazione dei beni trasferiti a conclusione di procedura espropriativa immobiliare*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25892 - pubb. 17/09/2021. V. anche Cassazione civile, Sez. III, 26 agosto 2020, n. 17814: cfr. *Responsabilità del creditore procedente o dell’agente per la riscossione in caso di mancato trasferimento del bene aggiudicato*, in *IlCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 25633 - pubb. 09/07/2021. La vendita forzata – anche nel caso di esecuzione disciplinata dal d.P.R. n. 602 del 1973 – non ha natura negoziale, ma costituisce attività che si svolge nell’ambito di un processo e sotto la direzione del giudice dell’esecuzione, sicché né il creditore (nell’espropriazione ordinaria), né l’agente della riscossione (nella procedura giurisdizionale di riscossione coattiva) assumono obbligazioni dirette, di natura contrattuale o precontrattuale, nei confronti dell’aggiudicatario; ne consegue che non è configurabile, in caso di mancato trasferimento del bene aggiudicato, una loro responsabilità contrattuale ex artt. 1218 e ss. c.c. o precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., fermo restando il dovere di “*neminem laedere*” sanzionato dall’art. 2043 c.c., con conseguente risarcibilità del cosiddetto interesse negativo – e non di quello contrattuale positivo – in relazione all’acquisto del bene aggiudicato. Analoghe considerazioni dovrebbero valere in via di principio pure per il procedimento amministrativo *iure imperii* (ferma restando perciò la giurisdizione amministrativa), non soltanto per il processo giurisdizionale.

Innanzitutto, si fa presente come il giudizio di buona fede e correttezza civilistica sia di fatto non facilmente distinguibile da quello di buon andamento e correttezza amministrativa.³⁹⁸

Ciò perché i principi di economicità, efficienza, efficacia e ragionevolezza dell'azione amministrativa costituiscono regole di azione che svolgono un essenziale effetto conformatore ed una funzione di limite alla libertà di valutazione della p.a.: la loro osservanza è materia di sindacato giurisdizionale, attenendo ciò alla sfera di legittimità e non a quella propriamente discrezionale.

Il problema del controllo di esistenza e liceità della condotta che causa in concreto il danno sorge sia per gli atti di amministrazione *iure imperii* che *iure communi privatorum* e tale vaglio viene effettuato a prescindere che il titolo sia nominato interesse legittimo ovvero diritto soggettivo; solo in questo secondo caso però dovrebbero trovare attuazione i doveri di correttezza e buona fede di matrice civilistica, mentre nel primo vige il principio generale di buon andamento ex art. 97 Cost. (che non esclude affatto la buona fede e correttezza civilistica, ma ne amplia l'ambito di riferimento, dovendosi prendere in considerazione anche gli interessi dei terzi e della collettività).³⁹⁹

³⁹⁸ Cfr. Art. 107 (Funzioni e responsabilità della dirigenza), comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – Testo unico degli enti locali (TUEL): “I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della *correttezza amministrativa*, della efficienza e dei risultati della gestione” e Art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni), comma 1, del d.lgs. n. 50/2016: “L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e *correttezza*. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”, mentre al comma 8 dell'art. 30 è previsto che “Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile” (comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), della legge n. 120 del 2020). Emerge *per tabulas* che la disciplina civilistica si applica solo “alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione”, per il resto applicandosi la disciplina di diritto amministrativo (d.lgs. n. 50/2016 e l. n. 241/1990). Vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1415, ove la decisione di revocare l'intera procedura di gara è maturata per ragioni di opportunità e, segnatamente, per evitare che un nuovo provvedimento di aggiudicazione della concessione allo stesso operatore, in quanto probabilmente non pienamente conforme alle indicazioni del giudice amministrativo (che aveva annullato la precedente aggiudicazione), potesse essere oggetto di una nuova impugnazione e vedere in quel giudizio l'Ente ancora una volta soccombente, con probabili ricadute patrimoniali, se non in punto di danni, certamente per le spese del giudizio. L'opportunità di evitare un probabile contenzioso all'esito del quale l'Amministrazione possa risultare soccombente può essere, in linea teorica, valida ragione di riesame del provvedimento amministrativo (sicuramente, rilevati vizi di legittimità, per disporre l'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* l. 7 agosto 1990, n. 24, ma anche), per disporre la revoca (in assenza di vizi di legittimità), ma solo a condizione che appaia ora inopportuna o non conveniente la scelta precedentemente assunta (potendo rientrare tale evenienza nei “sopravvenuti motivi di pubblico interesse” di cui all'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990; per una vicenda simile cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275), altrimenti comportando una intollerabile cesura nella cura dell'interesse pubblico primario perseguito dall'Amministrazione. Fra i motivi di ricorso, il ricorrente ha proposto la censura di violazione del principio di buona fede e correttezza per non aver atteso l'esito del giudizio d'appello avverso la sentenza di primo grado che aveva annullato la prima aggiudicazione, prima di disporre la revoca dell'intera procedura di gara, sebbene anche in sede di rivalutazione dell'offerta la commissione le avesse attribuito il miglior punteggio, così nuovamente reputando la sua la migliore offerta ricevuta dall'Amministrazione, e senza considerare che dalla (nuova) proposta di aggiudicazione della commissione era decorso il tempo previsto dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici di consolidazione della stessa, per cui essa doveva ritenersi tacitamente approvata.

³⁹⁹ Da ultimo, vedasi Corte di giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, Sentenza 15 aprile 2021, nelle cause riunite C-798/18 e C-799/18, aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Roma) con

ordinanze del 28 settembre 2018, pervenute in cancelleria il 17 dicembre 2018, nei procedimenti Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. (C-798/18), Athesia Energy Srl e a. (C-799/18) contro Ministero dello Sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, nei confronti di Elettricità Futura, Unione delle imprese elettriche italiane, Confederazione generale dell'agricoltura italiana - Confagricoltura. L'Anie rappresenta le imprese che esercitano, in Italia, un'attività diretta alla produzione di beni e/o servizi nel settore elettrotecnico ed elettronico, o in settori affini. Si tratta di una "federazione di primo livello", al cui interno sono costituite le associazioni di settore, tra cui l'associazione Anie Energie Rinnovabili, volta alla tutela dell'industria del settore delle energie rinnovabili. Gli altri ricorrenti nei procedimenti principali sono società e imprenditori individuali, titolari e responsabili di uno o più impianti fotovoltaici di potenza superiore a 200 kW, situati in diverse località del territorio italiano, che hanno stipulato con il GSE convenzioni ventennali, qualificate come contratti di diritto privato ai sensi del diritto italiano, per il riconoscimento della tariffa incentivante per la produzione di energia elettrica da conversione fotovoltaica. Tali ricorrenti beneficiavano quindi degli incentivi previsti all'articolo 7 del decreto legislativo n. 387/2003 e all'articolo 25 del decreto legislativo n. 28/2011. Il GSE è una società pubblica interamente controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, alla quale sono attribuite numerose funzioni di natura pubblicistica nel settore energetico. Il regime italiano di incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici è stato modificato dall'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014, attuato con decreti ministeriali del 16 e del 17 ottobre 2014, di cui i ricorrenti nei procedimenti principali chiedono l'annullamento dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Roma). Il giudice del rinvio rileva, sostanzialmente, che l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014 ha previsto una rimodulazione degli incentivi per gli impianti con potenza superiore a 200 kW al fine di ottimizzare la gestione dei tempi di raccolta ed erogazione degli incentivi nonché di favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili. Detto giudice fa altresì presente che, con tale disposizione, il legislatore italiano ha imposto agli operatori del settore interessato il passaggio a un diverso sistema tariffario a seconda di una delle opzioni previste al comma 3 di detta disposizione. È pacifico che ciascuna di tali opzioni inciderebbe in senso peggiorativo sulla situazione degli operatori medesimi quale stabilita nelle convenzioni di incentivazione stipulate tra essi e il GSE, esplicando un effetto novativo sugli elementi della durata o dell'importo delle tariffe incentivanti. In particolare, il giudice del rinvio rileva che, ai sensi dell'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014, per il secondo semestre del 2014, le tariffe incentivanti dovevano essere erogate sotto forma di rate mensili costanti pari al 90% della producibilità media annua stimata di ciascun impianto nell'anno solare di produzione, effettuando poi un conguaglio in relazione alla produzione effettiva. Pertanto, tale disposizione ha modificato le condizioni contrattuali in essere, sostituendo il criterio della "produzione effettiva" con quello della "producibilità media annua", senza considerare il fatto che i beneficiari degli incentivi in questione hanno acceduto al regime di sostegno a condizioni diverse. I ricorrenti nei procedimenti principali sostengono dinanzi al giudice *a quo* che i decreti ministeriali del 16 e 17 ottobre 2014 hanno inciso negativamente su rapporti in corso, già definiti dai rispettivi provvedimenti di concessione e dalle relative convenzioni stipulate di conseguenza con il GSE, venendo pertanto a ledere in modo consistente il loro legittimo affidamento. Essi deducono altresì una violazione del principio della certezza del diritto e della direttiva 2009/28, nella misura in cui l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014 ha introdotto retroattivamente misure incentivanti meno favorevoli, tali da sovvertire le condizioni iniziali di investimenti già realizzati, e dovrebbe pertanto essere disapplicato in quanto contrario al diritto primario e derivato dell'Unione. Il giudice del rinvio rileva che i procedimenti principali si collocano in un vasto contenzioso nell'ambito del quale imprese che si trovano in situazioni analoghe a quella dei ricorrenti nei procedimenti principali hanno sollevato le stesse questioni poste nei procedimenti principali. Lo stesso giudice del rinvio aveva quindi sottoposto alla Corte costituzionale la questione della costituzionalità dell'articolo 26, comma 3, del decreto-legge n. 91/2014. La Corte costituzionale, con la sentenza del 24 gennaio 2017, n. 16, ha dichiarato che tale disposizione non era contraria alla Costituzione italiana, rilevando che essa costituisce un intervento rispondente a un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica. Essa ha inoltre dichiarato che la modifica del regime di incentivi di cui ai procedimenti principali non è stata imprevedibile né improvvisa, per cui un operatore economico prudente e accorto avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione legislativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno. Il giudice del rinvio ritiene, tuttavia, che detta sentenza della Corte costituzionale non abbia risolto talune questioni rilevanti ai fini della soluzione delle controversie principali e che occorra sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale al fine di stabilire se sia consentito al legislatore nazionale, in forza del diritto dell'Unione, intervenire in un modo che pregiudichi non solo il regime generale di incentivazione, applicabile alle imprese del settore interessato, bensì parimenti le convenzioni concluse individualmente da tali imprese con una società pubblica, nel caso di specie il GSE, ai fini della determinazione delle concrete misure incentivanti per un periodo di 20 anni. Il giudice del rinvio si chiede, in particolare, se le disposizioni nazionali in questione siano compatibili con i principi generali della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, in quanto l'intervento legislativo oggetto dei

