**Diritto Amministrativo II**

**Sentenze in programma per l’a.a. 2018/2019**

***Il riparto di giurisdizione***

Corte di Cassazione, S. U., 6 novembre 1991, n. 11851 (G. Corso e altri, *Giustizia amministrativa*, Torino 2014, p. 21)

Corte di Cassazione, S. U., ord. 15 febbraio 2011, n. 3670 (*Giustizia amministrativa,* p. 23)

T.A.R. Piemonte, Torino, 21 dicembre 2016, n. 1579(file allegato)

T.A.R. Toscana, sez. I , 28 febbraio 2018, n. 329 (file allegato)

T.A.R. Puglia, Lecce, 24 gennaio 2017, n. 104 (file allegato)

Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204 (*Giustizia amministrativa,* p. 32)

Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191 (*Giustizia amministrativa,* p. 39)

Corte di Cassazione, S. U., 7 dicembre 2016, n. 25044 (file allegato)

***Il giudice ordinario. Poteri e limiti***

Corte di Cassazione, sez. lav., 3 ottobre 1996, n. 8661 (*Giustizia amministrativa,* p. 63)

Corte di Cassazione, sez. II civ., 16 marzo 2017, n. 6855 (file allegato)

Corte di Cassazione, S. U., 29 marzo 1989, n. 1540 (*Giustizia amministrativa,* p. 70)

Corte di Cassazione, S. U., 20 febbraio 1992, n. 2092 (*Giustizia amministrativa,* p. 72)

***Le condizioni dell’azione***

T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 1720 (*Giustizia amministrativa,* p. 114)

T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 6 ottobre 2017, n. 625 (file allegato)

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563 (file allegato)

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1 marzo 2016 n. 2733 (file allegato)

T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 17 settembre 2012, n. 564 (*Giustizia amministrativa*, p. 126)

***L’azione di annullamento e il giudizio di primo grado***

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 13 aprile 2015, n. 4 (file allegato)

Consiglio di Stato, Ad. Pl., 27 aprile 2015, n. 5 (file allegato)

Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 (*Giustizia amministrativa*, p. 158)

***L’azione avverso il silenzio***

T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 9 marzo 2012, n. 74 (*Giustizia amministrativa*, p. 166)

T..A.R. Campania, Napoli, 8 marzo 2012, n. 1185 (*Giustizia amministrativa*, p. 169)

T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 giugno 2011, n. 899 (*Giustizia amministrativa*, p. 171)

***L’azione di condanna al risarcimento del danno***

Corte di Cassazione, S. U., 22 luglio 1999, n. 500 (*Giustizia amministrativa*, p. 193)

Consiglio di Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3 (*Giustizia amministrativa*, p. 210)

Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94 (file allegato)

**Capitolo X, *L’azione cautelare***

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 2 luglio 2007, n. 5893 (*Giustizia amministrativa*, p. 261)

Consiglio di Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165 (*Giustizia amministrativa*, p. 263)

***Il riparto di giurisdizione***

**T.A.R. Piemonte, Torino, 21 dicembre 2016, n. 1579**

FATTO e DIRITTO

 1. Con ricorso portato alla notifica il 4 marzo 2011 e depositato il 23 marzo successivo, i signori -OMISSIS- e -OMISSIS-, agendo in proprio e nell'interesse del figlio minorenne -OMISSIS-, hanno impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe con cui l'ASL TO1 ha respinto la loro istanza di autorizzazione al trasferimento all'estero per cure mediche oculistiche presso l'Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, occorrenti al figlio -OMISSIS-. Hanno premesso i ricorrenti che nel giugno del 2010, a seguito di una visita specialistica presso l'Ospedale Koelliker di Torino, il proprio figlio -OMISSIS-, all'epoca di cinque anni, risultava affetto da una malattia rara denominata Morbo di Coats, una patologia caratterizzata da un anomalo sviluppo dei vasi sanguigni della retina, che può condurre al distacco di quest'ultima e alla perdita del visus, e che negli stadi precoci è trattabile con il laser e la crioterapia. La diagnosi era confermata nel luglio successivo presso l'Ospedale Maria Vittoria di Torino, dove il minore era sottoposto a due interventi chirurgici, il 22 luglio e il 9 settembre 2010, a seguito dei quali, peraltro il visus dell'occhio sinistro (l'unico interessato dal morbo) subiva un peggioramento, da 2/10 a 1/10. Nell'ottobre del 2010, su richiesta del medico specialista dell'Ospedale Maria Vittoria di Torino, i ricorrenti si recavano a Siena presso il Policlinico S. Maria delle Scotte, dove il figlio era sottoposto ad una nuova visita, a seguito della quale la specialista escludeva la necessità di un nuovo intervento, raccomandando esclusivamente l'effettuazione di visite di controllo ravvicinate nel tempo. Peraltro, a seguito di specifica indicazione dello specialista dr. Lu. Ba., primario di oculistica presso l'Ospedale Civile di Ivrea, i ricorrenti decidevano di rivolgersi all'Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, centro altamente specialistico nel campo delle cure oftalmiche, richiedendo a tal fine all'Asl di riferimento, in data 22 ottobre 2010, l'autorizzazione al trasferimento all'estero per cure mediche. Il 26 ottobre 2010 la Commissione Specialistica costituita presso il Centro Regionale di riferimento non concedeva l'autorizzazione sul rilievo che *"Trattasi di patologia non prevista dal DD.MM. 24/01/90, 30/08/91, il trattamento terapeutico richiesto è eseguibile presso le strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale"*, indicando altresì tre strutture pubbliche presso cui il bambino avrebbe potuto ricevere cure adeguate e tempestive: - il Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena; - l'Ospedale Sacro Cuore Negar-Centro di Riabilitazione Visiva di Verona; - e l'Ospedale Pediatrico Bambin Gesù di Roma. Dal momento, però, che i ricorrenti si erano già rivolti al Policlinico S. Maria delle Scotte di Siena senza ricevere alcuna

terapia per il bambino, ma solo la conferma della diagnosi, i ricorrenti decidevano di recarsi ugualmente all'Hopital Ophtalmique Jules Gonin di Losanna, dove il figlio era sottoposto ad un nuovo intervento in data 8 novembre 2010, conseguendo evidenti progressi, dal momento che il visus dell'occhio sinistro aumentava rapidamente fino a 5/10. Di conseguenza, il 24 novembre 2010 essi formulavano all'ASL TO1 richiesta di riesame del provvedimento di diniego dell'autorizzazione al trasferimento all'estero, sulla quale, tuttavia, la Commissione Specialistica costituita presso il Centro Regionale di Riferimento si limitava a confermare in data 16 dicembre 2010 il precedente orientamento, di modo che l'istanza era conclusivamente rigettata con deliberazione n. 1266/C. 02/2010 del Direttore Generale dell'ASL TO1 del 31 dicembre 2010, comunicata ai ricorrenti con nota ricevuta il 7 gennaio successivo.

2. Impugnando quest'ultimo provvedimento, unitamente ai due pareri resi in date 26 ottobre e 16 dicembre 2010 dalla Commissione Specialistica presso il Centro Regionale di Riferimento, i ricorrenti hanno articolato tre censure, intimamente connesse, con le quali hanno dedotto la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5 del D.M. 3.11.1989 per la fruizione di prestazioni assistenziali in forma indiretta presso centri all'estero di altissima specializzazione, e in particolare la necessità di una prestazione non ottenibile tempestivamente e/o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico presso le strutture italiane, pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale; hanno lamentato il difetto di motivazione dei pareri resi dalla Commissione Specialistica presso il Centro regionale di Riferimento, senza neppure esaminare, soprattutto in sede di riesame, la copiosa documentazione medica (anche relativa alle cure presso l'Ospedale di Losanna) prodotta dagli interessati e senza svolgere alcuna valutazione specifica riferita al proprio figlio -OMISSIS-, ma limitandosi ad indicare tre strutture specialistiche italiane, una delle quali, peraltro, (quella di Siena) si era già limitata a confermare la diagnosi senza somministrare alcuna terapia.

3. L'ASL TO1 si è costituita in giudizio depositando documentazione e resistendo al gravame con memoria difensiva, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, e, in subordine, nel merito, contestando la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto. 4. La difesa di parte ricorrente ha replicato con memorie conclusive.

5. All'udienza pubblica del 23 novembre 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione. 6. È fondata l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla difesa dell'amministrazione. 6.1. In corso di causa si è infatti consolidato in giurisprudenza, a far data dalla fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 20577 del 6 settembre 2013, l'orientamento che attribuisce al giudice ordinario tutte le controversie sulle autorizzazioni e sui rimborsi delle cure mediche da effettuare all'estero. Le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui "La controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo - il diritto alla salute - non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla p.a., senza che rilevi che, in concreto, sia stato chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, il quale implica solo un limite interno alle attribuzioni del giudice ordinario, giustificato dal divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e non osta alla possibilità per il giudice di interpretare la domanda come comprensiva della richiesta di declaratoria del diritto ad ottenere l'autorizzazione ad effettuare le cure all'estero". 6.2. A tale orientamento si è uniformata sostanzialmente tutta la giurisprudenza amministrativa successiva: tra le ultime, Consiglio di Stato sez. III 10 febbraio 2016 n. 592; T.A.R. Catania sez. IV 15 febbraio 2016 n. 515; T.A.R. Lecce sez. II 21 gennaio 2016 n. 181; T.A.R. Campobasso sez. I 08 luglio 2014 n. 440 ; T.A.R. Brescia sez. I 06 maggio 2014 n. 466 7. Alla luce di tali considerazioni, va dunque affermata la giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riproposto nel termine di legge. 8. Le spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti, tenuto conto nel mutamento giurisprudenziale intervenuto in corso di causa e del fatto che lo stesso provvedimento impugnato riportava in calce la facoltà di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo.

**PQM**

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nei sensi indicati in motivazione. Compensa le spese di lite. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

**T.A.R. Toscana, sez. I , 28 febbraio 2018, n. 329**

FATTO

Immcas società agricola s.r.l. ha presentato, in data 4.4.2011, domanda di finanziamento in relazione al bando Misura 311, riguardante la diversificazione in attività non agricole per il programma di sviluppo rurale 2007/2013 indetto dalla Regione.

In particolare, l'istanza concerneva I) la ristrutturazione edilizia delle strutture recettive, II) la realizzazione di impianti elettrici e III) di sfruttamento dell'energia geotermica per riscaldamento (sottomisura 100368), nonché IV) l'acquisto e installazione di impianti solari termici e V) di impianti per la produzione di energia di tipo cogenerazione con biomasse agroforestali (sottomisura 100369).

Il bando stabiliva, come requisito di partecipazione, la cantierabilità delle opere di cui si chiedeva il finanziamento alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda (5.4.2011).

L'art. 2.2 del documento attuativo regionale (documento n. 12) definiva come cantierabili da un lato le opere per le quali era stata presentata al Comune, almeno 20 giorni prima della ricezione della domanda di aiuto economico, una denuncia di inizio attività valida ai fini dell'effettivo avvio dei lavori, completa di ogni necessario parere, nulla osta o atto d'assenso comunque denominato, dall'altro lato i macchinari, gli impianti e le attrezzature per le quali erano stati presentati specifici preventivi controfirmati dal fornitore e indicanti il prezzo, la data di consegna e i termini di pagamento. Per i progetti relativi alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, il documento attuativo regionale (DAR) prescriveva sia la dichiarazione di aver presentato l'istanza di autorizzazione al Comune entro il termine di ricezione della richiesta di contributo, sia la presentazione dell'autorizzazione stessa entro il termine ultimo di adozione dell'atto di assegnazione.

Omissis

In data 13.6.2013 l'Unione dei Comuni ha annunciato alla società istante la decadenza della domanda di aiuto economico disposta con determinazione n. 300 del 18.3.2013 per mancato possesso del requisito della cantierabilità degli interventi da finanziare, ai sensi dell'[art. 10 bis della legge n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159440&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true) (documento n. 2).

La ricorrente ha replicato con lettera del 27.6.2013 (documento n. 11) facendo presente che invece le opere erano cantierabili dal 18.12.2010 e che per la costruzione del locale interrato l'autorizzazione era stata rilasciata il 23.2.2011.

L'Unione dei Comuni, con provvedimento del 1.8.2013, senza soffermarsi sulle osservazioni dell'interessata e richiamando la determinazione n. 856 del 25.7.2013 confermativa del diniego di ammissibilità della domanda, ha pronunciato la decadenza della domanda stessa reputando la richiedente "non in possesso della cantierabilità necessaria per la realizzazione degli interventi proposti, come previsto dall'art. 4, lett. B, del bando di misura".

