

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E NOVITA' NORMATIVE

Decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione definitiva di contratti pubblici

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 16 dicembre 2015, n. 689, ritiene che la piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva di un contratto pubblico, al fine della decorrenza del termine (di trenta giorni) per la notifica del ricorso, possa avverarsi anche con modalità diverse dalla comunicazione prescritta dall'art. 79 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163: l'art. 120, comma 5, c.p.a., lungi dal derogare le "regole processuali generali" (art. 41, comma 2, c.p.a.), le conferma con l'inciso "ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto". Così, il termine per la notifica del ricorso decorrerebbe dalla data della comunicazione di cui all'art. 79 d.lg. n. 163/2006 o dall'antecedente momento in cui *aliunde* l'interessato abbia acquisito cognizione dell'aggiudicazione definitiva nei suoi elementi essenziali (intesi, secondo tradizione, come esistenza e generico contenuto lesivo dell'atto, con salvezza di successivi motivi aggiunti). La sentenza non persuade: altro è escludere, correttamente, che l'art. 79 d.lg. n. 163/2006, nell'imporre la comunicazione del provvedimento, impedisca che assuma rilievo la sua eventuale conoscenza anticipata (si pensi al caso classico dell'esclusione conosciuta nel corso di una seduta pubblica: cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 671; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6156); altro ancora degradare la conoscenza (speciale e) pregnante delineata dall'art. 79, comma 5-*bis*, d.lg. n. 163/2006¹ alla nozione generale² di 'piena conoscenza' elaborata dalla giurisprudenza, appagata dalla sola cognizione dell'esistenza e del generico contenuto lesivo del provvedimento. Tanto più che la conoscenza (speciale e) pregnante di cui all'art. 79 cit. è il frutto del recepimento delle c.d. direttive ricorsi³ (cfr. l'art. 2-*bis*, par. 2, ultimo comma di tali direttive, nonché il 6° e il 7° considerando della direttiva 2007/66/CE)⁴. Appare condivisibile, invece, quanto meno nell'affermazione di principio, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2016, n. 408, che, in un caso di comunicazione incompleta rispetto al paradigma dell'art. 79 cit., identifica la conoscenza utile ai fini della decorrenza del termine per la notifica del ricorso nella cognizione, nella specie acquisita in sede di accesso, degli elementi oggetto della comunicazione di cui all'art. 79 cit., senza che sia peraltro necessaria l'estrazione delle relative copie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250).

Dubbi di costituzionalità sul (la natura e l'estensione del) termine di decadenza cui è sottoposta la tutela risarcitoria autonoma degli interessi legittimi

¹ Che esige una comunicazione "accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente", nel caso dell'aggiudicazione definitiva, le "caratteristiche" e i "vantaggi dell'offerta selezionata"; dovere motivazionale disimpegnabile, in alternativa, "mediante l'invio dei verbali di gara".

² Già in sé discutibile, ma il discorso porterebbe lontano.

³ Cfr., di recente, C. giust. UE, sez. V, 12 marzo 2015, causa C-538/13, punti da 48 a 58.

⁴ Si segnala, inoltre che, il Consiglio di giustizia amministrativa – pur avendo riformato la sentenza del TAR, che aveva accolto il ricorso per l'avvenuta apertura in seduta riservata delle offerte tecniche, e dichiarato irricevibile, a causa tardività della notifica, il ricorso proposto innanzi al giudice di primo grado – dispone "la trasmissione di copia degli atti" ad A.N.A.C. ai sensi dell'art. 1, comma 32-*bis*, l. 6 novembre 2012, n. 190, *ivi* inserito dall'art. 8, comma 3, l. 27 maggio 2015, n. 69, secondo cui nelle controversie di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. – relative a "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture" – "il giudice amministrativo trasmette" ad A.N.A.C. "ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza".

TAR Piemonte, Torino, sez. II, ord. 17 dicembre 2015, n. 1747, solleva una questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, c.p.a., nella parte in cui sottopone al "termine di decadenza di centoventi giorni" la "domanda di risarcimento" del danno, introdotta in via autonoma, "per lesione di interessi legittimi", sospettando la violazione dell'art. 111, comma 1, Cost. (giusto processo), degli artt. 6 e 13 CEDU (diritto a un "processo equo" e a un "ricorso effettivo"), dell'art. 3 Cost. (discriminazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, con trattamento deteriore di questi ultimi, correlato ad un privilegio per le Amministrazioni, tanto più ingiustificato in quanto non sono apprezzabili le ragioni della stabilità di assetti di interessi definiti dai non impugnati provvedimenti), degli artt. 24, comma 1, e 113, commi 1 e 2, Cost. (generalità ed effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle Amministrazioni). Ad avviso di chi scrive, la questione incontrerà la stessa sorte già toccata ad analogo incidente di costituzionalità sollevato da TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628 sull'art. 30, comma 5, c.p.a.: inammissibilità per difetto di rilevanza. Invero, dalla controversia pendente avanti al TAR Piemonte affiora la fattispecie della responsabilità dell'Amministrazione per lesione dell'incolpevole affidamento ingenerato da precedenti provvedimenti favorevoli poi rimossi in via di autotutela. In disparte il profilo della giurisdizione (ordinaria, secondo Cass., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596) e ogni altra considerazione sulla fondatezza nel merito di siffatte pretese risarcitorie⁵, il diritto al risarcimento del danno derivante non già dal provvedimento illegittimo (e favorevole all'interessato), bensì da un comportamento complessivo non corretto serbato dall'Amministrazione è sottoposto al termine prescrizione quinquennale del diritto comune: donde la non pertinenza dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

Decorrenza del termine di decadenza cui è sottoposta la tutela risarcitoria autonoma del danno derivante da illegittima aggiudicazione senza previo bando