procedimenti principali ha modificato unilateralmente le condizioni giuridiche sulla cui base i ricorrenti nei procedimenti stessi avevano impostato la propria attività economica, e ciò in assenza di circostanze eccezionali che giustificerebbero una simile modifica. Per queste stesse ragioni, tale giudice nutre altresì dubbi quanto alla compatibilità di tali disposizioni con gli articoli 16 e 17 della Carta, riguardanti, rispettivamente, la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, nonché con l'articolo 10 della Carta dell'energia. Inoltre, secondo detto giudice, le disposizioni nazionali di cui trattasi potrebbero essere contrarie all'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28, nella misura in cui possono incidere negativamente sui regimi di sostegno alla produzione dell'energia elettrica da impianti fotovoltaici, i quali, in forza di tale direttiva, dovrebbero essere caratterizzati da stabilità e costanza. Tali disposizioni potrebbero altresì pregiudicare gli obiettivi della politica energetica, ai sensi di detta direttiva. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 e gli articoli 16 e 17 della Carta, letti alla luce dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, nonché l'articolo 10 della Carta dell'energia debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica. In primo luogo, i giudici comunitari sottolineano che – ai sensi della direttiva 2009/28/Ce – gli Stati membri dell'Unione europea “possono” adottare regimi di sostegno, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Si tratta quindi di una possibilità ma non di un obbligo, dal momento che è un potere discrezionale che dà agli Stati membri libertà di “adottare, modificare o sopprimere regimi di sostegno” purché, naturalmente, questo non impedisca o contrasti il raggiungimento degli obiettivi in materia di FER indicati dalla direttiva medesima. Peraltro, occorre sottolineare che, come risulta da costante giurisprudenza, quando gli Stati membri adottano, in tal modo, misure tramite le quali danno attuazione al diritto dell'Unione, essi sono tenuti a rispettare i principi generali di tale diritto, tra i quali figurano, in particolare, il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, ECLI:EU:C:2019:605, punti 27 e 28, nonché giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 non osta a una normativa nazionale, quale l'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014, che modifica un regime di sostegno riducendo le tariffe e modifica le modalità di pagamento di incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici, purché tale normativa rispetti detti principi. Nel caso di specie, dagli atti sottoposti alla Corte risulta che le convenzioni concluse dal GSE con i gestori di impianti fotovoltaici interessati, in applicazione dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 387/2003, nonché dell'articolo 25, comma 10, del decreto legislativo n. 28/2011, erano state concluse *ad hoc* e individualmente e che tali convenzioni indicavano le tariffe incentivanti specifiche e la durata della loro erogazione. Risulta, pertanto, che gli incentivi assegnati sulla base di tali disposizioni e confermati da dette convenzioni non costituivano semplici interessi o opportunità di carattere commerciale, ma avevano un valore patrimoniale. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza richiamata *supra*, affinché il diritto alla percezione di incentivi come quelli oggetto dei procedimenti principali possa rientrare nella tutela offerta dall'articolo 17 della Carta, occorre parimenti esaminare se tale diritto costituisca una posizione giuridica acquisita, ai sensi di tale giurisprudenza (v., per analogia, sentenza del 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punto 36). La Corte ha ricordato, al punto 61 della sentenza del 3 settembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Commissione* (C-398/13 P, ECLI:EU:C:2015:535), che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risulta che un reddito futuro può essere considerato un “bene” che può godere della tutela dell'articolo 17 della Carta solo se è stato già percepito, se è stato oggetto di un credito certo oppure in presenza di circostanze specifiche che possono fondare, in capo all'interessato, il legittimo affidamento di conseguire il valore patrimoniale. Occorre pertanto esaminare, la portata dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento per quanto riguarda la normativa nazionale di cui ai procedimenti principali. Secondo costante giurisprudenza della Corte, il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza (sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, ECLI:EU:C:2019:605, punti 29 e 30, nonché giurisprudenza ivi citata). Secondo giurisprudenza parimenti costante della Corte, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare

legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, ECLI:EU:C:2019:605, punto 31, nonché giurisprudenza ivi citata). Spetta al giudice del rinvio esaminare se una normativa nazionale come quella di cui ai procedimenti principali sia conforme a tali principi; la Corte, allorché statuisce su un rinvio pregiudiziale a norma dell'articolo 267 TFUE, è competente esclusivamente a fornire a detto giudice tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto dell'Unione che possono consentirgli di valutare tale conformità. A tal fine, il giudice del rinvio può tener conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione (v., in particolare, sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, ECLI:EU:C:2019:605, punti 33 e 34 nonché giurisprudenza ivi citata). In secondo luogo – osservano i giudici – l'articolo 25 del d.lgs. n. 28/2011 aveva stabilito che l'incentivo per gli impianti fotovoltaici dovesse essere disciplinato “da un decreto ministeriale che fissa un limite annuale della potenza elettrica cumulata di simili impianti ammissibili a beneficiare delle tariffe incentivanti e che prevede tali tariffe tenendo conto della riduzione del costo delle tecnologie e degli impianti (...)”. Tale disposizione normativa avrebbe dovuto indicare sin dall'inizio, “a operatori economici prudenti e avveduti”, la possibilità che il regime incentivante applicabile al fotovoltaico potesse essere “adattato, o addirittura soppresso, dalle autorità nazionali per tener conto dell'evoluzione di determinate circostanze”. Infine, per quanto riguarda le convenzioni in Conto energia concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE, firmate sulla base di contratti-tipo: dagli atti sottoposti alla Corte risulta che, da un lato, le convenzioni concluse con i proprietari degli impianti fotovoltaici interessati entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012 si limitavano a prevedere le condizioni pratiche dell'erogazione degli incentivi, assegnati sotto forma di una precedente decisione amministrativa adottata dal GSE (secondo il governo italiano, tali convenzioni sono state qualificate dalla Corte costituzionale come contratti di diritto pubblico facenti seguito a un atto amministrativo); dall'altro lato, per quanto riguarda gli incentivi per gli impianti entrati in esercizio successivamente al 31 dicembre 2012, tali incentivi erano “assegnati”, come risulta dalla formulazione dell'articolo 24, comma 2, lettera d), del decreto legislativo n. 28/2011, mediante contratti di diritto privato stipulati tra il GSE e gli enti responsabili degli impianti interessati, sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Di conseguenza, come rilevato dal governo italiano, risulta che le convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE erano firmate sulla base di contratti-tipo, che esse non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, quanto meno per quanto riguarda le convenzioni concluse dopo il 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi, come espressamente indicato in tali convenzioni. Detti elementi costituivano, quindi, un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi: perciò i giudici europei ribadiscono che – come già osservato dalla Consulta nella sentenza 24 gennaio 2017, n. 16 – in tali convenzioni è espressamente indicato il diritto del GSE “di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi (...)”. Un'indicazione sufficientemente chiara della possibilità che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi. Le misure previste all'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014 non incidono peraltro sugli incentivi già erogati, ma sono applicabili unicamente a decorrere dall'entrata in vigore di tale decreto-legge e unicamente agli incentivi previsti, ma non ancora dovuti. Di conseguenza, tali misure non sono retroattive, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti nei procedimenti principali. Tutte queste circostanze sembrano risultare chiaramente, sempre fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare, dalla normativa nazionale oggetto dei procedimenti principali, cosicché la loro applicazione era, in linea di principio, prevedibile. Infatti, dagli atti di cui dispone la Corte risulta che le disposizioni normative di cui ai procedimenti principali sono state debitamente pubblicate, che esse erano sufficientemente precise e che i ricorrenti nei procedimenti principali erano a conoscenza del loro contenuto. Pertanto, un operatore economico prudente e accorto non può far valere una lesione dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento a causa delle modifiche apportate a tale normativa. Di conseguenza, si deve dichiarare che, come rilevato anche dall'Avvocato generale al paragrafo 48 delle proprie conclusioni, il diritto fatto valere dai gestori di impianti fotovoltaici interessati di beneficiare degli incentivi di cui ai procedimenti principali in modo immutato per l'intera durata delle convenzioni da essi concluse con il GSE non costituisce una posizione giuridica acquisita e non rientra nella tutela prevista all'articolo 17 della Carta, ragion per cui la modifica degli importi di tali incentivi o delle modalità della loro erogazione, effettuata da una disposizione nazionale quale l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014, non può essere assimilata a un pregiudizio del diritto di proprietà come riconosciuto al suddetto articolo 17. Per quanto riguarda l'articolo 16 della Carta, occorre ricordare che esso sancisce la libertà d'impresa e prevede che essa sia riconosciuta conformemente al diritto dell'Unione, nonché alle legislazioni e prassi nazionali. Al riguardo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la tutela conferita da tale articolo 16 implica la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libera concorrenza, come emerge dalle spiegazioni relative a questo stesso articolo, le quali, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo

comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, devono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima (sentenza del 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punto 42 e giurisprudenza ivi citata). La libertà contrattuale, ai sensi dell'articolo 16 della Carta, si riferisce, in particolare, alla libera scelta della controparte economica nonché alla libertà di determinare il prezzo richiesto per una prestazione (sentenza del 20 dicembre 2017, *Polkomtel*, C-277/16, ECLI:EU:C:2017:989, punto 50). Nel caso di specie, i ricorrenti nei procedimenti principali sostengono che l'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014 pregiudica la libertà contrattuale dei beneficiari degli incentivi previsti dalle convenzioni concluse con il GSE, nonché il loro diritto di disporre liberamente delle loro risorse economiche e finanziarie, avendo tale decreto-legge modificato le condizioni di assegnazione di tali incentivi. Orbene, come già rilevato *supra*, dagli atti sottoposti alla Corte risulta che, da un lato, le convenzioni concluse con i proprietari degli impianti entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012 prevedevano unicamente le condizioni pratiche per l'erogazione degli incentivi assegnati con decisioni amministrative precedenti e che, dall'altro, gli incentivi per gli impianti entrati in esercizio dopo tale data risultavano confermati da contratti-tipo conclusi tra il GSE e i gestori degli impianti interessati che fissavano unicamente le modalità di erogazione di tali incentivi. Di conseguenza, risulta che i ricorrenti nei procedimenti principali non disponevano del potere negoziale in ordine al contenuto delle convenzioni stipulate con il GSE. Infatti, come rilevato dall'Avvocato generale al paragrafo 70 delle sue conclusioni, quando si tratta di un contratto-tipo redatto da una parte contrattuale, la libertà contrattuale della controparte consiste, in sostanza, nel decidere se accettare o meno le condizioni del contratto stesso. Inoltre, come rilevato, almeno per quanto riguarda le convenzioni concluse successivamente al 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni delle medesime. Pertanto, fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare, non si può ritenere che la normativa nazionale di cui ai procedimenti principali costituisca un'ingerenza nella libertà contrattuale delle parti delle convenzioni oggetto dei procedimenti principali, ai sensi dell'articolo 16 della Carta. Peraltro, la libertà d'impresa sancita in quest'ultima disposizione comprende anche il diritto di ogni impresa di poter liberamente utilizzare, nei limiti della responsabilità per le proprie azioni, delle risorse economiche, tecniche e finanziarie di cui dispone (sentenze del 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, punti 49-50, e del 30 giugno 2016, *Lidl*, C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498, punto 27). Una restrizione di tale diritto è costituita, in particolare, dall'obbligo di adottare misure che possono rappresentare, per un operatore economico, un costo notevole, avere un impatto considerevole sull'organizzazione delle sue attività o richiedere soluzioni tecniche difficili e complesse. Tuttavia, nel caso di specie, non risulta che l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014 abbia ristretto il diritto dei gestori degli impianti fotovoltaici interessati di utilizzare liberamente risorse di cui dispongono, dal momento che le tariffe incentivanti, quali assegnate dagli atti amministrativi e fissate nelle convenzioni concluse tra i gestori stessi e il GSE, non possono essere considerate risorse di tal genere, in quanto si tratta solo di incentivi previsti ma non ancora dovuti, e tali gestori non possono far valere un legittimo affidamento sul fatto che essi beneficerebbero di tali incentivi in modo invariato. Di conseguenza, si deve dichiarare che una disposizione nazionale quale l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014 non può essere considerata una violazione della libertà d'impresa sancita dall'articolo 16 della Carta. Infine, considerato che il giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità dell'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014 con l'articolo 10 della Carta dell'energia, occorre rilevare che, alla luce dell'articolo 216, paragrafo 2, TFUE, la Carta, costituendo un accordo misto, vincola le istituzioni dell'Unione europea e gli Stati membri. Orbene, nel caso di specie, dagli atti di cui dispone la Corte non risulta che uno o più investitori interessati siano investitori delle altre parti contraenti ai sensi dell'articolo 10 della Carta dell'energia o che essi abbiano dedotto una violazione di tale articolo in tale qualità di investitore. Di conseguenza, l'articolo 10 della Carta dell'energia non risulta applicabile ai procedimenti principali, cosicché non occorre esaminare la compatibilità della normativa nazionale con tale disposizione. Alla luce di tutti i suesposti rilievi, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che, fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 e gli articoli 16 e 17 della Carta, letti alla luce dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti. V. anche Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2021 in materia di gare per la riattribuzione delle concessioni dei giochi e di importi dovuti dai concessionari operanti in regime di proroga tecnica. Come già riconosciuto dalla giurisprudenza della stessa Corte, la pervasiva componente pubblicitaria che caratterizza il settore dei giochi pubblici può giustificare l'imposizione di sacrifici o limitazioni, in funzione del perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla regolazione di queste attività imprenditoriali.

Per cui si potrebbe tutt'al più immaginare un fenomeno di continenza ed assorbimento dei principi civilistici all'interno del più ampio contenitore di stampo pubblicistico.⁴⁰⁰

Inoltre, il criterio tipico per stabilire la giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo non può mai essere accolto se non ha una valida giustificazione giuridica. I casi tipizzati *ex lege* sono già valutati in linea di principio in modo positivo dall'ordinamento ma resta da valutare in concreto se un certo criterio di riparto sia meritevole di approvazione.

A prescindere però da come venga denominata la posizione giuridica fatta valere in giudizio, il vaglio di tali posizioni soggettive deve essere effettuato in modo oggettivo, altrimenti il panorama giudiziale potrebbe rimanere frammentato come ora. La Cassazione, infatti, lascia nelle mani del giudice di merito – che può dare al rapporto controverso o ai fatti, che siano stati allegati quali *causa petendi* dell'esperita azione, una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dalle parti (potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale)⁴⁰¹ e rilevare d'ufficio eventuali profili di difetto di giurisdizione – la valutazione se l'assetto (imperativo o negoziale) divisato dall'interessato corrisponde al riparto giurisdizionale voluto dal dettato legislativo e dal diritto vivente, se soddisfa l'interesse di entrambe le controparti o di uno solo e in che misura.

⁴⁰⁰ La discrezionalità dell'amministratore nell'individuare la soluzione più idonea a realizzare nel caso concreto l'interesse pubblico può dirsi legittimamente esercitata solo in quanto risultino osservati i criteri informativi dell'agere della p.a., come dettati in via generale dall'art. 97 Cost. e codificati dalla L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1, quanto a "economicità, efficacia e pubblicità", e dal d.lgs. n. 286 del 1999, art. 1; la rispondenza in concreto delle scelte degli amministratori a questi criteri è soggetta al controllo di giuridicità sostanziale della Corte dei conti, in quanto si tratta di criteri che, travalicando la "riserva di amministrazione" (intesa come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico), rientrano nella legittimità e non nella mera opportunità dell'azione amministrativa.

La Corte di legittimità ha da tempo univocamente evidenziato i limiti della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della p.a. (L. n. 20 del 1994, art. 1), anche recentemente ribadendo – in una fattispecie nella quale si è affermata la giurisdizione contabile in un giudizio di responsabilità concernente un funzionario regionale che aveva contribuito a determinare a condizioni diseconomiche l'importo di un accordo transattivo con un soggetto privato che (Cass. SSUU n. 8848/2020): "in tema di giudizi di responsabilità amministrativa, la Corte dei conti può valutare, da un lato, se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati – anche con riguardo al rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti – oppure esorbitanti ed estranei rispetto al fine pubblico da perseguire e, dall'altro, se nell'agire amministrativo gli amministratori stessi abbiano rispettato i principi di legalità, di economicità, di efficacia e di buon andamento, i quali assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa".

Cass. SSUU n. 30527/2019 – in una fattispecie nella quale era stata contestata ad assessori e dirigenti provinciali la stipulazione di contratti di locazione ingiustificatamente onerosi per il tempo della stipulazione stessa e le caratteristiche dei locali – ha stabilito che "l'insindacabilità "nel merito" delle scelte discrezionali compiute da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, potendo e dovendo la Corte dei conti verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, rilevanti sul piano non della mera opportunità bensì della legittimità dell'azione amministrativa".

Ciò perché i criteri di economicità ed efficacia, già considerati della L. 7 agosto 1990, n. 241, ex art. 1, assumono rilevanza sul piano, non della mera convenienza od opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione; questo controllo di ragionevolezza deve permettere la verifica della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere (Cass., Sez. U., nn. 6820/2017; 30419/2018; 3159/2019). Ha osservato Cass. SSUU n. 6462/2020 che "il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione qualora censuri, non già la scelta amministrativa adottata, bensì il modo con il quale quest'ultima è stata attuata, profilo che esula dalla discrezionalità amministrativa, dovendo l'agire amministrativo comunque ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia".