Omissis.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

È stato eccepito il difetto di giurisdizione, sull'assunto che nel caso di specie rileverebbe una posizione di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo, della ricorrente, in quanto il gravato diniego è espressione di attività amministrativa vincolata.

L'eccezione non è condivisibile.

È noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, sussiste la giurisdizione ordinaria quando 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 ed il quomodo dell'erogazione economica, ovvero allorquando rilevi l'attività amministrativa vincolata, a fronte della quale la posizione del soggetto inciso è di diritto soggettivo ([Cass., sez. un. 13 ottobre 2011, n. 21062](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=3165845&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true); idem, 17 gennaio 2013, n. 150).

Tuttavia, se è pur vero che l'interesse legittimo si correla, di norma, all'esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, non è altrettanto vero che di fronte ad un provvedimento vincolato il privato vanti sempre diritti soggettivi, ben potendo sussistere posizioni di interesse legittimo in relazione a provvedimenti vincolati, a condizione che questi ultimi siano emanati in via primaria ed immediata per la cura degli interessi pubblici e non per la soddisfazione di aspettative dei privati ([Cass., S.U. 19.4.2017, n. 9862](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5354165&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true)). Né la cura primaria dell'interesse pubblico sussiste, in materia di concessione di contributi economici da parte della pubblica amministrazione, solo allorquando l'attività finanziata abbia una immediata rilevanza pubblica (come nel caso dell'attività di interesse pubblico -ad esempio il trasporto pubblico- svolta dal concessionario di pubblico servizio), rilevando invece lo scopo per il quale è previsto l'aiuto economico.

Orbene, il finanziamento chiesto dalla società istante rientra nel programma di sviluppo rurale 2007/2013 indetto dalla Regione Toscana, dal quale emerge il perseguimento, in via primaria ed immediata, dell'interesse pubblico a promuovere gli investimenti finalizzati a diversificare le attività delle aziende agricole. Infatti, come riportato nel sito internet della Regione Toscana, la misura n. 311, cui è riferita l'istanza della ricorrente, <<intende promuovere gli investimenti finalizzati a diversificare le attività delle aziende agricole per incrementare il reddito aziendale complessivo ed attivare rapporti economici con soggetti operanti al di fuori del settore agroalimentare. Si può esaltare così il ruolo multifunzionale delle aziende agricole, creando nuove opportunità di reddito e di occupazione. Con la diversificazione aziendale è possibile, inoltre, accrescere i livelli di integrazione delle risorse disponibili nelle aree agricole per potenziare la rete di promozione sociale e gli strumenti di prevenzione del disagio, in linea con quanto previsto dalla normativa regionale. L'importanza e la valenza della multifunzionalità dell'impresa agricola sono anche sottolineate dall'OCSE che afferma che "oltre alla produzione di alimenti e fibre (sani e di qualità) l'agricoltura può modificare il paesaggio, contribuire alla gestione sostenibile delle risorse, alla preservazione delle biodiversità, a mantenere la vitalità economica e sociale delle aree rurali". Nello specifico della Toscana, la diversificazione delle attività aziendali verso settori produttivi e di servizio non agricoli sta diventando un'esigenza indilazionabile a causa della perdita di competitività e di capacità di produrre occupazione manifestata dalle imprese operanti nel settore agricolo (v. cap. 4 'Economia rurale e qualità della vita' dell'analisi della situazione); nell'analisi territoriale è stato constatato infatti che la diminuzione di competitività e occupazione non si manifesta solo nelle zone C e D, ma anche per quelle ricadenti nelle altre zone>>. La cura primaria dell'interesse pubblico, cui è asservito il contributo de quo, trova riscontro più generale nell'[art. 52, lett. a, punto i, del regolamento CE del 20.9.2005, n. 1698](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=11&idDocMaster=228565&idUnitaDoc=1283109&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true).

Pertanto, si attaglia al caso di specie il sopra citato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il privato vanta una posizione di interesse legittimo in relazione al provvedimento vincolato emanato in via primaria, diretta ed immediata per il soddisfacimento di interessi pubblici ([Cass., S.U., 19.4.2017, n. 9862](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=5354165&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true)).

Rilevano al riguardo le ragioni del conferimento del potere esercitato e le finalità del potere stesso: la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi è da farsi - alla stregua dei principi generali - con riferimento alla finalità perseguita dalla norma cui il provvedimento si ricollega: a seconda che la norma sia diretta in via primaria ed immediata a tutelare posizioni soggettive del privato (norma di relazione - diritti soggettivi), ovvero a tutelare un interesse pubblico della collettività (norma di azione - interessi legittimi; si veda [TAR Lombardia, Brescia, II, 4.12.2009, n. 2504](#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&idDocMaster=1741813&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true)).

In conclusione appare dirimente, quale elemento fondante la giurisdizione amministrativa, la circostanza che il contestato provvedimento risulta frutto di attività amministrativa vincolata immediatamente connessa al perseguimento dell'interesse pubblico.

2. Omissis

3. Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del ricorso valgono le seguenti considerazioni.

Con la prima censura la società istante lamenta il difetto di motivazione e la mancata valutazione delle osservazioni dalla stessa presentate in risposta al preavviso di diniego.

La doglianza è fondata.

La contestata dichiarazione di decadenza della domanda di aiuto economico (costituente sostanzialmente un diniego di ammissione al finanziamento) ha assunto, come unica motivazione, il fatto che la richiedente non risultava in possesso della cantierabilità necessaria per la realizzazione degli interventi proposti, senza dare contezza di quali fossero le ragioni della ravvisata non cantierabilità, a fronte dei numerosi documenti presentati assieme all'istanza. L'Amministrazione avrebbe dovuto specificare quali fossero i documenti da cui era dato evincere l'inosservanza del requisito di cantierabilità e controdedurre alle osservazioni presentate dalla ricorrente in sede di partecipazione al procedimento.

Pertanto, da un lato risulta violato l'[art. 3 della legge n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159428&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true), dall'altro risulta violata la regola del contraddittorio, posto che non risulta esaminata e valutata la nota di risposta presentata dall'interessata ad esito della comunicazione preventiva delle (generiche) ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza [ex art. 10 bis della legge n. 241/1990](#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=3949324&idUnitaDoc=20159440&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true).

Omissis.

**T.A.R. Puglia, Lecce, 24 gennaio 2017, n. 104**

FATTO e DIRITTO

1. È impugnata la nota in epigrafe, con cui l'Amministrazione ha intimato alla ricorrente la restituzione della somma di € 454.531,36, percepita da quest'ultima a titolo di contributo di ristoro per il ritiro dei seminativi dalla produzione.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: violazione degli artt. 97 Cost; 2 Reg. CE n. 1848/06; 73 Reg. CE n. 796/04; 80 Reg. CE n. 1122/09; eccesso di potere per errore, difetto di istruttoria e di motivazione, perplessità, ingiustizia manifesta.

All'udienza dell'11.1.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. La presente controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, 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 c.d. petitum sostanziale, ossia della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, conosciuta dal giudice alla luce dei fatti affermati e del rapporto di cui essi costituiscono espressione.

Da tale affermazione sono state tratte le seguenti conseguenze:

- sussiste 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 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).

Tale indirizzo è stato di recente nuovamente ribadito dal giudice delle nomofilachia, il quale ha bensì chiarito che anche nella fase c.d. esecutiva del rapporto di concessione del contributo sono predicabili situazioni di interesse e non di diritto, e ciò si verifica nei casi di "regressione" della posizione giuridica del soggetto privato, allorché la mancata erogazione (o il ritiro/revoca di essa) consegua all'esercizio di poteri di carattere autoritativo, espressione di autotutela della pubblica amministrazione, sia per vizi di legittimità, sia per contrasto, originario o sopravvenuto, con l'interesse pubblico. In tali casi, ripropositivi di un aspetto di ponderazione degli interessi pubblici sottesi, la cognizione della controversia azionata dal privato trova sede naturale nella giurisdizione amministrativa.

Se ciò è vero, deve essere tuttavia il giudice ordinario l'organo competente a conoscere delle controversie instaurate per ottenere gli importi dovuti o per contrastare l'amministrazione che, servendosi degli istituti della revoca, della decadenza o della risoluzione, abbia ritirato il finanziamento o la sovvenzione sulla scorta di un preteso inadempimento, da parte del beneficiario, agli obblighi impostigli dalla legge o dagli atti concessivi del contributo (Cass. civ, SS.UU, 11.7.2014, n. 15941).

Tale indirizzo interpretativo, al quale inizialmente il giudice amministrativo non aveva prestato unanime adesione, è stato successivamente convalidato dal Supremo consesso di giustizia amministrativa nelle AA.PP. n. 13/2013 e 6/2014.

Di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito che il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di sovvenzioni pubbliche va attuato nel senso che: "la controversia appartiene al giudice ordinario quando attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un asserito inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, non rilevando che gli atti siano formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione atteso che in tal caso il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione; appartiene, invece, al giudice amministrativo la controversia che riguardi una fase precedente al provvedimento attributivo del beneficio o quello adottato successivamente alla erogazione del beneficio per vizi che attengono al momento genetico, per la presenza di vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario" (C.d.S, V, 28.10.2015, n. 4931).

3. Non c'è dubbio, pertanto, che nel momento in cui l'Amministrazione decida di revocare il finanziamento adducendo un asserito inadempimento del beneficiario alle condizioni cui il finanziamento era subordinato, vengono in rilievo pretese aventi consistenza di diritti soggettivi perfetti, con la conseguenza che la posizione della p.a. è in tutto assimilabile a quella di un qualsivoglia litigante privato, il quale si determini a por fine al rapporto negoziale in conseguenza dell'inadempimento della controparte alle obbligazioni discendenti dal sinallagma negoziale.

Tale impostazione è stata da ultimo condivisa da questo TAR con sentenza n. 370/16, le cui motivazioni questo Collegio condivide e fa proprie.

4. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, si legge nell'atto impugnato che la ricorrente ha percepito contributi pari complessivamente ad € 454.531,36, a titolo di ristoro/indennizzo per il ritiro dei seminativi dalla produzione.

Successivamente, l'Amministrazione ha ritenuto la non spettanza dei contributi, sulla base delle irregolarità riscontrate, determinanti a suo dire uno sviamento tra il programma concordato e quello effettivamente realizzato. Per tali ragioni, l'Amministrazione ha altresì intimato alla ricorrente la restituzione delle somme inizialmente erogate.

5. Tanto premesso, emerge dal suddetto excursus storico-fattuale che la controversia in esame non involge in alcun modo l'esercizio di poteri autoritativi rilevanti ex art. 7 c.p.a, essendo invece collegata all'esercizio, da parte dell'Amministrazione, di poteri di autotutela di stampo privatistico (sul modello della previsione di cui all'art. 1456 c.c.), cui è estraneo ogni profilo di cura dell'interesse pubblico e/o di comparazione di quest'ultimo con quello privato (cfr, sul punto, Cass. Civ, SS.UU, ord. 25 gennaio 2013, n. 1776, cit; C.d.S, AP n. 6/14 cit).

Ne consegue che, venendo in rilievo una controversia involgente diritti soggettivi perfetti non devoluti - in assenza di specifica e puntuale previsione normativa - alla giurisdizione esclusiva del g.a, la relativa cognizione non può che essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

6. Alla luce di tali considerazioni, reputa conclusivamente il Collegio che, nella fattispecie in esame, vi è difetto di giurisdizione del giudice adito, per essere detta giurisdizione devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria, nei confronti della quale il presente giudizio dovrà essere riassunto nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

7. Sussistono giusti motivi - rappresentati dalla novità delle questioni affrontate - per la compensazione delle spese di lite

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, per essere la relativa controversia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale il presente giudizio dovrà essere riassunto nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 24 GEN. 2017.

**Corte di Cassazione, S. U., 7 dicembre 2016, n. 25044**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Gli odierni ricorrenti convenivano in giudizio innanzi, al Tribunale di Lecco, l'ANAS - Ente Nazionale per le Strade, di cui chiedevano la condanna al risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. A sostegno della domanda, l'occupazione c.d. usurpativa di porzioni immobiliari di loro rispettiva proprietà, effettuata nel 1961 (per l'ampliamento della SS n. (OMISSIS)) in assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Resistendo l'ANAS, il Tribunale con sentenza n. 350/03 declinava la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, ai sensi della L. n. 205 del 2000, art. 7.

Riassunta la causa, il TAR Lombardia con ordinanza del 22.1.2015 sollevava, a sua volta conflitto di giurisdizione, innanzi a questa Corte Suprema.

Richiestone ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c., il Procuratore generale ha presentato le proprie conclusioni scritte, chiedendo che in accoglimento dell'istanza sia dichiarata la giurisdizione ordinaria.