Corte di giustizia europea, sez. V, 26 novembre 2015, causa C-166/14 stabilisce che "il diritto dell'Unione europea, segnatamente il principio di effettività, osta ad una normativa nazionale che subordina la proposizione di un ricorso diretto ad ottenere il risarcimento dei danni per violazione di una norma in materia di appalti pubblici al previo accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione per mancata previa pubblicazione di un bando di gara, qualora tale azione di accertamento di illegittimità sia soggetta ad un termine di decadenza di sei mesi a partire dal giorno successivo alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi [*rectius*: di stipula del relativo contratto], indipendentemente dalla circostanza che colui che propone l'azione fosse o meno in grado di conoscere l'esistenza dell'illegittimità di tale decisione dell'amministrazione aggiudicatrice". La sentenza, benché interessante (e convincente) laddove sottolinea che, nel sistema delle c.d. direttive ricorsi, le ragioni della certezza del diritto assumono diversa intensità "a seconda che si tratti di ricorsi per risarcimento danni o di ricorsi diretti a privare un contratto dei suoi effetti", non origina alcuna conseguenza nel nostro ordinamento, ove la tutela risarcitoria autonoma del danno derivante da illegittima aggiudicazione senza previo bando è non soltanto ammessa, ma sottoposta ad un termine di decadenza (di centoventi giorni) che decorre dalla "conoscenza del provvedimento" (art. 30, comma 3, c.p.a.): conoscenza che l'interessato, in mancanza di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 65 d.lg. n. 163/2006, ben potrebbe conseguire oltre i sei mesi dalla (a lui facilmente ignota) data di stipulazione del contratto (art. 120, comma 2, c.p.a.).

⁵ Nel senso dell'infondatezza Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183.

Decorrenza (per il computo) della c.d. astreinte di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.

Negli ultimi anni regnava l'incertezza, in giurisprudenza, intorno alla decorrenza della "penalità di mora" di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.: c'era chi la individuava nella notifica della sentenza da ottemperare⁶; chi nella notifica del ricorso per l'ottemperanza⁷; chi nella scadenza del termine di centoventi giorni decorrente dalla notifica del titolo esecutivo giudiziale, argomentando dall'art. 14, comma 1, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 (conv. dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30)⁸; chi nella scadenza del più ampio termine di "tolleranza" pari a 6 mesi, pur sempre decorrente dalla notifica del titolo esecutivo giudiziale, argomentando dalla giurisprudenza della Corte eur. Dir. uomo, che, con riferimento all'esecuzione delle condanne al pagamento dell'indennizzo per eccessiva durata del processo, ha così commisurato il termine per l'adempimento¹⁰¹¹; chi dalla comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento reso dal giudice dell'ottemperanza¹²; chi dall'inutile scadenza del termine per l'adempimento fissato nell'ordine reso dal giudice dell'ottemperanza¹³; chi dall'inutile scadenza di quest'ultimo termine, ma non oltre l'insediamento del commissario *ad acta*, sul presupposto che ciò precluderebbe all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento¹⁴.

Di recente, Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5786 aderisce alla tesi che individua la decorrenza della penalità nell'inutile spirare del termine fissato nella sentenza del giudice dell'ottemperanza recante l'ordine di adempimento¹⁵, così argomentando: "le penalità di mora si configurano [...] come uno strumento per contrastare non l'inottemperanza, ma il protrarsi della stessa nonostante l'intervenuto accertamento" da parte del giudice all'uopo adito. "Il ritardo sanzionato è quello che segue alla constatazione dell'inottemperanza", "il ritardo non può [...] valutarsi se non con riferimento al fatto che la esecuzione sia stata appunto pronunciata come mancante e dunque ancora doverosa"¹⁶.

⁶ TAR Lazio, Roma, sez. II, 18 febbraio 2015, n. 2763.

⁷ TRGA Trento, 12 febbraio 2015, n. 61.

⁸ Che riconosce in via generale alle amministrazioni, per l'adempimento di obbligazioni pecuniarie risultanti da titoli esecutivi, un termine di centoventi giorni successivi alla notifica del titolo.

⁹ TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 febbraio 2015, n. 2664; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 febbraio 2015, n. 2669.

¹⁰ TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 15 gennaio 2015, n. 629 (ma a patto che la domanda giudiziale della "penalità di mora" sia formulata entro il termine di centottanta giorni, decorrente dalla scadenza della "tolleranza" concessa all'Amministrazione, a sua volta pari a centottanta giorni dalla notifica del titolo esecutivo giudiziale; diversamente la decorrenza per il computo della penalità andrebbe individuata nella successiva notifica del ricorso per l'ottemperanza); TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 2 marzo 2015, n. 3500 e TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 2 marzo 2015, n. 3530 (che ribadisce l'onere di notificare il ricorso per l'ottemperanza entro trecentosessanta giorni dalla notifica del titolo esecutivo giudiziale, affinché la decorrenza per il computo della penalità coincida con la scadenza della predetta "tolleranza", diversamente andando invece rintracciata nella successiva notifica del ricorso per l'ottemperanza).

¹¹ Gli ultimi due orientamenti si riferiscono, evidentemente, a provvedimenti giudiziali "che dispongono il pagamento di somme di denaro" (cfr., per quelli del giudice amministrativo, l'art. 115 c.p.a.). Cons. Stato, ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15 ha chiarito l'applicabilità della penalità di mora, che in ciò trova uno dei suoi tratti differenziali dall'omologo istituto di cui all'art. 614-bis c.p.c, anche in relazione a condanne "aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria".

¹² Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2014, nn. 2653 e 2654.

¹³ Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2015, nn. 2340, 2341, 2342, 2343, 2344; Cons. Stato, sez. III, 16 settembre 2014, n. 4711.

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, n. 4711/2014 cit.. Sull'individuazione nell'insediamento del commissario del momento finale per il computo dell'*astreinte*, pur muovendo da tesi diverse quanto al momento iniziale, TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, n. 629/2015 cit.; TRGA Trento, n. 61/2015 cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 2664/2015 cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 2669/2015 cit.; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, n. 3500/2015 cit.; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, n. 3530/2015 cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 2763/2015 cit..

¹⁵ Termine a sua volta decorrente dalla comunicazione o notificazione della sentenza del giudice dell'ottemperanza.

¹⁶ Negli stessi termini, in precedenza, C.g.a., 23 giugno 2014, n. 392.

Pochi giorni dopo (1° gennaio 2016) è entrato in vigore, per fugare ogni dubbio, l'art. 1, comma 781, l. 28 dicembre 2015, n. 208, che ha aggiunto all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., il seguente periodo: "Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora [...] decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza". La disposizione pone altresì una presunzione assoluta di non manifesta iniquità (si direbbe nell'*an* e nel *quantum*) della penalità "stabilita in misura pari agli interessi legali": è assai presumibile che i giudici tenderanno, d'ora in poi, a ragguagliare la penalità al tasso d'interesse legale, secondo una prassi peraltro già largamente presente in giurisprudenza.