⁴⁰¹ Da ultimo, nella recentissima ordinanza n. 18 dell'11 febbraio 2021, ad esempio, la Corte costituzionale ha anzitutto richiamato la propria precedente giurisprudenza per ricordare che – al di là di come sono poste occasionalmente le questioni di legittimità costituzionale – ciò "non può impedire al giudice delle leggi l'esame pieno del sistema nel quale le norme denunciate sono inserite" (ordinanza n. 183 del 1996; nello stesso senso, sentenza n. 179 del 1976 e ordinanze n. 230 del 1975 e n. 100 del 1970).

Gli interpreti, quindi, dovranno valutare attentamente, in funzione del principio di certezza del diritto, se le controversie abbiano ad oggetto *“gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all’esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni”* in materia di giurisdizione esclusiva o meno, compresa la tutela risarcitoria, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle estranee.

In altre parole, il giudice amministrativo conosce dell’esercizio del potere pubblico (interessi legittimi), per pubblica utilità, mentre di contro il sindacato del giudice ordinario è limitato ai diritti conseguenti al predetto esercizio di potere (es. contratti pubblici o rapporti di utenza). Attribuire al giudice ordinario la possibilità di annullare atti amministrativi significa negare ad un tempo lo Stato di diritto, la Carta costituzionale e l’assetto di riparto giurisdizionale consolidato sin dalla legge n. 2248/1865. Infatti, ai sensi dell’art. 357 c.p., così come modificato dalla legge n. 86/1990 e dalla legge n. 181/1992, è pubblico ufficiale anche chi esercita una *“pubblica funzione amministrativa”*, funzione che viene definita dal comma successivo come quella *“disciplinata da norme di diritto pubblico e da altri atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”*. La funzione amministrativa, quindi, viene definita sulla base di parametri esterni ed interni. I parametri esterni consistono nella regolamentazione di essa da parte di norme di diritto pubblico e di atti autoritativi, mentre gli elementi di riconoscimento interno consistono nello svolgimento di funzioni relative all’attività di formazione e manifestazione della volontà dell’Amministrazione pubblica e nell’esercizio di poteri autoritativi o certificativi. E ciò a prescindere dalla discrezionalità o meno del potere: vero è che il verbo “potere” indica una mera possibilità d’azione (cosa che rievoca la discrezionalità), ma altrettanto vero è che il sostantivo “potere” configura una potestà dettata da supremazia (ricomprendendo sia la possibilità sia il dovere di esercizio di una data prerogativa).

In tema di riparto di giurisdizione, la segnalazione alla autorità giudiziaria della posizione di “interesse legittimo” del soggetto ha quale presupposto una nozione di “correttezza” diversa e più ampia rispetto a quella propria della materia civilistica, sicché lo sbilanciamento tra soggetto attivo e passivo del danno, pur non fornendo da solo la prova della responsabilità amministrativa (potendo essere superato dalla prospettiva di buon andamento, o da eventuali internalizzazioni di esternalità), deve essere comunque attentamente valutato, perché l’eventuale presenza dell’interesse pubblico prevalente teso a soddisfare esigenze generali mediante strumenti autoritativi costituisce uno dei tipici fatti esteriori rivelatori della giurisdizione amministrativa e dell’impotenza dell’istante. Nella giurisdizione amministrativa, quindi, il significato della “correttezza” è radicalmente diverso dall’accezione che il concetto riveste in quella ordinaria, perché nella prima la funzione amministrativa è elemento strutturale, a rappresentare il limite del potere pubblico.

Nel contesto dell’azione amministrativa, pertanto, la controparte diviene soggetto passivo del vincolo assunto per mezzo del provvedimento o comportamento collegato al potere pubblico. La posizione giuridica di costui è qualificabile alla stregua di una soggezione, consistente in una sopportazione forzata di effetti che non gli sono riferibili né in via diretta né per il tramite sostanziale della funzionalizzazione all’interesse pubblico. Nondimeno, quando il provvedimento o comportamento cui si riferisce il preteso danno rientra fra quelli collegati al potere pubblico, è irrilevante che il provvedimento o comportamento inerisca ad un procedimento di amministrazione negoziata e consensuale, poiché quand’anche vi sia stato un contatto sociale qualificato fra le parti deve ritenersi sussistente la giurisdizione amministrativa. Il soggetto assurge a parte necessaria del procedimento, ma ciò non crea una obbligazione civilistica, sol che si consideri che il diritto amministrativo è oggetto di una disciplina imperativa discendente dal regime indisponibile e inderogabile *ope legis*.

Deve quindi concludersi che nel predetto caso non si ponga un problema di tutela dell’affidamento, ove tutti gli operatori del mercato sono tenuti ad effettuare la corretta interpretazione e la limitazione degli effetti di una simile interpretazione, consolidata nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Ogni volta che siano soddisfatti i due criteri essenziali del riparto, e cioè la presenza di un soggetto pubblico (elemento soggettivo) e il nesso funzionale con il potere pubblico (elemento oggettivo),

competete alla giurisdizione amministrativa assicurare la tutela della buona fede e correttezza e il rischio di gravi inconvenienti negli ambiti interessati (soprattutto ora, dopo che è stata superata la cd. pregiudiziale amministrativa e la tutela risarcitoria risulta essere ammessa in via autonoma nella sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta senza alcuna necessità di previo annullamento di atti e provvedimenti amministrativi).

Del resto, come condivisibilmente osservato in dottrina, una regola che imponga un criterio di riparto tendenzialmente omogeneo ha l'indubbia funzione di semplificare il quadro attuale e di consentire un più agevole controllo da parte del giudice, che è tenuto ad analizzare i dettagli della condotta e, in particolare, gli elementi legati all'esercizio di un pubblico potere delle pubbliche amministrazioni. In questo modo si facilita la comparabilità della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo e si persegue l'obiettivo di assicurare un maggior livello di certezza del diritto tra gli interpreti, limitando gli effetti del conflitto di giudicati e dell'asimmetria informativa.

Per tutte queste ragioni, congiuntamente considerate, le considerazioni svolte dall'ordinanza della Cassazione, Sez. Un. Civili, 28 aprile 2020, n. 8236 (ed epigoni), in rappresentanza di un orientamento giurisprudenziale alquanto diffuso, non meritano accoglimento, dovendosi ritenere, in linea con la più recente giurisprudenza di merito e con quella della Corte costituzionale, che la distinzione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, pur se abbia parzialmente perso rilevanza giuridica dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, conserva la sua importanza per gli effetti che si riverberano sul sistema dualistico approntato dall'ordinamento.

Quanto poi al criterio per la determinazione della giurisdizione deve condividersi il criterio fatto proprio dalla giurisprudenza richiamata che utilizza il medesimo criterio scelto dal giudice delle leggi (ovvero quello del collegamento al potere pubblico), non rivenendosi invero motivi per applicare un diverso criterio, trattandosi sempre di interessi legittimi.

Tale conclusione pare in realtà quella adottata dalla Corte costituzionale, ove la stessa sposa la tesi che il collegamento, anche mediato, all'esercizio di un pubblico potere delle pubbliche amministrazioni vada letto nel senso che deve essere utilizzato detto metodo al fine di procedere al riparto della giurisdizione, ovvero prendendo in considerazione gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, ad esso riconducibili, per capire se la totalità dei costi e sacrifici sopportati dal privato derivino dall'equo temperamento delle contrapposte posizioni in proporzione allo scopo perseguito in concreto. Se tale è il criterio di determinazione della giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo, non si vedono le lacune nella decisione della Corte costituzionale che la prassi ricorrente tende ad alimentare circa l'istituto della giustizia amministrativa.

Sarebbe invero contraddittorio sostenere da un lato che la giurisdizione del giudice amministrativo deve riguardare tutti gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti "autoritativi" riconducibili al potere, superando la distinzione tra quelli vincolati e discrezionali, e poi nuovamente richiamare detta distinzione al fine di individuare il metodo di riparto ritenuto corretto, in violazione dei fini della distinzione qui ampiamente esaminata.

Deve farsi applicazione del criterio di riparto "tradizionale" utilizzato da parte della giurisprudenza (che non risulta essere stato specificamente contestato quanto alla corretta applicazione e che trova invero pieno riscontro applicando il criterio contenuto nelle decisioni della Corte costituzionale), con la precisazione di cui sopra rispetto al contatto sociale.⁴⁰²

⁴⁰² È appena il caso di osservare al riguardo come la cosiddetta responsabilità "da contatto sociale", soggetta alle regole della responsabilità contrattuale pur in assenza d'un vincolo negoziale tra danneggiante e danneggiato, è configurabile non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico conferitogli da altri, nuoccia a terzi, come conseguenza riflessa dell'attività così espletata, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta, imposta dalla legge allo specifico fine di tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, tanto più ove il fondamento normativo della responsabilità si individui nel riferimento dell'art. 1173 cod. civ. agli altri atti o fatti idonei a produrre

Il giudizio sulla liceità di una condotta della p.a., reputata in contrasto con la legislazione primaria e secondaria e con i principi costituzionali di buon andamento, efficienza ed efficacia della p.a., dipende dal suo contenuto effettivo rispetto alla cornice normativa di riferimento e si giustifica alla stregua degli effetti che ne potrebbero scaturire, in considerazione della sua incidenza sui poteri pubblici e sulle facoltà inerenti ai diritti di cittadini e imprese; con tutto quanto ne consegue in termini anche di sola astratta configurabilità di un affidamento incolpevole.