Le parti, cui sono state notificate dette conclusioni, non hanno presentato scritture difensive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Il Procuratore generale ha osservato quanto segue: "(r)isulta documentalmente provato che gli attori hanno invocato una tutela risarcitoria nei confronti dell'ANAS assumendo a fondamento della propria pretesa di aver subito una occupazione cosiddetta usurpativa; più precisamente, cioè, l'ANAS avrebbe allargato la sede stradale a discapito dei terreni di loro proprietà senza mai avviare un procedimento finalizzato alla espropriazione per pubblica utilità. Ciò premesso, deve affermarsi che la presente controversia vada devoluta al giudice ordinario e non a quello amministrativo. A seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, deve, infitti, ritenersi che rientrino nella giurisdizione amministrativa tutte le controversie in tema di risarcimento del danno da comportamenti, causativi di danno ingiusto, che, pur se illegittimi, costituiscano comunque esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e che quindi siano riconducibili all'esercizio della pubblica autorità, come nel caso di irreversibile trasformazione del suolo privato, con destinazione dell'opera pubblica (c. d. occupazione appropriativa), avvenuta in presenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità (Cassazione civile, sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27193; Cassazione civile, sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27191; Cassazione civile, sez. un., 26 marzo 2007, n. 7256). Può ritenersi ormai sancito il principio per cui la devoluzione operata dal legislatore (L. n. 205 del 2000 e D.P.R. n. 327 del 2001, art. 53) a favore della cognizione esclusiva (diritti soggettivi ed interessi legittimi) su comportamenti lesivi della PA in materia urbanistica-espropriativa sia immune da dubbi di costituzionalità solo nella misura in cui tali comportamenti presentino un oggettivo criterio di collegamento con l'esercizio di una pubblica potestà (c.d. comportamenti amministrativi). Muovendo da questa premessa, è dunque, logico ritenere, che l'azione risarciloria relativa alla fattispecie qualificabile come occupazione usurpativa, ovvero come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, sia che ne venga invocata la tutela restitutoria (eventualmente azionata, come nella fattispecie, con ricorso per la reintegrazione del possesso), sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, si opti per il risarcimento del danno, rientri nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. 3043, 3724 e 3725/2007; 9323/2007; 7442/2008, Cass. 19501/08). Per quanto precede, la controversia di cui al presente conflitto di giurisdizione, deve essere devoluta al giudice ordinario".

2. - Le conclusioni del Procuratore generale sono del tutto condivisibili.

Ed infatti, dopo le note pronunce di Corte cost. nn. 204/04 e 191/06 (rispetto alle quali è precedente la declinatoria di giurisdizione pronunciata dal Tribunale di Lecco), queste Sezioni unite hanno ripetutamente affermato che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, istituita dalla L. n. 205 del 2000, art. 7 e ribadita dalla L. n. 104 del 2010, art. 133, lett. g) le occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione attuate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile per tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano e tutte quelle in cui l'esercizio del potere si è manifestato con l'adozione della dichiarazione di p.u., pur se poi l'ingerenza nella proprietà privata e/o la sua utilizzazione nonchè la sua irreversibile trasformazione sono avvenute senza alcun titolo che le consentiva, ovvero malgrado detto titolo sia stato annullato dalla stessa autorità amministrativa che lo aveva emesso oppure dal giudice amministrativo (Cass. nn. 27994/13, 16093/09, 26798/08, 14794/07, 7256/07, 509/11, 1787/10, 14954/07, 3724/07, 2689/07).

Appartiene, invece, alla giurisdizione ordinaria la cognizione dei "comportamenti" posti in essere in carenza di potere, ovvero in via di mero fatto", a seguito della sentenza n. 191/06 della Corte costituzionale. Quest'ultima ha dichiarato illegittimo il D.Lgs. n. 325 del 2001, art. 53, comma 1, trasfuso nel D.P.R. n. 327 del 2001, art. 53, comma 1, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai "comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", conseguenti all'applicazione delle disposizioni del testo unico delle espropriazioni, segnatamente allorchè detti comportamenti riguardino progetti la cui dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere. Infatti, ha affermato il giudice delle leggi, l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico.

In particolare, nell'ipotesi del c.d. sconfinamento, che ricorre allorchè l'opera di pubblica utilità sia stata realizzata in un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai presupposti provvedimenti amministrativi di approvazione del progetto, la dichiarazione di pubblica utilità pur emessa, è riferibile ad aree diverse da quelle di fatto trasformate, e la occupazione e/o trasformazione del terreno non può che ritenersi di mero fatto o in carenza assoluta di poteri autoritativi della P.A., configurando un comportamento illecito (comune) a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo (c.d. occupazione usurpativa) e non diverso da quello di un privato che leda diritti dei terzi. Al quale conseguentemente l'interessato può reagire davanti al giudice ordinario, sia invocando la tutela restitutoria sia, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, optando per il risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2058 c.c. (Cass. sez. un. nn. 7442/08, 3723/07 e 27192/06).

Inoltre, deve rilevarsi che, come osservato da Cass. S.U. n. 27994/13, su tale sistema di riparto non incide il T.U. n. 327 del 2001, art. 42-bis sulla c.d. acquisizione sanante, trattandosi di norma che disciplina l'esercizio del potere ablativo ma che non per questo incide sul riparto di giurisdizione.

3. - Nella specie, è stata dedotta una caratteristica fattispecie di sconfinamento nell'esecuzione di opere presidiate sì da una valida dichiarazione di pubblica utilità, ma limitatamente ai terreni che ne formavano oggetto, tra i quali - è la tesi posta a base della domanda - non vi erano le porzioni immobiliari di rispettiva proprietà degli odierni ricorrenti.

Pertanto, il conflitto va regolato dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale le parti dovranno riassumere la causa nel termine di legge.

4. - Nulla per le spese, trattandosi di procedimento promosso d'ufficio.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale le parti dovranno riassumere la causa nel termine di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni unite civili della Corte Suprema di Cassazione, il 27 settembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 7 dicembre 2016

***Il giudice ordinario. Poteri e limiti***

**Corte di Cassazione, sez. II civ., 16 marzo 2017, n. 6855**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 6 settembre 1996, C.G., proprietario di un terreno in Cassino contraddistinto in catasto al foglio (OMISSIS), particella n. (OMISSIS), sul quale erano stati edificati un fabbricato principale di sei piani fuori terra ed uno accessorio di un solo piano di circa mq. 56, di fatto adibito a studio professionale, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Cassino FA.AL. e Davide proprietari di un fondo confinante riportato in catasto al medesimo foglio, part.lle nn. (OMISSIS), sul quale erano stati edificati un fabbricato principale di cinque piani fuori terra ed un fabbricato accessorio di un solo piano di mq. 50 circa di superficie, lamentando la violazione delle distanze legali ad opera del primo fabbricato sia rispetto al confine che rispetto ai propri edifici, con la condanna dei convenuti all'immediato ripristino dello stato dei luoghi ed all'arretramento del fabbricato a distanza non legale.

Si costituivano i convenuti che contestavano la fondatezza della domanda attorea, ed in via riconvenzionale lamentavano che il C. aveva illegittimamente immesso delle acque luride nel fosso che attraversava il loro fondo, procedendo altresì ad un illegittimo mutamento di destinazione del fabbricato accessorio, chiedendo quindi la cessazione sia delle immissioni che della diversa utilizzazione del bene, con il diritto altresì al risarcimento dei danni.

All'esito di una denunzia di nuova opera proposta in corso di causa dall'attore, il Tribunale adito disponeva altresì la sospensione dei lavori di edificazione delle scale antincendio a servizio del fabbricato dei convenuti, sempre perchè poste a distanza non legale.

Il Tribunale di Cassino con la sentenza n. 869/2003 rilevava che il fabbricato principale dei F. non rispettava le distanze sia rispetto al confine che rispetto al fabbricato accessorio dell'attore, condannando i convenuti alla demolizione dell'intero ultimo piano, sino a ridurlo all'altezza di metri 11,40, pari alla distanza dal fabbricato accessorio dell'attore.

Condannava altresì il C. alla eliminazione degli scarichi nel fosso che attraversa la proprietà dei convenuti, rigettando per il resto le domande riconvenzionali.

A seguito di appello proposto dai convenuti, e succeduti al defunto F.D., gli eredi FA.AL. ed A., la Corte d'Appello di Roma con la sentenza n. 1116 del 16 marzo 2011, in parziale accoglimento del gravame, limitava l'ordine di demolizione dell'ultimo piano del fabbricato principale degli appellanti alla sola parte che è frontistante il manufatto accessorio dell'attore, revocando altresì l'ordine di sospensione dei lavori concernenti la scala antincendio.

Rilevavano i giudici di appello che il giudice di primo grado aveva ravvisato la violazione delle distanze legali del fabbricato degli appellanti sia in relazione alla prescrizione in tema di distacco dal confine (fissato dallo strumento urbanistico locale in misura pari alla metà dell'altezza del fabbricato) sia in relazione alla diversa prescrizione della distanza tra fabbricati (fissata dallo stesso strumento urbanistico in misura pari all'altezza del fabbricato).

Ad avviso degli appellanti la normativa in materia di distanze tra fabbricati non poteva essere invocata rispetto al fabbricato accessorio, posto che sia il TAR del Lazio, occupatosi dell'impugnazione della concessione edilizia dei convenuti ad opera dell'attore, sia la prassi del Comune di Cassino erano nel senso che le previsioni del regolamento locale dovessero trovare applicazione solo in ordine alle distanze dai fabbricati principali.

La Corte distrettuale premessa l'ininfluenza nel presente giudizio delle decisioni emesse dal G.A., e concernenti la sola legittimità del provvedimento concessorio, che non possono quindi incidere sulla tutela dei diritti dei terzi di natura privatistica, quali quelli dedotti in giudizio dall'attore, ha escluso che il regolamento comunale facesse una distinzione, ai fini del rispetto delle distanze, tra fabbricati principali ed accessori, in quanto le prescrizioni che concernono questi ultimi attengono esclusivamente alla destinazione d'uso, alle dimensioni, all'altezza ed alla distanza dal filo stradale, ma senza in alcun modo incidere sulla disciplina in materia di distanze, il cui rispetto non può essere eluso da un'eventuale prassi contra legem dell'ente locale.

Quanto invece alla pretesa illegittimità del fabbricato accessorio, rispetto al quale era stata riscontrata la violazione delle distanze legali ad opera del fabbricato dei F., la Corte distrettuale rilevava che, ancorchè il fabbricato principale del C., in quanto preveniente, risultasse non del tutto in regola quanto al rispetto della distanza dal confine, tuttavia, nella parte in cui si trova il fabbricato accessorio, il fabbricato principale era collocato ad una distanza legale rispetto al confine, risultando quindi il fabbricato accessorio, per la sua specifica collocazione, per larga parte al di fuori dell'area che costituisce il distacco ideale.

Quanto alla diversa questione dell'individuazione della linea di confine, riteneva corrette le deduzioni degli appellanti per i quali la linea segnata da una recinzione, e presa in esame dal Tribunale, non corrispondeva al confine reale, sicchè, una volta accertato il confine conformemente ai titoli di provenienza, era da escludersi la violazione delle distanze dal confine. Tuttavia residuava la violazione delle distanze tra fabbricati, posto che, a fronte di un'altezza del fabbricato F. di metri 14,50, la distanza era invece di metri 11,37.

Ne conseguiva la conferma della condanna all'abbassamento della quota dell'ultimo piano, sino all'altezza di metri 11,40, occorrendo però procedere a tale abbassamento per la sola parte del fabbricato degli appellanti che fronteggia la costruzione dell'attore, e non quindi per l'intero fronte, come erroneamente stabilito dal Tribunale.

Parimenti meritevole di accoglimento era il punto relativo alle scale antincendio, avendo la sentenza gravata ritenuto che trattandosi di una misura di sicurezza prevista dalle norme in materia di edilizia scolastica, essendo questa la destinazione dell'edificio oggetto di causa, rientrava chiaramente nella nozione di volume tecnico, per il quale è escluso il rispetto delle distanze legali.

Relativamente ai motivi di gravame con i quali i convenuti si dolevano del mancato riconoscimento dei danni scaturenti dalle illegittime condotte dell'attore (illegittima immissione degli scarichi, mutamento di destinazione del locale accessorio, ed illegittimo conseguimento di un ordine di sospensione della costruzione delle scale) la sentenza riteneva che non fosse stata offerta la prova del danno effettivamente patito e che la richiesta di CTU aveva carattere meramente esplorativo.

Avverso la indicata sentenza hanno proposto ricorso per cassazione F.A. ed Alessandro, articolandolo su quattro motivi.