Notifica mediante posta elettronica certificata

Secondo Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 189, la notifica mediante posta elettronica certificata non è ammessa nel processo amministrativo: l'art. 16-*quater*, comma 3-*bis*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221), *ivi* inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2), l. 24 dicembre 2012, n. 228, esclude l'applicabilità alla giustizia amministrativa delle disposizioni intese a garantire l'operatività di tale modalità di notifica nel processo civile (ovvero i commi 1, 2 e 3 dello stesso art. 16-*quater* cit.). Manca ancora, per il processo amministrativo, un apposito regolamento che, analogamente al d.m. 3 aprile 2013, n. 48 (recante modifiche al d.m. 21 febbraio 2011, n. 44) sul versante del processo civile, detti le indispensabili regole tecniche: regolamento cui rinvia dapprima l'art. 13 dell'all. 2 al c.p.a. e poi l'art. 38 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114). Solo a valle dell'atteso regolamento, la notifica mediante PEC farà il suo ingresso nel processo amministrativo, abbandonando il carattere di specialità oggi palesato dall'art. 52, comma 2, c.p.a., che prevede per il suo utilizzo una specifica autorizzazione presidenziale ai sensi dell'art. 151 c.p.c.¹⁷.

Va segnalato che l'art. 2, comma 2, d.l. 30 dicembre 2015, n. 210 ha aggiunto all'art. 13 dell'all. 2 al c.p.a. il seguente comma 1-*bis*: "In attuazione del criterio di graduale introduzione del processo telematico, a decorrere dalla data di entrata in vigore" dell'atteso regolamento (cui rinvia il comma 1 dell'art. 13 cit.) "e fino alla data del 30 giugno 2016 si procede alla sperimentazione delle nuove disposizioni presso i Tribunali amministrativi regionali ed il Consiglio di Stato. L'individuazione delle concrete modalità attuative della sperimentazione è demandata agli organi della giustizia amministrativa nel rispetto di quanto stabilito nel predetto" regolamento.

Giurisdizione ordinaria su azione di responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica

Cass., sez. un., ord. 13 novembre 2015, n. 23306, definendo un regolamento preventivo di giurisdizione, statuisce la giurisdizione ordinaria su un'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica (Alitalia S.p.a.) per effetto di condotte illecite di suoi amministratori e dipendenti, "in quanto l'autonomia patrimoniale di essa esclude ogni rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato e impedisce di configurare come erariali le perdite, che restano esclusivamente della società, che è regolata nel caso come ogni altro soggetto sovraperonale di diritto privato". L'ordinanza si colloca nel ben noto solco segnato da Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, senza rinnegare l'opposta soluzione (giurisdizione contabile) nelle "situazioni particolari connesse" allo "speciale statuto legale" di

¹⁷ *Contra* C.g.a., n. 689/2015 cit., ma sulla base di una lettura erronea dell'art. 136, comma 1, c.p.a., che, lungi dal costituire la base per l'ingresso nel processo amministrativo della notifica a mezzo PEC, si occupa delle comunicazioni della Segreteria del Giudice ai difensori delle parti.

talune società a partecipazione pubblica (è il caso di Rai S.p.A.¹⁸, Enav S.p.A.¹⁹ e Anas S.p.A.²⁰), nonché in relazione alle società *in house* (Cass., sez. un., n. 26283/2013).

Giurisdizione ordinaria su domanda di condanna all'indennizzo da acquisizione sanante

In sede di regolamento preventivo di giurisdizione, Cass., sez. un., ord. 29 ottobre 2015, n. 22096, procedendo dalla natura "espropriativa" della c.d. acquisizione sanante di cui all'art. 42-*bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327²¹ (ben sondata da C. cost., 30 aprile 2015, n. 71)²², statuisce la giurisdizione ordinaria – ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. *g*), c.p.a. e dell'art. 53, comma 2, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 – sulle controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 42-*bis* cit., commi 1 e 3. Non erano mancate, in precedenza, prese di posizione antitetiche, in punto di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato, muovendo dalla natura "risarcitoria" dell'indennizzo²³. Chi scrive intravede all'orizzonte la tentazione dell'alterazione del riparto tra le giurisdizioni per ragioni di connessione, laddove l'interessato richieda, nel contempo, la condanna all'indennizzo e quella al risarcimento del danno da "occupazione senza titolo" (antecedente all'acquisizione sanante)^{24,25}.

Giurisdizione ordinaria e decadenza da sovvenzioni pubbliche

Nel solco di una giurisprudenza consolidata (cfr. Cass., sez. un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776; Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6), Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5846 declina la propria giurisdizione, in favore di quella ordinaria, quando "si contesti un atto di decadenza" di "una sovvenzione pubblica".

¹⁸ Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092.

¹⁹ Cass., sez. un., ord. 3 marzo 2010, n. 5032.

²⁰ Cass., sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594.

²¹ Disposizione *ivi* introdotta dall'art. 34, comma 1, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con mod. in l. 15 luglio 2011, n. 111, dopo che C. cost., 8 ottobre 2010, n. 293 dichiarò incostituzionale, per eccesso di delega, l'art. 43 dello stesso d.P.R. n. 327/2001, che disciplinava un istituto affine.

²² L'istituto è "innestato su un precedente procedimento espropriativo [...] viziato (commi 1 e 2, primo periodo) o, comunque, fondato su titolo astrattamente annullabile sub iudice (comma 2, secondo periodo)": così Cass., sez. un., ord. n. 22096/2015 cit. In precedenza, C. cost., n. 71/2015 cit. aveva osservato che l'atto di acquisizione sanante "sostituisce il regolare procedimento ablativo [...] e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e quindi sintetizza uno actu lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza [beninteso] dei presupposti [da intendere rigorosamente] indicati dalla norma" (punto 6.5 del "Considerato in diritto"; cfr. pure il successivo punto 6.7, ove si discorre nuovamente di "procedura espropriativa [...] semplificata", benché "eccezionale").

²³ Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1114 e sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993. Ma *contra* TAR Toscana, Firenze, 11 giugno 2015, n. 890.

²⁴ Ristoro che l'ultimo periodo dell'art. 42-*bis*, comma 4, cit. commisura – salva la "prova di una diversa entità del danno" – all'"interesse del cinque per cento annuo sul valore" dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale.