Poi il lungo e approfondito *excursus* sul tema del riparto ha evidenziato alcune problematiche serie: se è vero che i diritti hanno una storia secolare (e nell'ambito dei diritti dell'uomo e del cittadino si individuano soprattutto le libertà e la proprietà), al loro interno i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti all'uomo in quanto tale non hanno tutti lo stesso valore. L'unica Costituzione che non accetta il bilanciamento degli interessi è quella tedesca perché la dignità umana, diritto fondante di tutti i diritti della persona, non è bilanciabile con altri, non è negoziabile né deve essere posto in correlazione con altri diritti. È un diritto assoluto e immodificabile e irrinunciabile; la dignità umana nella Carta costituzionale tedesca è il diritto cardine che non può essere limitato o contenuto rispetto ad altri diritti.⁴⁰³ Nella nostra tradizione giuridica la dignità è considerata bilanciabile con gli altri diritti fondamentali. In altre parole, se si pensa, per esempio al caso del "mero" comunicato stampa di una Autorità pubblica (nella fattispecie esaminata era l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato), che è stato ricondotto nell'alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo ed a fronte del quale, in astratto, il privato vanta un diritto soggettivo all'onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno, si ha la impressione che la giurisprudenza non abbia correttamente inserito i diritti all'interno delle disposizioni che dipingono l'organizzazione dello Stato. Le nuove Costituzioni, quelle del secondo dopoguerra (Costituzioni italiana, tedesca, a quella portoghese e spagnola che sono le più recenti), che si aprono con le libertà fondamentali, nell'ambito di questa categoria includono anche le libertà economiche, e tra le libertà fondamentali c'è il diritto al lavoro, la tutela delle professioni e la libertà di impresa; e poi tutti quei diritti sociali che riguardano i rapporti di lavoro, i diritti previdenziali e quelle forme di cooperazione e sostegno che lo Stato dà all'individuo in base al principio di solidarietà. Nel caso del comunicato stampa di una Autorità pubblica, ma il discorso vale in generale, per determinare correttamente la giurisdizione occorre innanzitutto verificare se l'attività rientri nell'esercizio di un pubblico potere delle pubbliche amministrazioni (discrezionale o vincolato non fa differenza in punto di giurisdizione), potendo il diritto dell'interessato essere sacrificato (per non dire degradato o compresso) in nome dell'interesse generale, e a nulla rileva che, in astratto, il privato vanta un diritto soggettivo all'onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno: quest'ultima circostanza non ha alcun impatto sulla giurisdizione (che rimane quella amministrativa), ma potrà semmai portare alla responsabilità amministrativa della p.a., finanche da "contatto sociale", qualora ne sussistano i presupposti. Diverso è invece il caso in cui si ravvisi che il comunicato lesivo non sia espressione di una attività istituzionale autoritativa, ma di una condotta ad essa estranea (ad es. per opera di un hacker che ha "craccato" il sistema o per mano di un dipendente che ha agito per scopi personali o emulativi nei confronti del soggetto leso): venendo meno il nesso funzionale con il potere pubblico, per effetto della mera "occasionalità" slegata dalla funzione amministrativa, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice ordinario.

obbligazioni in dell'ordinamento giuridico (Cass., Sez. I, Sentenza 11/07/2012, n. 11642; Cassazione civile, Sez. III, 06 novembre 2020, n. 24952).

⁴⁰³ La Costituzione tedesca del 1949 all'art 1, comma 1, recita: "La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla". Di recente, la sentenza 5 maggio 2021 della Corte costituzionale tedesca ha "salvato" la legge sul coprifuoco, giudicandola proporzionata alle esigenze di salute pubblica perché in Germania il divieto di uscita notturno è limitato ai territori con più di 100 contagi ogni 100 mila abitanti: cfr. S. Occhipinti, *Coprifuoco: la Corte costituzionale tedesca dice sì* - Per la Bundesverfassungsgericht la legge sul divieto di uscita notturna, limitato ai territori in base al contagio, è proporzionata alle esigenze di salute pubblica, pubblicato in *Altalex* il 17/05/2021.

Secondo questa direttrice interpretativa e con l'obiettivo di coordinamento della disciplina civilistica e quella pubblicistica, in un'ottica di sistema e di non contraddizione dell'ordinamento, deve darsi continuità all'indirizzo interpretativo già espresso dalla Corte costituzionale.

In ultima analisi, come detto, il nucleo fondamentale della giurisdizione amministrativa consta delle controversie aventi ad oggetto “*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni*”, e questo nucleo contraddistingue l'intera giurisdizione amministrativa, essendo comune sia a quella di legittimità che a quella esclusiva (in quest'ultima – nelle materie stabilite *ex lege* – rientrano anche diritti soggettivi). Entro questa sistematica si colloca poi la tutela risarcitoria che per la lesione degli interessi legittimi spetta sempre e comunque al giudice amministrativo, mentre per la lesione dei diritti soggettivi appartiene al giudice amministrativo nel solo ambito della giurisdizione esclusiva (al di fuori è devoluta al giudice ordinario). In tale contesto è normale che si creino incertezze ed equivoci, ma va respinta la suggestione di un “diritto al risarcimento” spettante di regola al giudice ordinario, salvo per la eccezione della giurisdizione amministrativa esclusiva. Non è infatti al “diritto al risarcimento” che bisogna guardare, ma alla posizione soggettiva di cui si lamenta la lesione (interesse legittimo o diritto soggettivo). Il *busillis* è che il diritto soggettivo, al cospetto di un potere pubblico, assume la consistenza di interesse legittimo (degrada, si affievolisce o è compreso, che dir si voglia). Diviene quindi imprescindibile stabilire in quale veste opera la p.a. nel caso concreto, se *iure imperii* oppure *iure communi privatorum*. Tale è il criterio di determinazione della giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario.

In definitiva, occorre promuovere soluzioni volte a ottenere una netta cesura tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo in maniera tale che il riparto non diventi una sorta di “terno al lotto” rimesso al caso per i beneficiari, ma al contrario ponga un freno alle connesse e conseguenti degenerazioni della giurisprudenza “bipolare” che sfuggono a un criterio comprensibile. Vuol dire che le scelte dei giudici, perfino quelle di carattere spiccatamente nomofilattico della Cassazione, sfuggono a un criterio comprensibile? Non è detto che sia così. Ma appunto la circostanza per cui è possibile avanzare simili perplessità è in fondo una prova della contorta giurisprudenza di cui sopra, che vede persino la Cassazione travolta dall'incertezza del diritto.

Non bisogna infatti dimenticare che, oltre al criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario ed amministrativo (permanenza o meno dell'ente nella sfera della funzione pubblica e del potere amministrativo), il giudice deve tener conto del *discrimen* fra giudice ordinario e Corte dei conti (permanenza o meno dell'ente nella sfera della finanza pubblica) che ripropone in versione finanziaria il tradizionale criterio di riparto giurisdizionale.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Ferma restando l'insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico da parte degli organi governativi a ciò preposti, mediante ricorso a contratti in strumenti finanziari derivati, rientra invece nella giurisdizione contabile, in quanto attinente al vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità o convenienza dell'agire amministrativo, l'azione di responsabilità per danno erariale con la quale si faccia valere, quale *petitum* sostanziale, la *mala gestio* alla quale i dirigenti del Ministero del Tesoro (oggi MEF) avrebbero dato corso, in concreto, nell'adozione di determinate modalità operative e nella pattuizione di specifiche condizioni negoziali relative a particolari contratti in tali strumenti (Cassazione, Sez. Un. Civili, 1° febbraio 2021, n. 2157): cfr. *Gestione del debito pubblico mediante strumenti finanziari derivati: l'azione di responsabilità nei confronti dei dirigenti del MEF rientra nella giurisdizione contabile*, in *ILcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 24856 - pubb. 12/02/2021. In definitiva, la sentenza impugnata aveva erroneamente negato la giurisdizione contabile in materia, nonostante che la l. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, dovesse essere interpretato, pena la sua illegittimità costituzionale, nel senso che spetta al giudice contabile “il potere-dovere di valutare la conformità dell'agire pubblico, in ogni sua manifestazione, alla Costituzione, alla legge ed alle altre norme secondarie, nonché ai principi di economicità” (ric. pag. 49). Ricapitolando: “l'azione per danno erariale proposta nei confronti di una banca d'affari sulla base di un *petitum* sostanziale concernente l'inadempimento di obblighi contrattuali o ipotesi di responsabilità precontrattuale riconducibili al duplice ruolo di controparte in operazioni in strumenti finanziari derivati e di specialista del debito pubblico (D.P.R. n. 398 del 2003, art. 33 previg., D.M. Finanze n. 216 del 2009, art. 23), da essa svolto nel rapporto con il Ministero

Tuttavia, il sindacato della Corte dei conti non deve limitarsi a verificare se l'agente abbia compiuto l'attività per il perseguimento di finalità istituzionali, ma deve estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo: atti, provvedimenti e negozi di tipo privatistico.