C.G. ha resistito con controricorso.

I ricorrenti nell'imminenza dell'udienza hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente deve essere rilevata l'inammissibilità della produzione documentale effettuata ex art. 372 c.p.c., da parte ricorrente, avendo versato in atti una perizia giurata attestante a detta del tecnico incaricato, l'impossibilità tecnica di poter procedere all'abbassamento del livello della costruzione, documento che però esula chiaramente dal novero di quelli per i quali la norma in questione consente la produzione in sede di legittimità.

2. Con il primo motivo di ricorso si denunzia la violazione di legge e precisamente la violazione e falsa applicazione dell'art. 15 e ss., delle NTA del PRG del Comune di Cassino, nonchè la violazione e falsa applicazione della voce 17 dell'art. 23 del regolamento edilizio, e la violazione e falsa applicazione della L. n. 1150 del 1942, art. 41 quinquies, e del D.M. n. 1444 del 1968, art. 9, e dell'art. 873 c.c., nonchè l'insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza.

Si dolgono i ricorrenti che la Corte territoriale abbia ritenuto sussistente la violazione delle distanze tra fabbricati anche in relazione al fabbricato cd. accessorio di parte attrice, sebbene l'art. 15 e ss., citati stabiliscano il rispetto delle distanze solo per gli edifici a carattere principale.

In assenza di una specifica disciplina contenuta negli strumenti urbanistici locali avrebbe dovuto quindi trovare applicazione la previsione di cui all'art. 9 del menzionato DM che, prevedendo una distanza di metri 10 tra pareti finestrate, avrebbe comportato la legittimità della costruzione dei ricorrenti, in quanto posta a distanza maggiore.

Lo stesso Tar del Lazio nella sentenza pronunziata in merito all'impugnativa della concessione avanzata da parte del C., aveva manifestato il convincimento circa l'inapplicabilità del regime delle distanze previste dallo strumento urbanistico locale in relazione all'edificio avente carattere accessorio, sicchè la Corte d'Appello non avrebbe potuto decidere trascurando la rilevanza di giudicato esterno di tale provvedimento giurisdizionale.

Il motivo è infondato.

Ed, invero partendo dall'ultima affermazione di parte ricorrente relativa all'efficacia vincolante della pronuncia del giudice amministrativo, e ricordato che si tratta di statuizione emessa in relazione all'impugnativa della concessione edilizia rilasciata in favore dei ricorrenti e concernente il fabbricato oggetto di causa, giova richiamare la giurisprudenza di questa Corte a mente della quale (cfr. Cass. n. 9869/2015) la pronuncia del giudice amministrativo, investito della domanda di annullamento della licenza, concessione o permesso di costruire (rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi), ha ad oggetto il controllo di legittimità dell'esercizio del potere da parte della P.A. ovvero concerne esclusivamente il profilo pubblicistico relativo al rapporto fra il privato e la P.A., sicchè non ha efficacia di giudicato nelle controversie tra privati, proprietari di fabbricati vicini, aventi ad oggetto la lesione del diritto di proprietà determinata dalla violazione della normativa in tema di distanze legali, che è posta a tutela non solo di interessi generali ma anche della posizione soggettiva del privato.

Ed, invero trattasi di una piana applicazione del generale principio affermato da tempo per il quale (cfr. Cass. S.U. n. 13673/2014) le controversie tra proprietari di fabbricati vicini relative all'osservanza di norme che prescrivono distanze tra le costruzioni o rispetto ai confini appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, senza che rilevi l'avvenuto rilascio del titolo abilitativo all'attività costruttiva, la cui legittimità potrà essere valutata "incidenter tantum" dal giudice ordinario attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo, salvo che la domanda risarcitoria non sia diretta anche nei confronti della P.A. (nella specie, il Comune) per far valere l'illegittimità dell'attività provvedimentale, sussistendo in questo caso la giurisdizione del giudice amministrativo (in termini ex multis Cass. n. 13170/2001; Cass. S.U. n. 333/1999).

L'eventuale accertamento della legittimità del titolo abilitativo della costruzione da parte del giudice amministrativo non preclude una diversa valutazione dell'illegittimità della condotta del privato nella controversia intentata da altro privato a tutela del diritto di proprietà, sicchè la decisione gravata, avendo fatto puntuale applicazione dei suesposti principi non appare meritevole di censura.

Quanto invece alla dedotta erronea applicazione delle previsioni di legge e regolamentari in materia di distanza, il tenore delle norme di cui allo strumento urbanistico locale non consente sulla base della loro formulazione letterale di ritenere che il loro ambito applicativo sia limitato alle sole costruzioni aventi carattere principale.

Il richiamo alla nozione di edifici di nuova costruzione ovvero di fabbricati, in assenza di una puntuale e specifica disciplina dettata per gli edifici aventi carattere cd. accessorio, come riconosciuto da parte degli stessi ricorrenti, non consente di optare per un'interpretazione che ne limiti l'applicazione ai soli edifici aventi carattere principale, posto che anche i manufatti di più contenute dimensioni, quali quelli per i quali si vorrebbe escludere la valutazione ai fini del rispetto delle distanze, appaiono evidentemente riconducibili alla nozione di costruzione di cui all'art. 873 c.c., trattandosi di manufatti stabilmente infissi al suolo che, per solidità, struttura e sporgenza dal terreno, possono creare quelle intercapedini dannose che la legge, stabilendo la distanza minima tra le costruzioni, intende evitare, rispondendo alla tradizionale nozione di costruzione quale recepita dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 5753/2014).

D'altronde proprio la carenza di una specifica disciplina, impone di ritenere come già affermato in passato che (cfr. da ultimo Cass. n. 144/2016) la nozione di costruzione, agli effetti dell'art. 873 c.c., è unica e non può subire deroghe da parte delle norme secondarie, sia pure al limitato fine del computo delle distanze legali, in quanto il rinvio ivi contenuto ai regolamenti locali è circoscritto alla sola facoltà di stabilire una "distanza maggiore".

Ne discende che, una volta ricondotti gli edifici accessori al novero delle costruzioni in senso civilistico e nell'accezione propria della disciplina in materia di distanze, le previsioni regolamentari che prevedono un distacco tra costruzioni risultano evidentemente applicabili anche a tali manufatti, e che, anche laddove lo strumento urbanistico locale avesse dettato una disciplina difforme, tale deroga dovrebbe reputarsi illegittima, non rientrando nel potere degli enti locali quello di dettare deroghe alla disciplina codicistica in materia di distanze, eccezione fatta per la previsione sopra richiamata, di porre delle distanze maggiori rispetto a quelle di legge.

Il motivo deve quindi essere disatteso.

Omissis

***Le condizioni dell’azione***

**T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, 6 ottobre 2017, n. 625**

FATTO

1.-Espone l'odierno ricorrente di aver presentato il 10 ottobre 2015 alla Comunità Montana Vanerina, per conto ed in nome del Consorzio Utenti Usi civici di Casteldilago, domanda di autorizzazione per taglio di ceduazione.

Il 10 novembre 2015 la Comunità Montana ha chiesto integrazioni e il 12 aprile 2016, pur preso atto dell'adempimento alla propria richiesta, si è riservata di effettuare approfondimenti sulla negata competenza professionale del perito agrario, chiedendo anche parere alla Direzione Agricoltura e Ambiente della Regione Umbria e al Consiglio nazionale degli Agronomi e sospendendo "sine die" il procedimento.

L'odierno ricorrente propone azione di accertamento, ai sensi degli artt. 31 e 117 cod. proc. amm., dell'illegittimità del silenzio - rifiuto serbato dalla Comunità Montana sulla suddetta istanza, oltre a domanda di accertamento della fondatezza della pretesa azionata con richiesta di condanna al rilascio dell'autorizzazione asseritamente spettante.

Lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, L. 241/90 oltre che dell'art. 52 del R.R. n. 7/2002, della L. 434 del 1968, dell'art. 55 del d.P.R. 328/2001, nonché eccesso di potere sotto i profili del difetto di motivazione, istruttoria e travisamento, essendo oramai ampiamente trascorso il termine di 90 giorni stabilito dall'art. 52 R.R. n. 7/2002 per la definizione del procedimento di autorizzazione attivato con la suddetta istanza. Ad avviso del ricorrente poi sulla propria istanza si potrebbe dirsi perfezionato il silenzio assenso di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 1 della L.R. 28/2001. Quanto alla eccepita incompetenza del perito agrario, non rivestendo il bosco oggetto di taglio particolari caratteristiche, non sarebbe richiesto l'intervento di un laureato in agronomia.

La Comunità Montana Valnerina, in stato di liquidazione, si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del gravame sotto un duplice profilo: anzitutto per difetto di legittimazione a ricorrere, agendo il perito ricorrente non già in proprio bensì a tutela di interesse riconducibile al Consorzio Utenti Usi civici di Casteldilago quale titolare della domanda di autorizzazione, in secondo luogo per mancata impugnazione dei precedenti atti del 10 novembre 2015 e del 12 aprile 2016 con cui l'Amministrazione aveva apposto prescrizioni. Il comportamento serbato dalla Comunità Montana non sarebbe comunque omissivo avendo fornito al ricorrente puntuale riscontro alla propria istanza.

Con successiva memoria la difesa della ricorrente ha insistito per l'accoglimento del gravame.

Alla camera di consiglio del 18 luglio 2017, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.- Viene in decisione l'azione proposta da Lu. As. in qualità di perito agrario, ai sensi degli artt. 31 e 117 cod. proc. amm., volta all'accertamento della illegittimità del silenzio - rifiuto serbato dalla Comunità Montana Valnerina nei confronti dell'istanza presentata dal Consorzio Utenti Usi civici di Casteldilago volta ad ottenere l'autorizzazione del progetto di taglio di legname a norma della L.R. 28 del 2001 e dei regolamenti attuativi n. 7 del 2002 e 11 del 2012.

Con atto prot. 2675 del 12 aprile 2016 il responsabile del procedimento ha sospeso l'istruttoria stante la necessità di ulteriori approfondimenti sulle competenze professionali necessarie per la redazione di progetti di tal tipo ai sensi delle normative forestali vigenti nella Regione Umbria.

3. - Vanno anzitutto esaminate le eccezioni in rito sollevate dalla difesa dell'ente intimato.

Ad avviso della Comunità Montana il ricorso sarebbe inammissibile (tra l'altro) per difetto di legittimazione a ricorrere, non essendo il ricorrente titolare della domanda di autorizzazione in questione bensì solamente il professionista incaricato dal Consorzio richiedente per la redazione del progetto di taglio del bosco.

4. - L'eccezione è fondata e merita accoglimento.

Ai sensi dell'art. 31 cod. proc. amm. costituiscono presupposti di ammissibilità dello speciale rito camerale la titolarità in capo al soggetto istante di una posizione qualificata che legittimi la richiesta, ovvero di interesse sostanziale differenziato e qualificato all'esercizio di un potere amministrativo doveroso, oltre che il decorso del termine di conclusione del procedimento (ex multis T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 3 agosto 2015, n. 4191)

Tal posizione differenziata e qualificata è da ascriversi nel caso di specie esclusivamente in capo al Consorzio Utenti Usi civici di Casteldilago ovvero al soggetto titolare dell'istanza di autorizzazione in questione, e non già all'odierno ricorrente il quale ha soltanto redatto il progetto tecnico, potendo egli - non essendo un sostituto processuale - al più vantare rispetto al mancato esercizio del potere un interesse di tipo indiretto, in merito alla contestata competenza dei periti agrari, ovvero alla tutela di interesse diffuso di cui non è certo portatore (Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 474).

Nel processo amministrativo - in generale - la legittimazione a ricorrere presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione, investita dall'azione esperita; di conseguenza, in sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, ricollegabile in via meramente contingente ed occasionale al corretto esercizio della funzione pubblica censurata, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante, nel senso che siffatto possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso; occorre, invece, una ulteriore condizione-elemento che valga a differenziare il soggetto, cui essa condizione-elemento si riferisce, da coloro che avrebbero un generico interesse alla legalità dell'azione amministrativa, essendo quest'ultimo interesse riconosciuto non al "quisque de populo", ma solamente a quel soggetto che si trovi, rispetto alla generalità, in una posizione legittimante differenziata (Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2016, n. 3829).

5. - Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso è pertanto inammissibile.

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563**

FATTO e DIRITTO

1. La società TotalErg s.p.a., titolare di due impianti di distribuzione carburanti nel territorio del comune di Campiglia Marittima, ha impugnato dinanzi al T.a.r. per la Toscana l'autorizzazione commerciale del 5 novembre 2014, il permesso di costruire del 29 ottobre 2014, in variante all'originario titolo del edilizio, e l'autorizzazione unica ambientale rilasciati alla società Etrusco s.r.l. per la costruzione e l'esercizio di un distributore di carburanti nello stesso Comune, in località Venturina, all'interno del piano di lottizzazione del consorzio La Monaca.