²⁵ Benché nella fattispecie non sia intervenuta alcuna acquisizione sanante, cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, ord. 26 novembre 2015, n. 1823, che, adito in riassunzione con una duplice domanda di condanna sia al risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva, sia alla corresponsione dell'indennità relativa al periodo di occupazione legittima, solleva d'ufficio conflitto di giurisdizione davanti alle sezioni unite della Corte di cassazione ex art. 11, comma 3, c.p.a. perché si ritiene, a sua volta, privo di *potestas iudicandi* limitatamente alla domanda di condanna all'indennità per occupazione legittima, "senza che l'eventuale connessione tra tale domanda e quella di risarcimento [...] possa giustificare l'attribuzione di entrambe allo stesso giudice".

Giurisdizione sul diniego di permesso (o di rinnovo di permesso) di soggiorno per motivi umanitari: conflitto di giurisdizione ex art. 11, comma 3, c.p.a.

TAR Lazio, Latina, sez. I, ord. 8 gennaio 2016, n. 2 solleva d'ufficio conflitto di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Corte di cassazione ex art. 11, comma 3, c.p.a., in una causa avente ad oggetto un diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Giurisdizione ordinaria e diritto di elettorato passivo

TAR Lombardia, Milano, sez. I, 4 dicembre 2015, n. 2565, nel solco di Cass., sez. un., ord. 28 maggio 2015, n. 11131²⁶, declina la propria giurisdizione su un ricorso avente ad oggetto la delibera di un consiglio comunale che "revoca" una precedente delibera consiliare di convalida dell'elezione a consigliere comunale del ricorrente, in passato condannato in via "definitiva" per uno dei reati enumerati nell'art. 10 d.lg. 31 dicembre 2012, n. 235 (rubricato "Incandidabilità alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali")²⁷.

Revoca dell'aggiudicazione di appalto di forniture post stipula del contratto e giurisdizione (ordinaria)

Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5778 dichiara la giurisdizione ordinaria su un ricorso contro la revoca dell'aggiudicazione di un appalto di forniture. Sosteneva il ricorrente che il contratto era già stato stipulato e che, proprio per questo, l'Amministrazione non era (più) titolare del potere di revocarne l'aggiudicazione (ma semmai del, qualitativamente ben diverso, diritto di recedere dal contratto). Il TAR riqualificava la revoca come recesso e dichiarava il difetto di giurisdizione. Insorgeva in appello il ricorrente, sostenendo l'erroneità della riqualificazione della revoca come recesso. La Terza Sezione – premesso che, una volta che una delle parti abbia investito della questione di giurisdizione il giudice d'appello, la devoluzione è piena e quest'ultimo può decidere con la stessa ampiezza del giudice di primo grado e senza ritenersi vincolato agli argomenti prospettati dalle parti (non a caso l'art. 9 c.p.a. usa il termine "rilevare" anche con riguardo ai "giudizi di impugnazione") – ritiene che "se la parte sostiene che il suo titolo" (posizione giuridica "rivendicata") "deriva da una determinata fattispecie – e la contestazione verte sul

²⁶ Relativa ad una fattispecie di sospensione per un periodo di diciotto mesi dalla carica elettiva di un sindaco per effetto di una condanna penale non definitiva, ai sensi dell'art. 11 d.lg. 31 dicembre 2012, n. 235. Così avevano argomentato le sezioni unite: " [...] il provvedimento [prefettizio] di sospensione incide sul diritto di elettorato passivo", che "non si esaurisce con la partecipazione all'elezione ma, ovviamente, si estende allo svolgimento delle funzioni per le quali si è stati eletti. Il provvedimento amministrativo che venga a disporre la sospensione dalla carica per il periodo di diciotto mesi, dunque, incide direttamente su tale diritto soggettivo". "Nella valutazione della incidenza di una sopravvenuta sentenza non definitiva di condanna per i reati espressamente indicati, l'opzione del legislatore è dunque chiaramente orientata nel senso di una temporanea compressione del diritto soggettivo dell'eletto allo svolgimento del mandato, per un tempo predefinito e secondo modalità del pari interamente delineate dalla legge, sicché le controversie relative [...] sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario".

²⁷ Prevede l'art. 10 cit., al comma 3, che "l'eventuale elezione" di coloro che hanno riportato condanne definitive per certi reati "è nulla" e che "l'organo che ha provveduto [...] alla convalida dell'elezione è tenuto a revocare il relativo provvedimento non appena venuto[ne] a conoscenza". Rileva il TAR Lombardia che "poiché la sospensione si differenzia rispetto alla decadenza soltanto perché a tempo determinato", "una volta riconosciuto che la sospensione incide sul diritto soggettivo [...] a ricoprire la carica elettiva, non può non riconoscersi, in una logica a fortiori, che anche la decadenza incide, in maniera anche più intensa, sul diritto soggettivo di elettorato passivo", con conseguente spettanza delle relative vertenze alla giurisdizione ordinaria.

punto se quella fattispecie si sia verificata o meno – la qualificazione giuridica del titolo rivendicato è quella inerente alla fattispecie che la parte sostiene essersi verificata, al di là del *nomen iuris* che l'interessato gli attribuisce". Così, se il ricorrente assume che il contratto si è a suo tempo perfezionato e che l'insorgere del vincolo negoziale preclude, in radice, la revoca dell'aggiudicazione (nel senso che l'ente committente smarrisce quel potere), "l'impostazione così data [...] alla [...] domanda si risolve nella chiara rivendicazione di una posizione di diritto soggettivo (il diritto o, se si vuole, il complesso di diritti nascente dal contratto) a fronte della quale l'atto impugnato risulta viziato da carenza di potere": è domanda sulla quale ha da pronunciarsi il giudice ordinario.

Ben consapevole che il caso meriterebbe riflessioni ben più approfondite, chi scrive si limita ad ipotizzare due itinerari che, altrettanto rispettosi dell'impostazione²⁸ che il ricorrente ha impresso alla propria domanda, avrebbero condotto all'affermazione della giurisdizione amministrativa: illegittimità (e non nullità, per una carenza di potere che parrebbe più 'in concreto' che non 'in astratto': ma soltanto la seconda è contemplata, secondo la lettura di gran lunga preferibile, nell'art. 21-septies l. n. 241/90 *sub specie* di "difetto assoluto di attribuzione") della revoca dell'aggiudicazione *post* stipula del contratto (se è vero che l'insorgere del vincolo negoziale costituisce barriera preclusiva della revoca, allora sarà illegittima, e come tale lesiva del correlato interesse legittimo, la revoca disposta fuori tempo massimo); ragionando invece di nullità (per "carenza di potere", direi 'in concreto') della revoca, resta il fatto ch'essa (vorrebbe) incidere direttamente e anzitutto sull'aggiudicazione, che è provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di affidamento del contratto, sul cui contenzioso è stabilita la giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a.). La questione di giurisdizione è ipotizzata da delicate (e incerte) problematiche di diritto sostanziale, che qui non possono essere indagate²⁹.