Pur dovendo fare i conti con una legislazione inidonea a semplificare gli istituti di settore e che andrà senz'altro riformata per salvaguardare l'odierno assetto costituzionale (paradossalmente, allo stato, permane la anacronistica giurisdizione amministrativa esclusiva sulle concessioni a dispetto della natura contrattuale riconosciuta dal diritto vivente, mentre per converso si afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulla responsabilità da contatto sociale della p.a. e – incomprensibilmente – soltanto su alcune sanzioni amministrative), i giudici non possono e non devono abdicare al ruolo di garanti della certezza del diritto, specialmente in punto di giurisdizione.⁴⁰⁵

del Tesoro (oggi MEF), esula dalla giurisdizione contabile qualora tale rapporto non si connoti, in concreto, come relazione di servizio comportante l'assunzione, da parte della stessa, di potestà pubblicistiche ed il suo inserimento, anche temporaneo, nell'organizzazione interna del Ministero quale agente di questo in ordine alle scelte di negoziazione in strumenti finanziari derivati e di gestione del debito pubblico sovrano". Ha osservato Cass. SSUU n. 10324/2016 che la giurisdizione contabile va affermata allorché il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio di quelle funzioni per le quali possa dirsi che egli è inserito nell'apparato dell'ente pubblico, così da assumere la veste di agente dell'Amministrazione, "mentre, ben diversa è la situazione che si determina quando il pregiudizio di cui si pretende il ristoro sia conseguenza di comportamenti che il privato abbia assunto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione medesima. In tale evenienza, ad esser violato non è, infatti, il dovere, *lato sensu* pubblicistico, gravante sul contraente generale, di agire nell'interesse dell'amministrazione, bensì quello di adempiere correttamente le obbligazioni dedotte nel contratto, alle quali corrispondono diritti corrispettivi, su un piano di parità". Ha affermato Cass. SSUU n. 10231/2017, in fattispecie di appalto d'opera pubblica, che "il direttore dei lavori nominato dal contraente generale ai sensi del d.lgs. n. 190 del 2002, art. 9, comma 2, applicabile *ratione temporis*, non esercita alcun potere autoritativo e non può, quindi, ritenersi funzionalmente inserito nell'apparato amministrativo della stazione appaltante, sicché, ove si assuma che dall'esercizio del relativo incarico sia derivato un danno all'ente pubblico, deve escludersi, in ragione dell'insussistenza di un rapporto di servizio, ancorché temporaneo, con quest'ultimo, che la cognizione della conseguente azione risarcitoria spetti alla giurisdizione contabile". Sulla stessa linea Cass. SSUU n. 486/2019, in relazione alla responsabilità del contraente generale in appalto pubblico, ha stabilito che qualora si assuma che il danno derivi dalla violazione, da parte di quest'ultimo, del suo "dovere" (in senso lato) pubblicistico afferente all'attività e alle funzioni svolte come "agente dell'amministrazione pubblica", la cognizione dell'azione di responsabilità intentata dall'ente pubblico spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, in ragione del temporaneo rapporto di servizio pubblico sorto per effetto dell'esercizio di quei poteri. Mentre, allorché "si assuma che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come "controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica, così da squilibrare il sinallagma contrattuale (o, può qui aggiungersi, da un mero illecito extracontrattuale), la cognizione dell'azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venire in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l'ente pubblico".

Anche qui emerge *per tabulas* una certa contraddittorietà delle decisioni della Cassazione.

⁴⁰⁵ Quanto affermato da Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596, cit., in tema di appello incidentale condizionato proposto dalla parte totalmente vittoriosa relativo a questioni pregiudiziali (e cioè che esso possa essere esaminato solo a seguito dell'accoglimento del ricorso principale) opera anche nel caso in cui la questione pregiudiziale di rito attenga, come nel caso di specie, alla giurisdizione. In passato, sul punto è stato ritenuto inoperante il condizionamento poiché la contestazione del potere decisorio del giudice in quanto carente di giurisdizione non può essere condizionata al risultato della controversia, che presuppone l'esercizio dello stesso potere decisorio che viene contestato con il ricorso incidentale. Il fondamento di tale principio fu affermato già da Cass., Sez. Un., 20 gennaio 1996, n. 444. Sennonché negli ultimi anni il concetto stesso di giurisdizione è stato oggetto di profonda revisione da parte della Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109 e 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.), con decisioni che ne hanno modificato lo statuto processuale ed il significato. Tali decisioni dimostrano come l'ordinamento si va evolvendo verso una parificazione dei poteri di accertamento e di statuizione dei vari giudici, con conseguente erosione, anche al fine di assicurare la ragionevole durata del processo, del principio della rilevanza di ufficio della giurisdizione con un avvicinamento ad un regime di rilevazione del tipo di quello della competenza, basato sulla volontà della parte di mantenere la questione viva, dando rilievo preclusivo a fenomeni di acquiescenza tacita, che precedentemente non avevano alcuna rilevanza. La questione di giurisdizione assume lo stato di ogni altro

In attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di certezza del diritto, è quanto mai auspicabile una presa di coscienza da parte della giurisprudenza tutta, della Cassazione *in primis*.⁴⁰⁶

vizio della sentenza, che si converte in motivo di impugnazione. Ed è con il risultato di tale operazione evolutiva che va posta in armonia la disciplina del ricorso incidentale condizionato della parte totalmente vittoriosa, anche se relativo ad una questione di giurisdizione. Segnatamente il principio che si desume da questa evoluzione giurisprudenziale è la prevalenza, ai fini del servizio giustizia, che l'autorità giudiziaria, vista nel suo complesso, dia risposta di merito alla domanda di giustizia. Ciò comporta che, quando la giurisdizione è stata affermata e la decisione di merito è stata emessa, la prevalenza dell'interesse alla decisione di merito, comporta che non possa farsi più questione sulla giurisdizione se non dalla parte soccombente e che abbia interesse concreto all'impugnazione (cfr. art. 9 c.p.a.). Ciò comporta che, in sede di impugnazione se la parte soccombente nel merito non propone o ripropone la questione di giurisdizione, con i mezzi appropriati secondo il regime di impugnabilità della sentenza, il giudice non possa esaminarla; che, se la parte soccombente nel merito non la rileva, il giudice non possa esaminarla; se la parte vittoriosa, ma soccombente solo sulla questione della giurisdizione la solleva, il giudice potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione, tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente nel merito. A fronte dell'appello di una parte che non contesta la decisione sulla giurisdizione, ma solo sul merito (e quindi chiede esclusivamente una decisione sullo stesso) ed a fronte della posizione dell'appellante incidentale, che chiede anzitutto che sia mantenuta ferma la decisione sul merito e, solo in caso negativo, sia rivisitata la decisione sulla giurisdizione, il decidere preliminarmente la questione di giurisdizione può comportare, del resto, un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere ad una decisione di merito. Infatti, mentre l'infondatezza dichiarata dell'appello principale esaminato per primo significa chiudere il processo con un definitivo provvedimento di tutela nel merito, la fondatezza dichiarata dell'appello incidentale esaminato per primo significa obbligare la parte interessata a ricominciare il processo da capo davanti ad altro giudice per ottenere presumibilmente il medesimo risultato finale, che per lui già era soddisfacente.

⁴⁰⁶ Cfr. F. Patroni Griffi, *Riparto delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 26 maggio 2021 (Saluto al corso organizzato dalla SSM presso la Corte di cassazione – 26 maggio 2021): “la giurisdizione serve a garantire l'osservanza del diritto nei rapporti concreti che si muovono nella società, e in questo si sostanzia la sua “strumentalità” (nel senso che le dava Calamandrei). Effettività della giurisdizione – grazie anche all'approccio europeo, che ormai ogni singola nazione deve sentire come approccio di diritto interno – significa accesso al giudice e idoneità della pronuncia del giudice a soddisfare l'istanza di chi tutela. Un sistema plurale di giurisdizione – come il nostro e come quello largamente diffuso nell'Unione europea, più di quanto non si pensi dalle nostre parti – deve fare del riparto tra i giudici uno strumento non di rivendicazione di attribuzioni, bensì di integrazione delle tutele offerte al cittadino. Ciò deve valere soprattutto per il sistema delle tutele nei confronti dei poteri pubblici. Il tema della giurisdizione sui poteri pubblici – che nasce storicamente come evoluzione dello Stato assoluto in Stato liberale di diritto – è centrale non solo negli Stati a diritto amministrativo, ma ha progressivamente interessato Paesi di cultura giuridica tedesca e nordica fino a coinvolgere lo stesso modello anglosassone, il quale, nel riconoscimento e nell'evoluzione del *Judicial Review*, inteso come sindacato sull'attività dei corpi pubblici, ha visto lo strumento di erosione dei “privilegi della Corona” in favore della protezione giudiziale delle situazioni soggettive dei privati nei confronti del potere. Se la logica dell'effettività è quella della integrazione delle tutele, il metodo che presiede al riparto non può che essere quello del “dialogo” e del confronto. Da questo punto di vista, l'attribuzione alla Corte di cassazione della funzione di regolazione della giurisdizione può costituire una singolarità nel panorama europeo dei sistemi a giurisdizione plurale, ma si spiega storicamente perché nel 1877 il giudice era unico e il riparto verteva sostanzialmente tra giudice e amministrazione; e tale assetto fu confermato dal Costituente, anche perché l'opera della Cassazione fu indirizzata a favorire attribuzioni ed effettività del sistema di giustizia amministrativa sorto all'indomani del 1889, in primo luogo riconoscendo natura giurisdizionale alla neonata Quarta Sezione. Molto si è discusso, fin dall'inizio del 1900 con Mortara, di un Tribunale dei conflitti. Ma credo che a noi giudici oggi debba interessare soprattutto confrontarci sul modo per assicurare la più semplice e più efficace protezione dei diritti e degli interessi delle persone che adiscono le nostre Corti di giustizia. Più semplice, perché l'accesso al giudice non deve risentire delle raffinate disquisizioni teoriche in cui noi giuristi italiani indulgiamo, spesso più per amore di argomentazione che per senso pratico. Più efficace, perché lo strumento processuale è utile per quanto soddisfi al meglio l'istanza di tutela (Nigro). Il metodo è dunque il dialogo, il confronto. Nel confronto, ogni attore deve portare il proprio punto di vista, che nasce dall'esperienza concreta del giudicare. E l'interlocutore deve saper ascoltare. Si può restare sulla propria posizione, purché si parta dal suo azzeramento e dalla considerazione della posizione altrui. Altrimenti perdiamo tempo. Cassazione e Consiglio di Stato non hanno mai perso tempo. Non, quando le posizioni sono rimaste distanti. Non, quando il confronto è servito ad affinare o a modificare le proprie posizioni. Un esempio di questo confronto è l'incontro di oggi; un altro esempio, è il dialogo tra le Corti in occasione di decisioni importanti.