2. Il T.a.r. adito, con la sentenza indicata in epigrafe, ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse alla decisione.

3. In particolare, il giudice di primo grado ha ritenuto che la situazione dei luoghi e la distribuzione degli impianti di rifornimento carburanti sul territorio comunale non consentisse di apprezzare un significativo pregiudizio per la società ricorrente.

4. La TotalErg s.p.a. ha quindi impugnato la predetta sentenza, prospettando un unico ed articolato motivo di appello.

4.1. Erroneità della sentenza appellata per violazione dei principi in materia di legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere. Contraddittorietà della motivazione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

4.1.1. Il T.a.r. ha affermato che non vi fosse per TotalErg s.p.a. legittimazione e comunque interesse ad impugnare i titoli autorizzativi di un nuovo impianto ubicato nello stesso territorio comunale. Per l'appellante tale l'affermazione contrasterebbe con il principio dello stabile collegamento territoriale dell'operatore economico che, come nel caso di specie, esercita la sua attività nello stesso bacino di utenza (i due distributori di proprietà della TotalErg sono collocati ad una distanza di circa 650 metri dal nuovo impianto, all'interno dello stesso centro abitato di Venturina Terme nel comune di Campiglia Marittima, lungo due strade di uguale importanza e tra loro perpendicolari).

In sostanza, ciò dimostrerebbe non solo l'esistenza della legittimazione dell'appellante, ma anche il suo interesse a ricorrere, a prescindere dalla considerazione svolta nella stessa sentenza in ordine alla collocazione degli impianti su diverse strade.

4.1.2. Le conclusioni del T.a.r. sarebbero erronee anche con riferimento alla situazione dei due impianti gestiti dalla società appellante. Per il distributore di via Indipendenza la sentenza ha ritenuto ostativa alla legittimazione ad agire la circostanza che esiste altro distributore Agip a 700 metri sullo stesso asse viario. Per TotalErg tuttavia quest'ultimo impianto raccoglierebbe l'utenza da una sola direzione, dall'altra il nuovo impianto contestato "filtrerebbe" clientela proprio al distributore dell'appellante. Quanto poi al distributore di via Aurelia Sud (prosecuzione di via Indipendenza), che il T.a.r., in quanto chiuso, ha considerato ai fini della mancanza dell'interesse, l'appellante evidenzia di aver già presentato un progetto di adeguamento per superarne la temporanea inoperatività.

4.1.3. La TotalErg rileva, infine, che nella decisione impugnata sarebbero stati violati i principi di cui all'art. 100 c.p.c. e agli artt. 24 e 113 della Costituzione secondo i quali la tutela in giudizio dei diritti e degli interessi legittimi è inviolabile in ogni grado e stato del processo. L'inammissibilità del ricorso non poteva quindi essere dichiarata in quanto nella controversia non si sarebbe potuto rinvenire un'eccesiva dilatazione della legittimazione a ricorrere.

5. La società Etrusco s.r.l. si è costituita in giudizio il 9 giugno 2016, chiedendo il rigetto del ricorso. La stessa società ha poi depositato ulteriori documenti e memorie, per ultimo una memoria di replica il 9 marzo 2017.

6. Il consorzio La Monaca si è costituito in giudizio il 9 giugno 2016 ed ha depositato anch'esso documenti e memorie, per ultimo una memoria di replica il 9 marzo 2017.

7. Il comune di Campiglia Marittima si è costituito in giudizio il 27 giugno 2016 ed ha depositato memorie e documentazione, per ultimo il 17 febbraio 2017.

8. La provincia di Livorno si è costituita in giudizio il 6 luglio 2016 ed ha depositato una memoria il 27 gennaio 2017.

9. Il Ministero dell'Interno si è costituito in giudizio l'11 luglio 2016 ed ha depositato una memoria il successivo 12 luglio.

10. Anche la società appellante ha depositato ulteriori memorie, per ultimo una memoria di replica il 9 marzo 2017.

11. L'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, è stata rinviata al merito nella camera di consiglio del 14 luglio 2016.

12. La causa, infine, è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 30 marzo 2017.

13. L'appello non è fondato.

14. La società TotalErg ha impugnato l'autorizzazione commerciale ed il permesso di costruire relativi ad un impianto di distribuzione carburanti nel comune di Campiglia Marittima nelle vicinanze di due distributori gestiti dalla stessa società.

15. In particolare, il nuovo impianto, realizzato dalla società Etrusco s.r.l., si colloca nell'ambito di un centro commerciale della Conad, all'interno della lottizzazione del consorzio La Monaca, nella frazione di Venturina Terme sulla via dell'Agricoltura, mentre quelli di proprietà della TotalErg sono ubicati in via Aurelia Sud e in via dell'Indipendenza.

16. Nel ricorso di primo grado l'appellante ha lamentato la legittimità degli atti autorizzativi rilasciati dal Comune, insistendo soprattutto sulla violazione del procedimento e del regime urbanistico relativo al nuovo impianto posto in prossimità dei due distributori della TotalErg (650 metri da quello di via Indipendenza; 600 metri da quello di via Aurelia Sud).

17. Il T.a.r. per la Toscana ha tuttavia rilevato, nella sentenza impugnata, che: "nella medesima frazione di Venturina Terme in cui si trova l'impianto di via Indipendenza 9, sulla stessa arteria, al numero 243, si trova un impianto AGIP, distante soltanto 700 metri e in grado dunque di intercettare l'utenza" e che " l'impianto di via Aurelia Sud 4 - come accertato dal Comune di Campiglia Marittima con provvedimento n. 563 del 7 dicembre 2015, inteso a verificare la compatibilità degli impianti stradali di distribuzione carburanti ai sensi della l.r. n. 28/2005, come modificata dalla l.r. n. 38/2009 - non è attivo e presenta profili di incompatibilità relativa ai sensi dell'art. 53-ter, comma primo, lettera c), della l.r. n. 28/2005".

18. Sulla base di queste osservazioni di fatto, il giudice di primo grado ha ritenuto che per l'impianto di via Indipendenza non si potesse apprezzare un significativo pregiudizio e che per l'impianto di via Aurelia Sud non sussistesse un interesse a ricorrere posta la chiusura dello stesso per incompatibilità con la disciplina di settore.

19. Le conclusioni del T.a.r. possono essere condivise.

20. Preliminarmente, va evidenziato che la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. ex multis Ad. Plen. 25 febbraio 2014 n. 9 ) ritiene che l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo sia soggetta a tre condizioni fondamentali: il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero come altri dice la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo); l'interesse ad agire (ex art. 100 c.p.c. ); la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo).

21. Tutte le condizioni dell'azione giudiziale anzidette, quindi, devono necessariamente sussistere anche nel caso di impugnativa di titoli relativi alla realizzazione di un impianto di carburanti.

22. In questo quadro, la nozione di vicinitas consente, in astratto, di censurare i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione di una nuova attività economica al titolare di analoghe attività nella zona che si trovi in situazione di stabile collegamento con la stessa.

23. Tuttavia, la richiamata nozione di vicinitas è stata dalla giurisprudenza nel tempo affinata e più adeguatamente specificata nella sua concreta portata attraverso significativi e sostanziali correttivi. Tra questi, la necessaria sussistenza di un reale pregiudizio che venga a derivare dalla realizzazione dell'intervento assentito, specificando con riferimento alla situazione concreta e fattuale come, perché, ed in quale misura il provvedimento impugnato incida la posizione sostanziale dedotta in causa, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale.

24. Allo stato attuale, quindi, la nozione di vicinitas è diversamente apprezzata, quanto meno con riguardo alla circostanza per cui ad impugnare il permesso di costruire cui è correlata un'autorizzazione commerciale sia un operatore economico. In questo caso, la nozione ha subito una ulteriore peculiare elaborazione da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. ex multis, sez. IV, 19.novembre 2015, n. 5278).

25. Secondo tale impostazione, il criterio dello stabile "collegamento territoriale", che deve legare il ricorrente all'area di operatività del controinteressato per poterne qualificare la posizione processuale e conseguentemente il diritto di azione, si specifica identificandosi nella nozione di stesso bacino d'utenza della concorrente. Ma anche in questo caso, l'interesse processuale deve però collegarsi oggettivamente all'apprezzabile calo del volume d'affari del ricorrente.

26. Così, la legittimazione al ricorso non può di certo configurarsi allorquando l'instaurazione del giudizio appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto o contra ius, siccome volti nella sostanza a contrastare la libera concorrenza e la libertà di stabilimento. E ciò in coerenza con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto va richiamata la tesi (cfr. Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 22 aprile 2013 n. 9685 ), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il titolo e l'interesse ad agire ), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli articoli 24 e 111 della Costituzione.

27. Ne consegue che il riconoscimento della legittimazione ad agire non è genericamente ammesso nei confronti di tutti gli esercenti commerciali, ma è subordinato al riconoscimento di determinati presupposti, e ciò al fine di poter ritenere giuridicamente rilevante, nonché qualificato e differenziato, l'interesse all'impugnazione.

28. Fatte queste premesse, nel caso di specie, come ha correttamente rilevato il giudice di primo grado, non sussiste un pregiudizio per gli impianti della parte appellante.

29. In relazione all'impianto della TotalErg di via Indipendenza, il T.a.r ha infatti evidenziato l'esistenza sulla stessa arteria di un impianto AGIP distante soltanto 700 metri e quindi già in grado di intercettare l'utenza, e per l'impianto di via Aurelia Sud, che lo stesso è chiuso per incompatibilità con le norme regionali che disciplinano il settore (legge regionale della Toscana n. 28 del 2005).

30. L'attualità dell'interesse della società appellante non è pertanto sussistente e comunque non è adeguatamente comprovata, anche in considerazione dei principi di liberalizzazione che presidiano il settore (cfr. Corte di Giustizia 11 marzo 2010 n. 384/08, in relazione alle norme ed ai principi posti a tutela della libertà di stabilimento, e tra le molte, Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2016 n. 4639).

31. Non possono dunque ritenersi fondati i profili di censura dedotti in appello, tenuto conto che le condizioni dell'azione giurisdizionale, come sopra evidenziato, sono rinvenibili nella legittimazione ad agire e nell'interesse a ricorrere, la prima intesa come titolarità di una situazione soggettiva qualificata, la seconda come vantaggio dall'accoglimento del ricorso ex art. 100 c.p.c.. Ed in particolare sotto tale ultimo profilo non vi è dubbio che allo stato della vicenda alla parte appellante, per le situazioni di fatto evidenziate, non potrebbe conseguire dal positivo esito dell'azione un vantaggio meritevole di tutela giuridica.

32. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e per l'effetto va confermata la sentenza impugnata.

33. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati infatti dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

34. Le spese di giudizio vengono in parte compensate ed in parte poste a carico della parte soccombente come indicato in dispositivo.

**T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 1 marzo 2016 n. 2733**

Omissis

2. E' controversa la legittimità del concorso, per titoli ed esami, per il reclutamento di 8 tenenti in servizio permanente effettivo del ruolo tecnico - logistico - amministrativo del Corpo della Guardia di Finanza per l'anno 2014, nella parte relativa alla specialità "amministrazione".

Giova quindi riportare il contenuto del bando, nella parte di interesse.

In primo luogo, l'art. 1 precisa che, dei posti disponibili:

"a) 1 (uno) è destinato agli ufficiali in ferma prefissata, con almeno diciotto mesi di servizio nel Corpo della Guardia di Finanza. Tale posto è assegnato alla specialità amministrazione;

b) 7 (sette) sono destinati agli altri cittadini italiani in possesso dei requisiti di cui all'art. 2.

Tali posti sono ripartiti tra le seguenti specialità:

1) 1 (uno) per amministrazione;

2) 2 (due) per telematica

3) 1 (uno) per motorizzazione - settore aereo;

4) 1 (uno) per motorizzazione - settore navale;

5) 2 (due) per sanità".

Il bando ha cura di precisare che "E' possibile concorrere per una sola categoria di posti e una sola specialità, e, ove previsto, settore di cui al comma 1".

L'art. 7 prevede poi che la "sottocommissione per la valutazione delle prove d'esame, la valutazione dei titoli e la formazione della graduatoria unica di merito", costituita da due ufficiali della Guardia di Finanza, venga integrata per "l'effettuazione della prova scritta, della prova orale e la valutazione dei titoli", per ogni specialità e settore a concorso, da:

a) un ufficiale della Guardia di Finanza appartenente alla medesima specialità e, ove previsto, impiegato nel medesimo settore del ruolo tecnico-logistico-amministrativo;

b) un esperto in una o più materie oggetto delle prove scritta e orale".