Giurisdizione amministrativa esclusiva e accordi di programma

Nel solco di una consolidata giurisprudenza, Cass., sez. un., 7 gennaio 2016, n. 64 statuisce la giurisdizione amministrativa esclusiva su una controversia relativa all'esecuzione di un accordo di programma (art. 34 d. lg. n. 267/2000), specie del genere degli accordi pubblicistici tra Amministrazioni (art. 15 l. n. 241/90). L'art. 15, comma 2, l. n. 241/90 richiama(va) il precedente art. 11, comma 5, che devolve(va) le vertenze in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi (integrativi e sostitutivi del provvedimento) alla giurisdizione amministrativa esclusiva, così "delineandosi un'ipotesi di giurisdizione esclusiva [...] correlata non ad una determinata materia, ma ad una specifica tipologia di atto, qualunque sia la materia che ne costituisce oggetto": il "criterio di attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" risiede "nel fatto che essa attiene alla formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo, così attribuendo alla cognizione di detto giudice una serie di rapporti individuati non già con

²⁸ Impostazione sostanziale, ricavata anche alla luce del principio *iura novit curia*, e non mera prospettazione da registrare acriticamente: rileva – e forma se del caso materia di riqualificazione giudiziale – la "oggettiva natura della situazione soggettiva [...] dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione" (Cass., sez. un., ord. 20 novembre 2013, n. 26032; ord. 27 febbraio 2012, n. 2926).

²⁹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, che ammette la revoca *post* stipula del contratto in relazione agli appalti di servizi e forniture, nonché alle concessioni (di servizi e di lavori), circoscrivendo alle sole procedure di affidamento di appalti di lavori il principio di diritto per cui "se, stipulato il contratto di appalto", sopravvengono "ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto negoziale", è inutilizzabile "lo strumento pubblicistico della revoca" e, in sua vece, è dato ai committenti pubblici "il diritto potestativo [di recesso] regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006".

riferimento alla materia, ma per il fatto che essi trovano la propria regolamentazione nell'ambito dell'accordo"³⁰ (cfr. oggi l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.).

Riaffermazione della distinzione tra interpretazione e produzione del diritto

Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 si pronuncia, tra l'altro, sull'eventuale doverosità del soccorso istruttorio – *sub specie* di invito, rivolto dalla stazione appaltante al concorrente, a indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza del lavoro c.d. interni o aziendali – nel caso di offerte presentate prima della pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria 20 marzo 2015, n. 3, con la quale è stato (superato il pregresso contrasto giurisprudenziale e finalmente) chiarito, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, che anche nelle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori incombe sui concorrenti l'obbligo (a pena di esclusione: art. 46, comma 1-*bis*, d.lg. n. 163/2006) di indicare i costi per la sicurezza del lavoro c.d. interni o aziendali (art. 87, comma 4, d.lg. n. 163/06). La Plenaria n. 9/2015 ribadisce, correttamente, che l'indicazione *ex post* dei costi per la sicurezza "si risolverebbe in un'ammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale" dell'offerta (esito inattuabile neppure valorizzando al massimo l'art. 46, comma 1-*ter*, d.lg. n. 163/2006). Ma – ed è quel che rileva in questa sede – la Plenaria n. 9/2015 rifiuta, correttamente, di replicare la (non condivisibile) impostazione di Cons. Stato, ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21, che avrebbe portato a concepire come legittima (e doverosa) l'esclusione dalla gara, per omessa indicazione dei costi per la sicurezza, solo in caso di offerte presentate dopo il 20 marzo 2015 (data di pubblicazione della plenaria n. 3/2015 cit.), imponendosi invece il dovere di soccorso per quelle presentate prima di quella data. La Plenaria n. 9/2015 riafferma "il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche nomofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo. La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione [...] E' significativo che anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di *prospective overruling* siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato". A far tempo da Cass., sez. un., n. 15144/2011 si è costantemente affermato "che per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo, che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine – presupposto decisivo – comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa". Benché ampiamente "comprensibili e condivisibili", le "aspirazioni [...] alla sempre maggiore certezza del diritto e alla stabilità della nomofilachia" possono essere "affrontate e risolte", "nell'attuale assetto costituzionale", "esclusivamente dal legislatore". Si distacca da tale impostazione TAR Piemonte, Torino, sez. II, ord. 16 dicembre 2015, n. 1745, che rimette alla Corte giust. UE il seguente quesito interpretativo: "Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza [...] ostino ad una

³⁰ Le conclusioni, in punto di giurisdizione, non cambiano riguardo a controversie tra amministrazioni e soggetti privati che, in qualità di soggetti attuatori, aderiscono all'accordo di programma: la giurisdizione esclusiva si radica(va) ex art. 11, comma 5, l. n. 241/1990 (e oggi ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.). Cfr. Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18192, in relazione ad una domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'inosservanza, da parte di un soggetto privato, degli obblighi di un accordo di programma stipulato tra enti pubblici, cui il primo aveva successivamente aderito, finalizzato alla bonifica e al recupero di una zona industriale.

normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto” di una serie di disposizioni “così come interpretato, in funzione nomofilattica, ai sensi dell’art. 99 c.p.a., dalle sentenze dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 3 e 9 del 2015, secondo la quale la mancata separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di lavori pubblici, determina in ogni caso l’esclusione della ditta offerente, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicazione non sia stato specificato né nella legge di gara né nell’allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte”. Ciò in quanto “la necessità di tale indicazione deriva con certezza, per l’ordinamento nazionale, non dalla lettera delle disposizioni di legge”, invero tutt’altro che cristallina, “ma solo dal c.d. diritto vivente, ossia dalla richiamata interpretazione nomofilattica del quadro normativo vigente”³¹. Il problema della (perdurante) separazione tra interpretazione e produzione del diritto viene così ad interferire sia con quello della qualità della legge, *sub specie* di chiarezza, prevedibilità e accessibilità dei suoi precetti, sia con quello – invero meno o nient’affatto percepito – della linea di confine tra legittimità (degli atti) e liceità (dei comportamenti).