Ormai da troppo tempo la giurisdizione è sospesa in un limbo, in una sorta di terra di mezzo, costantemente assediata dalle succitate, vischiose incertezze e contrapposizioni – quando non contraddizioni – che minano regole del tutto sensibili e strategiche per gli interessi di natura pubblica e privata coinvolti in questo ambito.⁴⁰⁷

Come è avvenuto in passato e come avverrà a breve, fornire all'Adunanza plenaria o alle Sezioni unite la riflessione dell'Ufficio del massimario della Cassazione e dell'Ufficio studi della Giustizia amministrativa serve, oltre che a far decidere al meglio la causa, a far emergere le posizioni e le ragioni dell'una e dell'altra Corte. ... Il punto di partenza è che, se il giudice amministrativo è il giudice del potere pubblico, egli deve saper seguire (e talvolta "inseguire") il potere affinché il suo sindacato e, quindi, la giurisdizione di cui è titolare, siano effettivi. Qual è dunque il rapporto tra situazioni soggettive e potere pubblico? La peculiarità di questo rapporto è colta compiutamente da quella dottrina (Travi) che sottolinea come, nella dinamica della vicenda relazionale tra individuo e potere, sempre più spesso "la pretesa del cittadino non possa essere soddisfatta senza la mediazione dell'amministrazione"; e da quell'altra dottrina (Scoca) che evidenzia come in tale relazione dinamica coesistano due situazioni soggettive *entrambe attive* – diritto o interesse legittimo / potestà – secondo uno schema ben diverso dalla tradizionale contrapposizione diritto-obbligo o potere-soggezione. La peculiarità della relazione tra situazione soggettiva e potere si riscontra nel settore elettivo dei diritti fondamentali *sub specie* di diritti sociali, che è quello dei servizi pubblici: nei servizi pubblici si incontrano, si "relazionano" lo svolgimento di funzioni amministrative, o di "compiti" se si preferisce, e le pretese dei cittadini. Apprendo, nel tradizionale scenario di un diritto amministrativo "difensivo", un diritto amministrativo "pretensivo" imperniato sull'interesse giuridicamente garantito a "prestazioni amministrative". ... La teoria dell'incomprimibilità dei diritti fondamentali (a sapere quali, poi...) mi sembra tramontata sul piano teorico, prima ancora che su quello pratico di un riparto "semplice e lineare"; la Corte costituzionale, quanto meno dalle sentenze n.140 del 2007 e n. 35 del 2010, riconosce esplicitamente la possibilità che il giudice amministrativo conosca della lesione di diritti fondamentali. La ragione teorica è quella che individuò Giannini, anni prima, nel descrivere il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna il limite, cioè non delimita il campo dell'azione amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l'azione amministrativa. La riprova pratica, poi, la stiamo avendo in questo periodo di pandemia: i giudici amministrativi di tutta Europa, e anche noi, sono stati chiamati a sindacare la legittimità di provvedimenti amministrativi incidenti su diritti più o meno fondamentali: salute, *in primis*, e poi libertà di circolazione, istruzione, diritti inerenti ad attività economiche. E anche a operare un "bilanciamento" in concreto col ricorso a canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Dal nostro punto di vista, concludendo, è centrale la riflessione sul potere. E sulla sua interferenza, in positivo o negativo, sugli *interessi giuridicamente protetti* di chi entri in contatto col potere. Anche la Cassazione partecipa di questa riflessione e i punti di vista talvolta combaciano, talaltra no. Incontri come quelli di oggi servono ad appianare le divergenze, nella comprensione reciproca (tanto il lavoro non ci manca...) e nell'interesse di chi si rivolge a noi (che è il senso della nostra "missione" e la ragione per cui siamo pagati...).

⁴⁰⁷ Da ultimo, vedasi Cassazione Sez. Un. Civili, 29 ottobre 2021, n. 30714: cfr. *La causa di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione di una società calcistica dal campionato di calcio per eccesso di indebitamento è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 26224 - pubb. 26/11/2021. La causa di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione di una società calcistica dal campionato di calcio per eccesso di indebitamento è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché la domanda giudiziale si fonda sulla prospettata illegittimità degli atti adottati dalla F.I.G.C. e l'art. 133, comma 1, lett. z), del d.lgs. n. 104 del 2010 (cd. Codice del processo amministrativo) continua a riservare al g.a. le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa di atti delle Federazioni sportive nazionali – che si configurano come decisioni amministrative aventi rilevanza per l'ordinamento statale – e quelle avanzate per pretese risarcitorie nei confronti di queste ultime. Parte attrice aveva proposto un atto di citazione innanzi al Tribunale di Firenze, convenendo in giudizio il Fallimento e la F.I.G.C. (Federazione italiana gioco calcio), esponendo che in occasione dell'esclusione della società calcistica dal campionato di serie B per l'anno 2002/2003 per eccesso di indebitamento, i due soggetti convenuti avevano tenute condotte gravemente dannose nei confronti di esso attore. Lamentava, in particolare, la colpevole inerzia degli organi fallimentari che avrebbero tralasciato di impugnare gli illegittimi provvedimenti di esclusione adottati dalla F.I.G.C. a carico della società calcistica con i comunicati ufficiali n. 21/A e 56/A sotto il profilo della violazione di legge e dell'eccesso di potere, contravvenendo agli obblighi nascenti dall'art. 38 l. n. 267/1948. La FIGC, per altro verso, avrebbe tenuto con i propri illegittimi provvedimenti un comportamento discriminatorio in danno della società anch'esso contrario a buona fede e correttezza e violativo del principio di affidamento, adottando nei confronti di tale ultima compagine calcistica una condotta meno indulgente di quella seguita nei confronti di altre società calcistiche gravate di notevoli esposizioni

Riprendendo il titolo del presente elaborato, allora, il giudice deve volgere il proprio sguardo alla luna (il criterio di riparto sancito dalla Consulta⁴⁰⁸) e non al dito (la prospettazione delle parti).

Un interesse legittimo non può diventare un diritto soggettivo solo perché così denominato dalle parti (e viceversa), giacché la giurisdizione non è un elemento disponibile per le parti.

Questa è la precondizione necessaria per realizzare lo Stato di diritto.⁴⁰⁹

debitorie. Sulla base di tali premesse, reputando che la controversia appartenesse alla giurisdizione ordinaria in forza dei principi espressi da Cass., S.U. n. 8236/2020 cit., chiese la condanna delle parti convenute al risarcimento del danno quantificato in euro 298,6 milioni di euro, oltre interessi. La F.I.G.C. ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi degli artt.41 e 367 c.p.c. innanzi alle Sezioni unite, chiedendo che fosse dichiarata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre Il Fallimento non si è costituito. Ebbene, la Cassazione ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla intera causa promossa (anche) nei confronti del Fallimento. Per la Corte *“Assume decisivo rilievo, in relazione alla causa petendi posta a base della domanda giudiziale dal medesimo proposta, con la quale si prospetta la illegittimità degli atti adottati dalla F.I.G.C. nei confronti della società calcistica, l’art. 133 c. 1 lett. z) del codice del processo amministrativo, alla stregua del quale sono riservate alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell’ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali fra società, associazioni e atleti. ... Ed è appena il caso di evidenziare che di nessun rilievo può essere, ai fini del riparto fra le giurisdizioni, il richiamo all’indirizzo espresso da queste stesse Sezioni unite - ord.n.8236/2020 - non avendo il omissis nemmeno espresso l’affidamento che la Federazione calcistica avrebbe ingenerato sulla Fiorentina Calcio, risolvendosi la pretesa risarcitoria spiccata nei confronti della FIGC nel pregiudizio connesso all’adozione dell’atto amministrativo che, in ragione di un asserito intento discriminatorio, avrebbe pregiudicato la società Fiorentina Calcio non consentendole il medesimo trattamento riservato alle altre società che versavano in situazione di squilibrio finanziario. Ed in questi ambiti non può disconoscersi, per le considerazioni appena esposte, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*. Ora, se è certamente condivisibile l’assunto in relazione alla F.I.G.C. (ente pubblico di cui venivano contestati i provvedimenti e la responsabilità), non può affatto dirsi lo stesso per quanto riguarda il Fallimento (ente privato nei cui confronti non sussiste la giurisdizione amministrativa). Nella fattispecie, pertanto la Corte avrebbe dovuto dichiarare la giurisdizione amministrativa esclusiva per la F.I.G.C. e non anche per il Fallimento, essendo la responsabilità del curatore materia riservata alla giurisdizione ordinaria.