Allo stesso modo, la sottocommissione per l'effettuazione della prova facoltativa di lingua straniera, è integrata da "ufficiali della Guardia di Finanza, qualificati conoscitori della lingua stessa".

L'art. 20, è dedicato alla valutazione dei titoli.

Esso stabilisce che "La valutazione dei titoli è effettuata nei confronti degli aspiranti risultati idonei alla prova orale di cui all'art. 18, secondo i criteri di cui al presente articolo" (comma 1).

Il comma 2 della medesima disposizione descrive poi la tipologia dei titoli valutabili ed il punteggio massimo attribuibile a ciascuno di essi, prescrivendo espressamente che "Prima dell'effettuazione della valutazione dei titoli, la competente sottocommissione fissa in apposito atto i criteri cui attenersi" (comma 5).

E' prevista, infine, la compilazione di una graduatoria unica di merito (art. 21), con la precisazione che "Sono dichiarati vincitori e, con il grado di tenente, ammessi al corso di formazione, in qualità di ufficiali allievi, i candidati che, secondo l'ordine della graduatoria di cui all'art. 21, siano compresi nel limite dei posti messi a concorso ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e b) [..]".

3. Ciò posto, in via preliminare, - preso atto della corrispondente eccezione verbalizzata dalla difesa del ricorrente nel corso della discussione in udienza - le note difensive depositate dal Ministero in data 9 gennaio 2016 vanno dichiarate tardive, essendo state depositate oltre il termine di 20 giorni liberi dalla data della udienza fissata per il 27 gennaio 2016.

Esse, pertanto non possono essere prese in considerazione per la decisione della causa.

3.1. Sempre in via preliminare, deve respingersi l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa erariale.

E' infatti assolutamente pacifico in giurisprudenza che l'onere di immediata impugnazione del bando di una procedura selettiva, sussiste solo relativamente alle clausole escludenti riguardanti requisiti di partecipazione ovvero impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, dovendo le altre clausole, se ritenute lesive, essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, e quindi, "in ipotesi di effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare" (così, ex plurimis, Cons.St., sez. V^, sentenza n. 3776 dell'1.8.2015).

3.2. Relativamente, poi, alle doglianze dell'unica parte privata costituita, giova osservare che il dott. Ca. ha chiesto l'annullamento della graduatoria di merito, nella parte di suo interesse, ovvero quella relativa alla specialità "amministrazione" per cui ha concorso.

La circostanza che, contestualmente, sia stata redatta anche una graduatoria unica di merito, e che egli, ai fini dell'integrazione del contraddittorio, abbia ritenuto opportuno evocare in giudizio tutti i candidati ivi collocati, in posizione poziore rispetto alla sua (secondo una prudente applicazione dell'ordinanza collegiale n. 11518/2015, la quale, in effetti, non conteneva l'indicazione nominativa dei candidati da evocare in giudizio), non elide il fatto che, in relazione al tenore del bando, sopra riportato, possano essere individuate graduatorie distinte per ciascuna delle specialità messe a concorso.

E' utile precisare, al riguardo - atteso che, ancora con le memorie conclusionali, parte ricorrente ha invocato, quale effetto conformativo derivante da una eventuale sentenza di annullamento, l'utile inserimento in graduatoria, con il conseguente incorporamento e la partecipazione al corso di formazione - che tutte, o, comunque, la maggior parte delle censure dallo stesso articolate hanno, a ben vedere, natura strumentale, e quindi il loro eventuale accoglimento comporta non già l'attribuzione diretta del bene della vita cui l'istante aspira, bensì la rinnovazione del procedimento di concorso, con la conseguente reintegrazione, per tale via, della chance di vittoria.

Tali considerazioni valgono pure a confutare l'eccezione di carenza di interesse, spiegata dalla difesa erariale sull'assunto che, anche nell'ipotesi in cui il ricorrente ottenesse l'ulteriore punteggio rivendicato per i titoli presentati, non si collocherebbe al primo posto delle graduatoria di merito.

E' infatti giurisprudenza assolutamente pacifica quella secondo cui l'interesse a ricorrere sussiste non solo quando l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo è di per sé idoneo a realizzare l'interesse diretto e immediato del singolo, ma anche quando il detto annullamento si limiti a rimettere in discussione il rapporto controverso, obbligando l'amministrazione "a riesaminare la situazione tenendo conto delle statuizioni scaturenti dall'accoglimento delle censure ritenute fondate" (Cons. St., sez. VI, sentenza n. 6181 del 16.10.2006).

L'utilità che il ricorrente può perseguire mediante l'azione di impugnazione può perciò esaurirsi anche nella sola tutela dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, con la restituzione della chance di conseguire il bene della vita cui aspira.

Nelle selezioni di tipo concorsuale, tale interesse sussiste ogniqualvolta non possa, ex ante, escludersi una rinnovazione della selezione con esito favorevole all'istante.

Sotto tale profilo, nella fattispecie, il ricorrente non era quindi nemmeno tenuto a contestare il merito delle valutazioni della Commissione esaminatrice poiché egli ha denunciato, in via principale, un vizio di natura radicale, relativo alle modalità di svolgimento delle operazioni di valutazione dei titoli.

4. Nel merito, il ricorso è fondato.

Al riguardo, assumono rilievo assorbente le censure relative alla violazione dell'art. 8, comma 1, del d.P.R. 9.5.1994, n. 487 ("Nei casi in cui l'assunzione a determinati profili avvenga mediante concorso per titoli e per esami, la valutazione dei titoli, previa individuazione dei criteri, è effettuata dopo le prove scritte e prima che si proceda alla correzione dei relativi elaborati"), nonché dell'art. 12, comma 2, del medesimo d.P.R. ("2. Nei concorsi per titoli ed esami il risultato della valutazione dei titoli deve essere reso noto agli interessati prima dell'effettuazione delle prove orali").

E' infatti incontestato che il bando oggetto di impugnativa prevedesse che la valutazione dei titoli sarebbe stata effettuata esclusivamente nei confronti dei candidati risultati idonei alle prove orali e che, in concreto, tanto la predeterminazione dei criteri quanto le operazioni di valutazione dei titoli allegati dai candidati, siano effettivamente avvenute soltanto dopo l'individuazione di quelli risultati idonei alle prove scritte ed orali.

L'illegittimità di tale modus procedendi, nel caso di specie, non è poi elisa dalla circostanza che il bando di concorso abbia dettagliatamente elencato la tipologia dei titoli valutabili e il massimo punteggio loro attribuibile, essendo rimessa alla commissione, quantomeno, la valutazione circa la riconducibilità dei titoli dichiarati dai candidati a quelli stabiliti nonché l'attribuzione dello specifico peso ponderale, nell'ambito del range predeterminato dalla lex specialis.

Per quanto poi riguarda il fondamento dell'obbligo partecipativo previsto dall'art. 12, comma 2, del d.P.R. n. 487 del 1994, appare pertinente il precedente invocato da parte ricorrente (Cons. St., sez. V^, sentenza n. 2584/2015), secondo cui esso consiste, da un lato, "nel rendere noto ai concorrenti prima dello svolgimento dell'ultima prova il punteggio provvisoriamente conseguito fino a tale momento, così da calibrare di conseguenza la preparazione per essa", e, dall'altro lato, nell'assicurare "una rigida scansione dei diversi momenti valutativi nei quali si articola la selezione concorsuale, così da prevenire qualsiasi rischio che i punteggi di merito possano essere manipolati a scopo di indebiti favoritismi".

Trattandosi quindi di un adempimento procedimentale finalizzato alla tutela delle descritte inderogabili esigenze di trasparenza ed imparzialità, la sua mancata osservanza non può ritenersi priva di valenza invalidante ex art. 21- octies, comma 2, l. n. 241/1990, per effetto della predeterminazione ex ante dei criteri di valutazione dei titoli.

Non è infatti possibile stabilire se la violazione procedimentale abbia o meno determinato una lesione in concreto degli interessi dei singoli concorrenti.

Mutuando una terminologia penalistica, l'illegittimità in questione può quindi essere definita "di pericolo astratto", analogamente a quanto si afferma per il caso di violazione della regola dell'anonimato delle prove concorsuali (Ad. Plen., 20 novembre 2013, n. 26).

Anche la Sezione ha recentemente ricordato, da un lato, la valenza del principio dell'anonimato (sentenza n. 11106/2014), e, dall'altro, l'importanza della sequenza procedimentale prevista dall'art. 8 del d.P.R. n. 487 del 1994, la quale "garantisce [...] l'imparzialità dell'operato della commissione giudicatrice del concorso, evitando in tal modo che l'attribuzione del punteggio per i titoli possa essere condizionata dalla previa conoscenza del risultato delle prove scritte", calibrando così i punteggi da attribuire ai candidati (sentenza n. 786 del 1984).

Nel caso di specie, non giova poi, alla difesa erariale, invocare una presunta "residualità" della normativa contenuta nel d.P.R. n. 487 del 1994, in quanto le disposizioni qui in rilievo sono espressione del più generale principio di imparzialità e trasparenza delle procedure selettive fondate sul confronto comparativo.

Per quanto occorrer possa, va osservato, infine, che una deroga a tali principii non si rinviene né nel d.lgs. n. 69/2001, né nel d.lgs. n. 199 del 1995.

Il primo, all'art. 5, ai fini del reclutamento degli ufficiali della Guardi di Finanza, si limita a prevedere, per quanto qui interessa, che "3. Con determinazione del Comandante Generale della Guardia di finanza sono indicati:

a. le tipologie e le modalità di svolgimento dei concorsi e delle prove d'esame, prevedendo, ove necessario, programmi differenziati in relazione ai titoli di studio richiesti;

b. la composizione delle commissioni esaminatrici, presiedute e formate da personale in servizio nella Guardia di finanza, con l'intervento, ove necessario, di uno o più esperti nelle materie o prove oggetto di valutazione."

Per quanto poi riguarda il d.gs. n. 199 del 1995 (relativo al'"inquadramento del personale non direttivo e non dirigente del Corpo della Guardia di finanza"), esso prevede anzi espressamente che:

"3. Per lo svolgimento delle prove si osservano, in quanto applicabili, le norme concernenti i pubblici concorsi" (art. 37, comma 3).

5. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso merita accoglimento.

Va precisato che, data la natura del vizio riscontrato, l'annullamento degli atti impugnati travolge ab imis le operazioni concorsuali, non essendo più possibile garantire il rispetto del principio di anonimato e della par condicio, neanche attraverso la rinnovazione delle operazioni di valutazione dei titoli ad opera di una diversa commissione esaminatrice.

Inoltre, poiché esso assicura al ricorrente una forma di reintegrazione in forma specifica della chance di vittoria, non è necessario procedere all'esame della domanda di risarcimento per equivalente.

Le spese, infine, seguono la soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo.

***L’azione di annullamento e il giudizio di primo grado***

**Consiglio Di Stato, Ad. Pl., 13 Aprile 2015, n. 4**

FATTO

Con ordinanza di remissione alla Adunanza Plenaria n. 284 del 2015 la Sezione remittente rappresentava quanto segue.

La dottoressa Lo.Gi., attuale appellante, partecipava a concorso pubblico per titoli ed esami avente ad oggetto la copertura di tre posti di funzionario tecnico di ragioneria (all'epoca VIII qualifica funzionale, ai sensi del [d.P.R. 25 giugno 1983 n.347](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=10379)), dei quali uno riservato al personale interno, indetto dal Comune de L'Aquila, con deliberazione della Giunta Comunale n.1363 del 26 agosto 1997.

Nel bando di concorso era previsto, tra le altre cose, all'art. 6 il programma di esami, stabilendo che sarebbero state svolte due prove scritte, una in materia di legislazione amministrativa e tributaria concernente gli enti locali, e la seconda in materia di diritto amministrativo e tributario con particolare riferimento agli enti locali.

In relazione alla nomina della commissione esaminatrice, l'art. 8 del bando rinviava alla normativa vigente; l'art. 9 del bando precisava che avrebbero conseguito l'ammissione al colloquio orale i candidati che avessero riportato in ciascuna prova scritta la valutazione di almeno 7/10.

Con nota del 28 aprile 1999 del presidente della commissione esaminatrice, la signora Gi. veniva informata di avere ottenuto il punteggio di 4/10 per il suo elaborato relativo alla prima prova scritta e di 6/10 per l'elaborato relativo alla seconda prova scritta e quindi di non essere stata ammessa a sostenere la prova orale.