*Ancora tormenti (ed equivoci) intorno alla presunta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al
Presidente della Repubblica*

Cons. Stato, sez. II, parere 16 novembre 2015, n. 2609 – prendendo le mosse dalla tesi, in voga negli anni recenti ma meritevole di ripensamento, dell’avvenuta trasformazione del ricorso straordinario in rimedio giurisdizionale e constatando, a mo’ di corollario, l’insospettabile atteggiarsi del c.d. diritto di opposizione (art. 10, comma 1, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e art. 48, comma 1, c.p.a.) come diritto meramente potestativo di distogliere il ricorrente dal giudice naturale³² (così trovando compimento – sia consentita la notazione non priva di una punta di ironia – una delle più riuscite eterogenesi dei fini³³) – interpella la Corte di giustizia europea circa la compatibilità dell’istituto dell’opposizione con il diritto a un “giudice precostituito per legge” (elemento costitutivo dell’equo processo ai sensi dell’art. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea).

³¹ E’ la medesima logica sottesa, qualche mese prima, a C.g.a., ord. 15 gennaio 2015, n. 1, che aveva sottoposto al giudice europeo il seguente quesito: “*se i principi del diritto dell’Unione europea, e segnatamente quelli di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità, ostino, o no, a una regola dell’ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di evidenza pubblica [per l’aggiudicazione di servizi] un’impresa che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo – il cui inadempimento sia sanzionato con l’esclusione – di provvedere al versamento di un importo per i fini della partecipazione alla predetta procedura [contributo ad ANAC, già AVCP, ex art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266] e ciò nonostante che l’esistenza di detto obbligo non sia chiaramente desumibile sulla base del tenore letterale della legge vigente nello Stato membro [che si riferisce testualmente alle sole procedure di aggiudicazione di lavori], ma sia tuttavia ricostruibile a seguito di una duplice operazione giuridica, consistente, dapprima, nell’interpretazione estensiva di talune previsioni dell’ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, nella integrazione – in conformità agli esiti di tale interpretazione estensiva – del contenuto precettivo degli atti di gara [c.d. eterointegrazione della *lex specialis*, arg. dall’art. 1339 c.c.]”.*

³² Costringendo, per di più, il ricorrente che non desiste a pagare per la seconda volta un più elevato contributo unificato, senza che sia prevista la possibilità di ripetere quello già corrisposto in occasione della presentazione del ricorso straordinario.

³³ Si badi: a Costituzione invariata, come se l’opposizione non procedesse, nella sua genesi a tutti nota, dal vincolo costituzionale della garanzia costituzionale della difesa in sede giurisdizionale, prevalente sulla diversa (e soccombente) opzione del ricorrente per una sede amministrativa; e come se al legislatore ordinario fosse dato, oltre che revisionare giudici speciali risalenti ad epoca anteriore alla Costituzione, pure istituirne di nuovi.

Di lì a poche settimane Cons. Stato, sez. I, 18 dicembre 2015, n. 3469: *a*) ribadisce³⁴ l'avviso che le novità normative del 2009³⁵ (e la novità pretoria del gennaio 2011³⁶, in punto di ammissibilità del ricorso di ottemperanza per ottenere l'esecuzione del decreto presidenziale di accoglimento del gravame), pur avendo accresciuto l'effettività della tutela garantita dal rimedio, non ne hanno mutato la natura amministrativa (che ha fondamento nell'art. 100, comma 1, Cost., collocato nella Parte II, Titolo III, intitolato "Il Governo", sez. II, intitolata "La pubblica amministrazione"); *b*) esclude pertanto ogni frizione tra l'istituto dell'opposizione e l'art. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, giacché, anzi, "l'istituto dell'opposizione rappresenta [...] lo strumento di ciascuna parte per adire il giudice precostituito per legge, in quanto il ricorso straordinario, alternativo a quello giurisdizionale, presuppone una concorde volontà di tutte le parti all'utilizzo di tale rimedio"³⁷; *c*) aggiunge che l'identità, *in parte qua*, tra art. 47, par. 2, cit. e art. 6 CEDU rende determinante, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la giurisprudenza della C. eur. Dir. uomo, la quale ha in più occasioni escluso il ricorso straordinario dal novero dei rimedi giurisdizionali nazionali (casi Nardella del 28 settembre 1999, Naselli Rocca del 31 marzo 2005, Tarantino del 2 aprile 2013).

Chi scrive prende volentieri nota del rigore con cui la sez. I tenta di rimediare ai veri e propri deragliamenti che si sono registrati nell'ultimo quinquennio, a livello delle supreme magistrature, ordinaria e amministrativa, non adeguatamente rintuzzati dalla timidezza di C. cost., 2 aprile 2014, n. 73.

Acquisizione sanante e principio della domanda

Cons. Stato, sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5841, a fronte di una domanda di risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva (spiccata oltre dieci anni prima davanti al Tribunale di primo grado, da quello ingiustamente respinta e ribadita in appello), constata la sopravvenienza dell'art. 42-*bis* d.P.R. n. 327/2001 (applicabile, giusta la previsione del suo comma 8, "altresì ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore") e condanna l'Amministrazione ad effettuare, entro un termine all'uopo stabilito, "la scelta amministrativa in ordine all'adozione dell'atto di acquisizione ovvero alla restituzione del bene". La sentenza non pare rispettosa del principio della domanda: vero è che C. cost. n. 71/2015 cit. ha ritenuto infondato il dubbio di costituzionalità suscitato dalla mancanza di un termine per l'esercizio del potere di acquisizione sanante³⁸ facendo leva sull'orientamento giurisprudenziale che riconosce al giudice amministrativo il potere di assegnare all'Amministrazione un termine entro cui scegliere tra l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante e la restituzione dell'immobile (cfr. il punto 6.6.3 del "Considerato in diritto"), ma

³⁴ Così la sez. I si era già espressa con il parere n. 2553/2014, reso sull'affare n. 1033/2014, nell'adunanza del 2 e 16 luglio 2014.

³⁵ Art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69: carattere vincolante del parere del Consiglio di Stato e sua legittimazione a sollevare incidenti di costituzionalità.