⁴⁰⁸ La previsione della giurisdizione esclusiva del g.a. (che presuppone necessariamente gli interessi legittimi, a cui possono accompagnarsi diritti soggettivi) si legittima infatti, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in riferimento alle materie nelle quali vi è esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, di un potere pubblico (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, e 11 maggio 2006, n. 191), così escludendo i *“meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio”* (Corte cost. 5 febbraio 2010, n. 35, e 15 luglio 2016, n. 179).

⁴⁰⁹ Infine, la Corte di giustizia dell’Unione europea pone in rilievo che, ai sensi dell’articolo 49 TUE, l’Unione riunisce Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni previsti dall’articolo 2 TUE, come lo Stato di diritto, che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa, specialmente in materia di organizzazione della giustizia, in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell’articolo 19 TUE. In siffatta ottica, da ultimo, vedasi la Sentenza nella causa C-896/19, *Repubblika/II-Prim Ministru* (comunicato stampa n. 66/21, Lussemburgo, 20 aprile 2021). Da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150, ha chiarito che la controversia in materia di contratti pubblici rientra nella giurisdizione amministrativa ed esula dalla autodichia della Camera dei deputati poiché, quando esula *“dalla capacità classificatoria del regolamento parlamentare e non sia per intero sussumibile sotto la disciplina di questo (perché coinvolga beni personali di altri membri delle Camere o beni che comunque appartengano a terzi), deve prevalere la “grande regola” dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 della Costituzione (sentenza n. 379 del 1996)”* (così la Corte costituzionale nella sentenza n. 120 del 2014, al punto 4.4. del “considerato in diritto”). Peraltro, soggiunge la Corte, *“se è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive (si pensi, ad esempio, alle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali). Del resto, queste ultime controversie, pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei all’esercizio delle funzioni dell’organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso e non potrebbero perciò essere sottratte alla giurisdizione comune”*

(sentenza n. 262 del 2017, punto 7.2). Cfr. C. V. Sposato, *Il provvedimento di esclusione dalla gara non rientra tra gli "atti di amministrazione" riservati all'autodichia della Camera dei deputati*, in *lamministrativista.it*, 04 giugno 2021.

Mapa concettuale (quadro sinottico)

Siccome fa difetto una disciplina specifica, mirata a coordinare le peculiarità della giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario con le urgenze dell'accesso alla tutela giudiziale, l'unica via percorribile dal punto di vista sistematico è quella di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'apparato normativo, alquanto contraddittorio, tesa a preservare il principio della certezza del diritto per il tramite di una pragmatica "rappresentazione" grafica. Al fondo è la salvaguardia del principio di certezza del diritto, attraverso il realismo e la concretezza di una "rappresentazione" grafica delle regole sostanziali e processuali vigenti. Questa soluzione ha il pregio di riportare la posizione del soggetto leso dal contatto sociale "qualificato" con la p.a. nel medesimo paradigma che incapsula la responsabilità amministrativa, rendendo applicabili nei riguardi di entrambi le stesse norme processuali. Le maggiori difficoltà interpretative si pongono in relazione alle aree di intersecazione (le cd. zone grigie), dove le competenze si sovrappongono, talvolta rimanendo concorrenti, talaltra escludendosi reciprocamente. Inoltre, questo grafico delinea la giurisdizione in senso statico senza prendere in considerazione i vari sconfinamenti permessi dall'ordinamento (cognizione incidentale e deroghe *ope legis*).



Fig. 1 – Ambiti di giurisdizione ordinaria, amministrativa ed esclusiva

Al netto delle questioni incidentali e della tutela risarcitoria (assimilata alla posizione cui si riferisce), è possibile distinguere quattro macro-aree di giurisdizione amministrativa ed ordinaria, con rispettive aree di intersecazione, dove si ha sovrapposizione di giurisdizione.

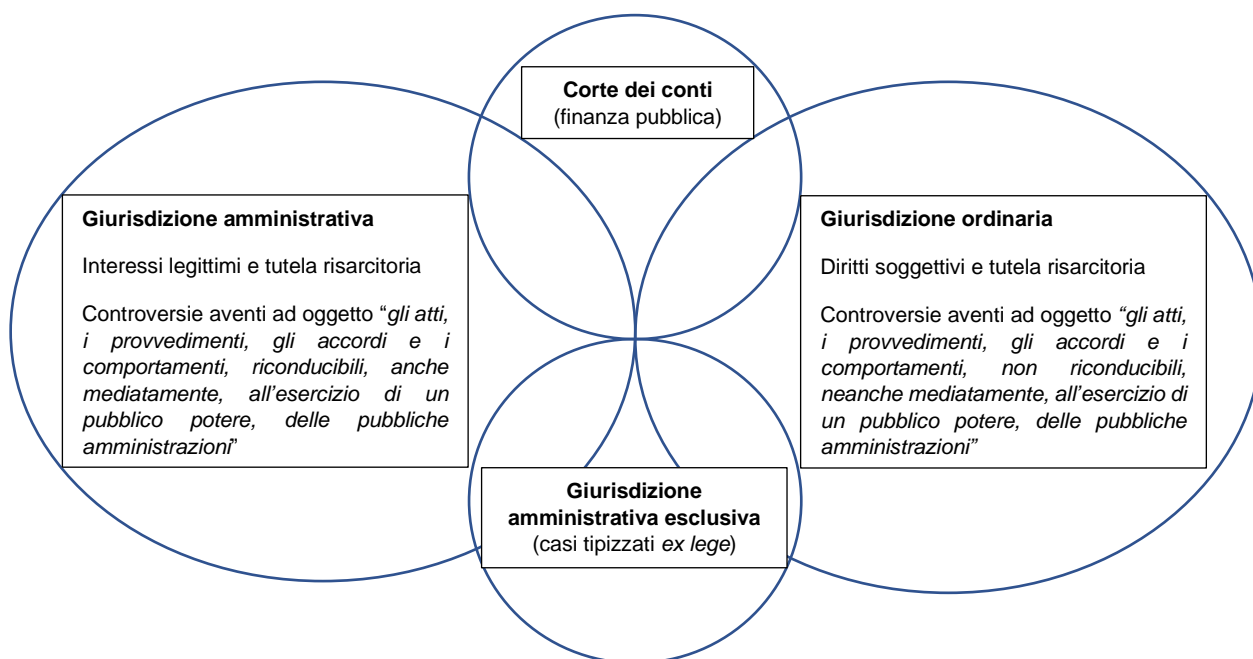


Fig. 2 – Ambiti di giurisdizione ordinaria, amministrativa ed esclusiva

(con inclusione della Corte dei conti).

Rappresentazione statica

Per effetto di una forza centripeta, o meglio di concentrazione delle tutele, si verificano ulteriori fenomeni di ibridazione della giurisdizione che diviene così sempre più spuria. Le sovrapposizioni di giurisdizione creano un nucleo centrale di competenze indistinguibili e ibride in cui rientrano, oltre alle questioni incidentali, il legittimo affidamento e il contatto sociale.

E ciò in un contesto generale di progressiva erosione della giurisdizione amministrativa per effetto della *vis* espansiva della giurisdizione civile.

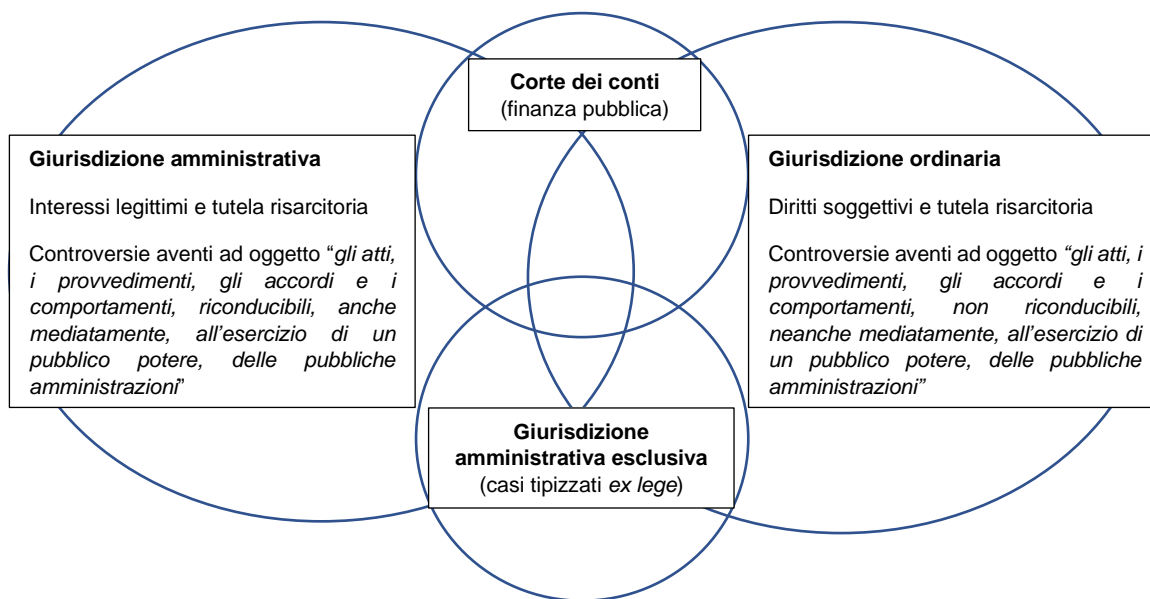


Fig. 3 – Ambiti di giurisdizione ordinaria, amministrativa ed esclusiva

(con inclusione della Corte dei conti).

Rappresentazione dinamica