L'attuale appellante riferiva di avere chiesto in data 15 maggio 1999 accesso alla documentazione amministrativa relativa al concorso e di avere constatato che la votazione insufficiente le era stata attribuita da una commissione d'esame da lei ritenuta non costituita secondo la disciplina prevista dall'art. 37 del Regolamento organico del personale del Comune e che, in violazione dell'art. 46 dello stesso regolamento, la commissione non aveva provveduto alla previa determinazione dei criteri e delle modalità di valutazione delle prove sostenute.

Proponeva quindi ricorso sub. R.G.N. 469 del 1999 innanzi al T.A.R. per l'Abruzzo, sede de L'Aquila, chiedendo l'annullamento del provvedimento recante la sua mancata ammissione alle prove orali, nonché delle deliberazioni della Giunta Comunale n.565 del 21 maggio 1998 e n. 979 del 14 luglio 1998, recanti la nomina della commissione esaminatrice, nonché degli atti della procedura concorsuale e, segnatamente, dei verbali della commissione esaminatrice n. 1 del 30 settembre 1998, n.2 del 7 ottobre 1998 e n. 8 del 28 aprile 1999.

Con il ricorso di primo grado venivano dedotte le seguenti censure: 1) violazione dell'art. 37 del Regolamento organico del Personale in vigore presso il Comune de L'Aquila, degli artt. 1 e 8 del bando, per illegittimità della composizione della commissione, in quanto il funzionario "esperto" componente della commissione, prescelto tra i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, non apparteneva, come invece prescritto, alla qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa al posto messo a concorso, non essendo un dirigente; 2) violazione dell'art. 46 del regolamento non avendo la commissione previamente stabilito, nella prima riunione, i criteri di valutazione delle prove scritte; 3) eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari del giudizio; si costituivano i controinteressati El.Si. e Pa.Co., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e chiedendo la sua reiezione; non si costituiva il Comune.

Con la sentenza di primo grado n. 69 depositata in data 5 marzo 2002, l'adito Tribunale respingeva il ricorso. OMISSIS

Con l'appello proposto r.g.n. 9166 del 2002 l'appellante chiedeva la riforma della sentenza appellata, riproponendo anche nel presente grado le prime due censure sopra descritte e riferendo le sue censure anche alle considerazioni argomentative contenute nella sentenza di rigetto.

Si sono costituiti i signori Co.Pa. e Si.El., replicando ai motivi avversari e chiedendo il rigetto dell'appello. OMISSIS

Alla udienza pubblica del 9 luglio 2014 la causa veniva decisa.

La Sezione rimettente respingeva, con valenza di sentenza parziale ai sensi dell'art. 36, comma 2 cod. proc. amm., il primo motivo di appello relativo alla asserita violazione dell'art. 37 del Regolamento su citato, condividendo quanto statuito dal primo giudice in relazione alla "qualifica funzionale superiore rispetto a quella relativa messa a concorso", che può dirsi concretata anche per coloro che non sono inquadrati in tale qualifica, ma ne svolgono interinalmente le funzioni su formale incarico, valendo l'aspetto sostanziale della esperienza maturata al fine di legittimare la nomina a componente della commissione.

In ordine al secondo motivo, la Sezione affermava che il principio della previa fissazione dei criteri di valutazione delle prove concorsuali che devono essere stabiliti dalla commissione esaminatrice, nella sua prima riunione - o tutt'al più prima della correzione delle prove scritte - deve essere inquadrato nella ottica della trasparenza dell'attività amministrativa perseguita dal legislatore, che pone l'accento sulla necessità della determinazione e della verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti; e tra la necessaria fissazione dei criteri anzidetti e la legittimità dell'attribuzione del voto numerico che legittimamente sintetizza la valutazione della commissione sussiste un nesso indissolubile, poiché - se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento cui raccordare il punteggio assegnato - risulta illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica.

Pertanto, differentemente dal primo giudice, la Sezione remittente riteneva che "la illegittimità degli atti risulta effettivamente sussistente, non essendo stati fissati i criteri di valutazione da parte della commissione d'esame".

La Sezione riteneva di sottoporre alla Adunanza Plenaria la questione se il giudice amministrativo - in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. - possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale - in materia di concorsi per la instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori (circa quindici anni sono trascorsi dalla assunzione in servizio dei vincitori incolpevoli e la rilevazione dei vizi, con la pronuncia di remissione), e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.

L'ordinanza di remissione ritiene che, pur avendo la parte formalmente impugnato gli atti della procedura concorsuale chiedendone l'annullamento, l'adito giudice amministrativo potrebbe, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, mutando d'ufficio la domanda, disporre unicamente il risarcimento del danno, senza il previo annullamento degli atti illegittimi; in tal senso varrebbero i principi di giustizia richiamati dalla sentenza del Consiglio di Stato sezione sesta n. 2755 del 2011 che, pure in controversia in materia ambientale e in applicazione di principi del diritto europeo, ha statuito il potere del giudice amministrativo di non disporre l'annullamento dell'atto illegittimo, quando nessun vantaggio arrechi al ricorrente né ne derivi alcun beneficio agli interessi pubblici; in tale senso varrebbero anche i principi di proporzionalità, equità e giustizia, che debbono permeare anche la giustizia amministrativa, oltre che l'attività della pubblica amministrazione.

L'ordinanza di rimessione aggiunge che, se l'appellante avesse formulato espressa domanda di risarcimento derivante dalla illegittimità della procedura concorsuale conclusasi nell'anno 1999, il giudizio avrebbe potuto concludersi con l'accoglimento della domanda risarcitoria, senza necessità di provvedere all'annullamento degli atti impugnati, potendo il giudice "modulare" la tutela, in considerazione del danno sociale che deriverebbe da un eventuale annullamento.

E' vero, osserva l'ordinanza di rimessione, che il lungo tempo trascorso non costituisce in sé una giusta ragione per non disporre l'annullamento; tuttavia, ciò sarebbe possibile su questioni che riguardano le persone fisiche e le loro attività lavorative (si direbbe l'esistenza libera e dignitosa di cui all'art. [**36 Cost.**](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=153874)), valutando che l'annullamento, mentre sottrarrebbe un bene della vita essenziale ad uno o più controinteressati incolpevoli, neppure attribuirebbe al ricorrente se non una chance o una mera possibilità di rinnovazione procedimentale.

A tal fine menziona giurisprudenza che legge il comma 3 dell'art. 34 del cod. proc. amm. - che prevede che "quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori" - nel senso che non debba esservi una espressa richiesta dell'interessato (così Cons. Stato, V, 12 maggio 2011, n.2817) perché vi è sempre un quid di accertamento, perché il più comprende il meno, perché la norma utilizza una espressione vincolante e quindi la sussistenza dell'interesse può essere compiuta d'ufficio anche in assenza di domanda, a fronte di contrari precedenti (così Cons. Stato, V, 14 dicembre 2011, n.6539 e 6 dicembre 2010, n.8550) secondo i quali incombe sempre sulla parte istante l'onere di allegare i presupposti per la successiva azione risarcitoria (così, Cons. Stato, V, 28 dicembre 2012, n.6703) e quindi di proporre espressamente, se pure non formalisticamente ma in sostanza, la domanda di accertamento dell'illegittimità o di manifestare un interesse al solo accertamento, a successivi fini risarcitori.

Alla udienza di discussione del 25 marzo 2015 la causa, previa discussione, è stata trattenuta in decisione.

In sede di discussione l'avvocato di parte appellante ha ribadito le sue conclusioni e l'interesse della parte assistita all'annullamento degli atti impugnati; la difesa dei controinteressati ha concluso nel senso che siano condivise le conclusioni proposte dalla ordinanza di rimessione.

DIRITTO

1. La parte ha chiesto e continuato a chiedere l'annullamento degli atti della procedura concorsuale, comprensivi del giudizio negativo nei suoi confronti e della graduatoria pubblicata; nelle conclusioni dell'appello ha espresso tale richiesta di annullamento ("che la sentenza appellata venga annullata o quantomeno riformata, disponendosi in accoglimento del ricorso al Tar la rinnovazione degli atti della procedura concorsuale con ogni consequenziale statuizione anche in ordine al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio"), chiedendo, come visto, anche, nel petitum, la "rinnovazione" della procedura concorsuale; nella memoria depositata in data 8 gennaio 2014, la parte appellante afferma che il lungo tempo trascorso dalla proposizione dell'appello non ha inciso negativamente sulla posizione, sussistendo ancora interesse alla decisione di merito e all'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Tale posizione è stata ribadita in sede di udienza di discussione.

A fronte di detta domanda, l'ordinanza di rimessione pone la questione se, ritenuta la fondatezza del gravame, sia dato al giudice amministrativo emettere ex officio una pronuncia di risarcimento del danno anziché di annullamento, tenuto conto degli effetti particolarmente pregiudizievoli di quest'ultimo nei confronti delle altre parti interessate, anche in relazione al tempo trascorso dalla emanazione degli atti impugnati.

2. L'Adunanza plenaria ritiene che la tesi contenuta nell'ordinanza di rimessione non può essere condivisa e ciò: a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità - di stretta interpretazione - di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità ex officio del giudizio di annullamento una volta azionato; d) per la non pertinenza degli argomenti e dei precedenti richiamati.

3.Con riguardo agli argomenti testuali, vale quanto previsto dal [codice del processo amministrativo](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=177344) e, in virtù del rinvio esterno ai sensi dell'art. [39 cod. proc. amm., anche quanto prevede il codice di procedura civile](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29261).

L'articolo 29 c.p.a., proseguendo nella tradizione delle precedenti leggi processuali (T.U. Consiglio di Stato e legge TAR), dispone che la sanzione per i vizi di violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza sia l'annullamento ad opera del giudice, la cui azione deve proporsi nel termine di sessanta giorni.

L'illegittimità determina l'annullabilità (in potenza); l'azione di annullamento determina, su pronuncia del giudice, l'annullamento (in atto) degli atti impugnati.

In caso di accoglimento del ricorso di annullamento (art. 34, comma 1, c.p.a. lettera a) il giudice quindi annulla (necessariamente) in tutto o in parte il provvedimento impugnato.

A sua volta l'art. 34 esprime il principio dispositivo del processo amministrativo in relazione all'ambito della domanda di parte; si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione ovvero nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a., che, riguardo alle controversie in materia di contratti pubblici, consentono al giudice di modulare gli effetti della inefficacia del contratto).

Del resto la regola secondo la quale nel processo amministrativo debba darsi al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo, è stata ribadita dalle pronunce di questa stessa Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 30 del 26 luglio 2012.

4. Ora, proprio in virtù di detto principio della domanda. non può ammettersi che in presenza di un atto illegittimo (causa petendi) per il quale sia stata proposta una domanda demolitoria (petitum), potrebbe non conseguirne l'effetto distruttivo dell'atto per valutazione o iniziativa ex officio del giudice.

L'azione di annullamento si distingue, infatti, dalla domanda di risarcimento per gli elementi della domanda, in quanto nella prima la causa petendi è l'illegittimità, mentre nella seconda è l'illiceità del fatto; il petitum nella prima azione è l'annullamento degli atti o provvedimenti impugnati, mentre nella seconda è la condanna al risarcimento in forma generica o specifica.

Inoltre il risarcimento è disposto su "ordine" del giudice ed è diretto a restaurare la legalità violata dell'ordinamento, costituendo una situazione quanto più possibile pari o equivalente (monetariamente) o il più possibile identica a quella che ci sarebbe stata in assenza del fatto illecito; l'annullamento invece è una restaurazione dell'ordine violato "ad opera" del giudice.

Al massimo, il giudice può non già "modulare" la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, "nella parte in cui prevede" o "non prevede", oppure "nei limiti di interesse del ricorrente" e così via.

Se poi la domanda di annullamento, con il suo effetto tipico di eliminazione dell'atto impugnato dal mondo giuridico non dovesse soddisfare l'interesse del ricorrente e anzi dovesse lederlo (in realtà l'ordinanza di rimessione riconosce che non si verte in tale ipotesi), la pronuncia del giudice non potrebbe che essere di accertamento, ma nell'altro senso, cioè della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente che aveva proposto domanda di annullamento.

Cosa diversa dall'accertamento del sopravvenuto difetto di interesse è, come proporrebbe invece l'ordinanza di rimessione, che sia il giudice ex officio a preferire la forma di tutela, facendo recedere l'interesse, a suo dire, indebolito del ricorrente, sulla base di altre valutazioni di interessi (gli interessi dei controinteressati, l'interesse pubblico, il tempo, l'opportunità e così via).

E' vero che la pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse è basata sull'accertamento della esistenza delle condizioni per l'adozione della decisione giurisdizionale domandata dal ricorrente a tutela di una concreta situazione giuridica di vantaggio, accertamento che deve essere compiuto dal giudice, anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (tra varie, Cons. Stato, IV, 22 marzo 2007, n.1407).