³⁶ Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065.

³⁷ Nello stesso senso la sez. I si era già espressa con il parere n. 2786/2015, reso sull'affare n. 396/2015, nell'adunanza del 14 ottobre 2015: l'opposizione è istituito "fondante" il "rapporto tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale", "il ricorso straordinario, alternativo al ricorso giurisdizionale, postula che qualsiasi parte, diversa dal ricorrente, abbia la possibilità di optare per il rimedio giurisdizionale, che offre maggiori garanzie".

³⁸ Salva la presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato: conclusione che C. cost., n. 71/2015 cit. deduce, forse un po' sbrigativamente, dalla non retroattività dell'acquisto della proprietà da parte dell'ente pubblico (cfr. il punto 6.5 del "Considerato in diritto" e, nell'art. 42-*bis*, comma 1, cit., l'inciso "non retroattivamente"). Ma *contra* Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4403.

senza con ciò disconoscere l'imprescindibilità dapprima di un'istanza e, quindi, di una susseguente domanda giudiziale da parte dell'interessato³⁹⁴⁰.

Danno da ritardo ed esclusione dal risarcimento dei danni evitabili con l'ordinaria diligenza

TAR Liguria, Genova, sez. II, 8 gennaio 2016, n. 4 riferisce la clausola di esclusione dal risarcimento "dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti" (art. 30, comma 3, secondo periodo, c.p.a.) anche al c.d. danno da ritardo (nella specie, ritardo nell'adozione di un decreto interministeriale cui rinviava un contratto collettivo e, di conseguenza, nel riconoscimento di una certa indennità a favore dei poliziotti ricorrenti: il giudice ha risarcito soltanto il danno maturato successivamente alla notifica all'amministrazione di una diffida ad adottare l'atteso decreto)⁴¹.

La disposizione tedesca ispiratrice dell'art. 21-octies, comma 2, legge n. 241/1990 all'esame della Corte di giustizia

C. giust. UE, sez. II, 15 ottobre 2015, causa C-137/14⁴² si occupa dell'art. 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (disposizione che ha ispirato l'art. 21-octies, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241), in relazione all'art. 11 della direttiva 2011/92 (disposizione relativa all'accesso alla giustizia e al sindacato giurisdizionale su atti amministrativi in tema di valutazione di impatto ambientale). I punti rilevanti della sentenza, a questi fini, sono quelli da 54 a 62, nonché il primo trattino del n. 1) delle conclusioni. Secondo il giudice europeo una norma nazionale che subordina l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento (relativo ad una valutazione di impatto ambientale) alla prova, da parte del ricorrente, di un nesso di causalità tra il vizio di procedura addotto e il contenuto dispositivo del provvedimento medesimo, rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al ricorso di cui all'art. 11 della direttiva 2011/92 e pregiudica l'obiettivo di tale direttiva, in termini di ampiezza dell'accesso alla giustizia e del sindacato giurisdizionale sulle decisioni amministrative, anche sul versante del rispetto delle garanzie procedurali, che riveste notevole importanza nel settore ambientale. Ma – si badi – il profilo decisivo risiede non già nella subordinazione, in sé e per sé considerata, dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento all'esistenza di un nesso di causalità tra il vizio procedurale addotto e il contenuto

³⁹ Domanda giudiziale inammissibile se proposta con memoria (com'è accaduto nella specie: cfr. il punto 6 della sentenza), anziché con motivi aggiunti.

⁴⁰ La pronuncia non persuade neppure laddove intende rinunciata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., l'eccezione di tardività della notifica del ricorso (nella parte in cui impugnava atti della procedura espropriativa), articolata dall'Amministrazione in primo grado, assorbita dal TAR che aveva respinto il ricorso nel merito e riproposta davanti al Consiglio di Stato dall'Amministrazione appellata, ma oltre il termine per la costituzione in giudizio di cui all'art. 46, comma 1, c.p.a. (sessanta giorni dalla ricevuta notifica del ricorso in appello). Le eccezioni cui allude l'art. 101, comma 2, cit. sono quelle in senso stretto, cui non è riconducibile l'irricevibilità per tardività della notifica del ricorso, rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a. (senza che a tale rilievo officioso ostasse, nella specie, una statuizione esplicita di tempestività nell'ambito della sentenza di prime cure).

⁴¹ Non è dato inferire dalla sentenza l'adesione alla tesi che ritiene sufficiente, al fine di neutralizzare la clausola di esclusione dal risarcimento dei danni evitabili, una semplice iniziativa stragiudiziale (es., richiesta di riesame, diffida), giacché nella specie il ricorrente era insorto anche contro il silenzio-inadempimento e la sopravvenienza, nelle more del giudizio, dell'atteso decreto interministeriale aveva determinato *in parte qua* la cessazione della materia del contendere (art. 34, ultimo comma, c.p.a.).

⁴² Sentenza segnalata a chi scrive dall'amico e collega Francesco Goisis, che si ringrazia.

dispositivo del provvedimento medesimo, bensì nell'attribuzione al ricorrente dell'onere di dimostrare che la decisione amministrativa sarebbe stata diversa in assenza del vizio di procedura invocato, specie in considerazione della complessità e del tecnicismo che connotano i procedimenti di valutazione di impatto ambientale⁴³. Diverso sarebbe se l'onere della prova incombesse sull'Amministrazione resistente e se quest'ultima dimostrasse, in concreto, che la decisione contestata non sarebbe stata diversa in assenza del vizio di procedura lamentato dal ricorrente (o se tale circostanza risultasse comunque dagli atti acquisiti al giudizio)⁴⁴.

Contributi unificati multipli

TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 2840, incurante della plateale assenza di giurisdizione, accerta la non debenza del contributo unificato per i motivi aggiunti con cui è impugnata, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione definitiva (a favore del controinteressato), a seguito di un ricorso introduttivo promosso contro la propria esclusione: così è intesa, invero generosamente, la sentenza della C. giust. UE, Sez. V, 5 ottobre 2015, causa C-61/14.

Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2015, n. 5128, parimenti incurante del difetto di *potestas iudicandi*, respinge la domanda di "esonero" dal contributo unificato per uno dei due appelli incidentali, nonostante la duplicazione sia dipesa, nella specie, dalla mancata riunione di due ricorsi in primo grado (mentre sono stati poi riuniti i due appelli principali ai sensi dell'art. 70 c.p.a.): ma ciò avrebbe dovuto indurre a dispensare l'appellante incidentale dal doppio tributo giudiziario, non rilevando, in contrario, che i motivi prospettati con gli appelli incidentali, in quanto assorbiti in primo grado, avrebbero potuto essere riproposti con memorie ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. Anzi, proprio perché le memorie non sarebbero state onerate dal contributo, identica, ad avviso di chi scrive, è la sorte che sarebbe dovuta toccare ad entrambi gli appelli incidentali.

Effetti dell'istanza di prelievo a partire dal 1° gennaio 2016

L'art. 1, comma 781, lett. b), l. 28 dicembre 2015, n. 208, in vigore dal 1° gennaio 2016, ha introdotto nel Codice del processo amministrativo l'art. 71-bis, così formulato: "A seguito dell'istanza di cui al comma 2 dell'articolo 71 [istanza di prelievo, con cui la parte segnala "l'urgenza del ricorso" ai fini della fissazione dell'udienza pubblica per la sua discussione], il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata".

⁴³ La Germania è pertanto venuta meno agli obblighi di cui all'art. 11 della direttiva 2011/92 "limitando, in applicazione dell'art. 46 della legge sul procedimento amministrativo, l'annullamento delle decisioni per vizio di procedura [...] ai casi in cui il ricorrente dimostri che il vizio di procedura presenta un nesso di causalità con il risultato della decisione".

⁴⁴ Non dissimile è, a ben vedere, la logica di fondo di C. giust. UE, sez. V, 12 marzo 2015, causa C-538/13, punti 46 e 47, secondo cui "spetta, in via di principio, al diritto nazionale determinare se e in quale misura le autorità amministrative e giurisdizionali competenti debbano tenere conto della circostanza che un'eventuale parzialità degli esperti [nominati per la valutazione di offerte tecniche nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico] abbia avuto o meno un impatto su una decisione di aggiudicazione dell'appalto" [id est, della circostanza che i risultati della valutazione delle offerte sarebbero rimasti, o meno, sostanzialmente identici anche in assenza di valutatori parziali fra gli esperti che hanno valutato le offerte: così era espresso il quesito interpretativo rivolto al giudice europeo]. Va peraltro sottolineato che qui si discorre non già di regole squisitamente procedurali, bensì di illegittima composizione della commissione aggiudicatrice.

Alcune domande si impongono: chi e in quale momento accerta “la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria”? Il presidente in vista della fissazione dell’udienza in camera di consiglio o il collegio nell’ambito della stessa? Chi e in quale momento sente “sul punto le parti costituite”? Il Presidente fuori udienza e senza formalità (*ad instar* di quanto prevedono, in tutt’altro contesto, l’art. 56, comma 3, ultimo periodo e l’art. 61, comma 2, secondo periodo, c.p.a.) o il collegio nell’ambito dell’udienza in camera di consiglio?

Se l’istanza di prelievo ha, come effetto automatico, la fissazione di un’udienza in camera di consiglio, allora l’accertamento della “completezza del contraddittorio e dell’istruttoria”, così come l’audizione “sul punto” delle “parti costituite”, compete al collegio nell’ambito dell’udienza camerale. Se, invece, la fissazione dell’udienza camerale non è effetto automatico dell’istanza di prelievo, allora l’accertamento della maturità della causa per la decisione e l’interpello delle parti, fuori udienza e senza formalità, spettano al presidente (ma con esiti che mai potrebbero vincolare il collegio).

Si lascia preferire la prima opzione, poiché – leggendo l’art. 71-*bis* cit. – il soggetto che accerta “la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria” è lo stesso che sente “sul punto le parti costituite” e che definisce, “in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata”: si tratta del “giudice”, inteso come collegio.

Ciò postula che l’istanza di prelievo sortisca, come effetto automatico, la fissazione, da parte del presidente, di un’udienza in camera di consiglio. Il rito si converte in camerale e soggiace all’art. 87, comma 3, c.p.a.: con le eccezioni ivi contemplate, tutti i “termini processuali sono dimezzati” (e, tra essi, quello stabilito dall’art. 71, comma 5, c.p.a. per la comunicazione alle parti costituite del decreto di fissazione dell’udienza e quelli fissati dall’art. 73, comma 1, c.p.a. per il deposito di documenti, memorie e repliche in vista dell’udienza). La camera di consiglio, argomentando dall’art. 87, comma 3, secondo periodo, c.p.a., è fissata alla prima udienza utile successiva al sessantesimo giorno decorrente dal deposito dell’istanza di prelievo.

Se, approdata la causa all’udienza in camera di consiglio, il collegio accerta l’incompletezza del contraddittorio o dell’istruttoria, adotta le opportune ordinanze e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione (argomentando dall’art. 60 c.p.a., cui bisognerebbe rifarsi anche per l’evenienza in cui una parte dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione).

Esecuzione del giudicato e giusto processo (art. 6 CEDU)

C. eur. Dir. uomo, 14 gennaio 2016 (*Ventouris c. Grecia*)⁴⁵ si pronuncia sul ricorso n. 45290/11, concernente la prolungata inesecuzione, da parte di amministrazioni greche, delle sentenze a più riprese rese dal giudice amministrativo riguardo alla reiterazione di vincoli preordinati all’espropriazione. Con riferimento alla violazione dell’art. 6 CEDU, i giudici di Strasburgo rimarcano che il diritto di accesso a un giudice sarebbe “illusorio” se l’ordine giuridico interno di uno Stato membro consentisse che una “decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria resti inoperante a scapito” della parte (inutilmente) vittoriosa. L’esecuzione di una sentenza, da qualunque giurisdizione essa promani, è “parte integrante” del giusto processo: ma la Corte⁴⁶ “sottolinea l’importanza peculiare che riveste l’esecuzione delle sentenze dei giudici nel contesto del contenzioso amministrativo” (punto 44)⁴⁷.

⁴⁵ Sentenza segnalata a chi scrive dal dott. Alberto Buonfino, dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Milano – Bicocca, che si ringrazia.

⁴⁶ Richiamando C. eur. Dir. uomo, 22 dicembre 2005, nel ricorso n. 32259/02, *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grecia*.

⁴⁷ Si ringrazia la dott.ssa Ilaria Martella, dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Milano, che ha segnalato a chi scrive la maggior parte delle sentenze menzionate in questa rassegna.