Non è però consentito al giudice, in presenza della acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda (si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall'art. 99 [c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall'art. 112](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29334) c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. [**39**](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1&documentId=29261) cod. proc. amm. anche al processo amministrativo) e trasformarne il petitum o la causa petendi, incorrendo altrimenti nel vizio di extrapetizione.

Non può neppure valere il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, al c.d. principio di continenza, in quanto, se è vero che l'accertamento è compreso nell'annullamento (il più comprende il meno), l'accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento.

5. Nella specie ad opinione del Collegio deve ritenersi persistente tale interesse all'annullamento, nella forma di interesse strumentale (su tale nozione Ad. Pl. n. 11 del 10 novembre 2008) ad ottenere la rinnovazione della procedura concorsuale, sia perché tale persistenza è stata manifestamente ribadita nella memoria del gennaio 2014 dell'appellante e in sede di discussione orale, sia perché, in esito del motivo di appello ritenuto fondato e per incidenza degli effetti del suo accoglimento sull'intero procedimento, per la ritenuta esigenza di predeterminazione dei criteri di valutazione degli esami, non può non procedersi alla rinnovazione dell'attività viziata (contemperando con il principio dell'utile per inutile non vitiatur).

Non rileva, a tal fine, il tempo trascorso. Infatti la durata occorrente per il giudizio, a maggior ragione quando essa sia prolungata e inaccettabile nelle sue dimensioni, non può andare a danno del ricorrente che ha ragione e pregiudicargli la sua pretesa, se non a costo di infliggergli un doppio danno (sul principio del diritto al giusto processo in tempi ragionevoli, si veda l'art. 6 CEDU e, in campo nazionale, la [legge c.d. Pinto n. 89 del 24 marzo 2001](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=provlink&iddoctype=1&idFonte=1&idProvv=38489), sulla durata ragionevole dei giudizi).

Non rileva, d'altro canto, neppure l'utilità più o meno ampia, che l'appellante possa ricevere da un eventuale annullamento, né possono avere rilievo le ragioni di inopportunità, in tale sede e fase, per i disagi causati ai controinteressati incolpevoli o la valutazione preminente dell'interesse pubblico, il quale coincide, in tale momento, con l'annullamento degli atti illegittimi impugnati.

6. In sede di giurisdizione generale di legittimità e in caso di azione di annullamento, non appare utile il richiamo operato dall'ordinanza di rimessione ai poteri di cui all'art. 21 nonies L. 241 del 1990, attenendo essi specificamente (ed esclusivamente, stante la loro natura eccezionale) all'attività amministrativa propriamente detta; così come non appare utile il richiamo alle disposizioni in materia di appalti (artt. 121 e 122 c.p.a.), in cui viene riconosciuta la possibilità al giudice di disporre un rimedio piuttosto che un altro, sulla base della inefficacia, con un potere valutativo che tenga conto del tempo trascorso, della effettiva possibilità di subentrare, delle situazioni contrapposte, dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e così via: trattasi, infatti, di fattispecie esclusive la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali.

7. Non sono d'altra parte di ausilio alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione i precedenti giurisprudenziali da essa menzionati.

Quanto alla sentenza della VI Sezione n. 2755 del 2011, essa ha riconosciuto la potestà del giudice amministrativo, in presenza di determinati presupposti attinenti all'interesse del ricorrente, di fissare una determinata posteriore decorrenza degli effetti della pronuncia di annullamento. Si tratta, dunque, di una questione ben diversa da quella posta nella presente fattispecie, nella quale, come si è più volte rimarcato, si controverte sulla possibilità per il giudice di sostituire integralmente ex officio la domanda proposta in giudizio.

Ugualmente non convincente è il richiamo alle sentenze che fanno riferimento alla possibilità che il giudice, di ufficio, ritenga che sussista un interesse al mero accertamento.

Al di là della considerazione che tale potere di ufficio di accertare l'illegittimità a soli fini risarcitori non è del tutto pacifico (l'ordinanza di rimessione cita anche giurisprudenza più rigorosa sul punto), esso va necessariamente coniugato, se viene spiegata azione risarcitoria in quella sede (anche se in vero, essa potrebbe solo essere annunciata e proposta in sede successiva), con il principio dispositivo in ordine alla proposizione della domanda di risarcimento, sicchè la parte attrice deve sempre provarne gli elementi costitutivi (artt. [**2043 e 2697 cod. civ.**](http://bdpa24.ilsole24ore.com/utility/Auth.aspx?view=document&documentType=1,28893;1&documentId=28190)).

Soprattutto, le pronunce richiamate riguardano una fattispecie ben diversa dalla invocata possibilità del giudice di modificare la domanda.

Esse ritengono che ope iudicis si possa accertare l'illegittimità di un atto impugnato anche quando la parte, che non ha più interesse all'annullamento, non lo chieda espressamente.

Tali pronunce si riferiscono alla situazione in cui, accertata in modo incontestabile, per mutamenti di fatto o di diritto la sopravvenuta carenza di interesse, si debba decidere se, per la pronuncia di mero accertamento, sia necessaria oppure no una apposita istanza della parte.

Tali pronunce, come visto, tuttavia non incidono né sulla esigenza di previamente accertare se tale interesse a ricorrere o bisogno di tutela giurisdizionale (Rechtsschutzbedürfnis) continui a persistere anche dopo molto tempo, né sul potere, tipico del processo dispositivo, della parte di decidere, essa soltanto, e non il giudice di ufficio, se proseguire nella richiesta di annullamento di atti illegittimi sia pure a distanza di tempo, vantando ancora un meritevole bene della vita.

8. La modificazione degli effetti della domanda di annullamento non può essere neanche giustificata con il richiamo alla disciplina del processo dinanzi alla Corte di Giustizia (l'art. 264 del Trattato).

L'art. 1 del c.p.a. afferma che la "giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo", ma ciò avviene sulla base della specifica disciplina del processo amministrativo, non necessariamente dandosi applicazione alle regole processuali comunitarie.

Non si tratterebbe qui di recepire principi del diritto comunitario sostanziale o processuale (la proporzionalità, l'affidamento, il mutuo riconoscimento, il giusto processo, il contraddittorio etc.), ma di applicare una disposizione dettata per il giudizio europeo al giudizio (di tutt'altra natura) nazionale.

La problematica della limitazione degli effetti dell'annullamento, sorta e applicata in via eccezionale in quella sede soprattutto per i regolamenti, non è sufficiente a portare ad un parallelo con la giustizia amministrativa italiana, trattandosi di modelli giurisdizionali del tutto differenti (basti pensare alla serie di atti scrutinati dalla Corte di Giustizia, che possono essere atti del Parlamento piuttosto che della Commissione europea, della BCE, del Consiglio).

Per completezza, si osserva che tale problematica, a prescindere dalle regole codicistiche, è stata affrontata in quel sistema dal Conseil d'Etat francese (Conseil d'Etat, 11 maggio 2004, Association AC), che ha fatto riferimento alle conseguenze manifestamente eccessive, ma limitando il potere officioso del giudice in casi del tutto eccezionali "à titre exceptionnel" e solo nei casi di atti di tale importanza da mettere in crisi il sistema di un settore dell'ordinamento, quindi tenendo conto degli effetti della "securité juridique".

9. Ai sensi dell'art. 99, comma 4 c.p.a., l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, investita della questione sopra esposta, in omaggio al principio di economia processuale e per esigenze di celerità, di regola decide la controversia anche nel merito, salva la presenza di ulteriori esigenze istruttorie, nel caso di specie insussistenti (così Consiglio di Stato, ad. Plen. 13 giugno 2012, n. 22).

D'altra parte, la questione sollevata dalla Sezione remittente di eventualmente non annullare per le ragioni sopra esposte, pur non rappresentata alla udienza precedente alle parti ai sensi dell'art. 73 comma 3, ove ritenuta questione "rilevata d'ufficio" perché riguardante gli eventuali poteri officiosi del giudice, è stata compiutamente rappresentata con la ordinanza di deferimento e quindi adeguatamente trattata dalle varie parti in sede di discussione dinanzi a questa Adunanza Plenaria.

Avendo la Sezione rimettente già accertato l'illegittimità degli atti impugnati pronunciandosi con sentenza parziale ai sensi dell'art. 36 secondo comma cod. proc. amm., sia respingendo il primo motivo sia esprimendosi anche sulla seconda "questione" (il motivo della violazione della regola della previa determinazione dei criteri delle prove), non può che concludersi nel senso dell'accoglimento dell'appello e, in conseguenza, in riforma dell'appellata sentenza, per l'accoglimento del ricorso originario e l'annullamento degli atti impugnati ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Ritenendo pertanto di decidere nel merito la controversia sottoposta all'esame, sulla base delle sopra esposte considerazioni, va accolto l'appello proposto dall'appellante e, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso originario, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, con la enunciazione del seguente principio di diritto: "Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita".

La particolare complessità della vicenda, la sua risalenza nel tempo rispetto all'affermazione giurisprudenziale in modo chiaro della regola dell'esigenza della predeterminazione dei criteri delle prove rispetto alla amministrazione comunale e la mancanza di qualsivoglia imputabilità di comportamento in capo ai controinteressati (seppure essi fossero, naturalmente, a conoscenza della impugnativa del concorso già dalla proposizione avvenuta nel corso dell'anno 1999), giustificano la compensazione totale delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e, in conseguenza, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso originario ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, annullando gli atti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

**Consiglio di Stato, Ad. Pl., 27 aprile 2015, n. 5**

1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Belluno per l'affidamento del servizio sperimentale di corrispondenza nell'ambito della Valbelluna.

1.2. Alla gara hanno partecipato due sole imprese: il consorzio Hibripost (che si è classificato al primo posto) e la Postest s.a.s. di Sottile Cervini Gianantonio &amp;amp; C. (in prosieguo ditta Postest, classificatasi al secondo posto).

1.3. La gara è stata aggiudicata al consorzio Hibripost (determinazione dirigenziale n. 597 del 26 ottobre 2012).

1.4. Con provvedimento dirigenziale in data 28 dicembre 2012, sollecitato dalla ditta Postest, è stato rifiutato l'esercizio dell'autotutela rispetto al contratto di affidamento.

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Postest ha adito il T.a.r. per il Veneto proponendo sia la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e del diniego di autotutela, sia la domanda di risarcimento di tutti i danni subiti per la mancata aggiudicazione del servizio.

2.2. Questi, in sintesi, i motivi posti a sostegno dell'impugnativa, come elencati in primo grado dalla parte ricorrente, ma non anche espressamente graduati:

a) Violazione di legge e di regolamento - Violazione o falsa applicazione degli artt. 41, 42, 46, 121, 125 e 233 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 334 d.P.R. 207/2010 - Impossibilità della prestazione - Nullità del contratto per mancanza del requisito di cui all'art. 1346 del Codice Civile.

Il consorzio affidatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per non aver documentato nella propria domanda di partecipazione di essere in possesso dei dipendenti necessari a svolgere il servizio di corrispondenza in esame;

b) Violazione del principio di pubblicità nell'esame delle offerte e del principio generale di trasparenza.

La stazione appaltante non avrebbe comunicato alle due ditte concorrenti il luogo e la data di apertura ed esame delle offerte;

c) Violazione dei principi in materia di efficacia e di esecutività del provvedimento e di sua revoca (artt. 21-quater e 21-quinquies della legge 241/1990).

L'amministrazione avrebbe dovuto esercitare l'autotutela perché il Consorzio aggiudicatario non risulterebbe in possesso della necessaria autorizzazione ministeriale a svolgere il servizio di corrispondenza oggetto di gara.

2.3. Radicatosi il contraddittorio nei confronti della sola amministrazione comunale, l'impugnata sentenza:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dal comune di Belluno (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) in considerazione della natura assorbente del vizio lamentato con il secondo motivo di ricorso - consistente nella violazione di una regola riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., capace di travolgere l'intera procedura di gara - lo ha esaminato ed accolto annullando gli atti impugnati;

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno atteso che all'esito dell'annullamento integrale della procedura selettiva, Parte ricorrente vanta al più una mera chance di aggiudicazione in cui verrà integralmente reintegrata in forma specifica qualora la Stazione appaltante procederà all'indizione di una nuova gara.

d) ha compensato le spese di lite.

3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA V SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta Postest ha interposto appello affidato, nella sostanza, ai seguenti quattro autonomi motivi:

a) con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l'erroneità della sentenza che avrebbe dovuto esaminare i motivi nell'ordine in cui erano stati formulati nel ricorso introduttivo; il primo giudice avrebbe fatto un cattivo uso della tecnica dell'assorbimento dei motivi, che, specie all'indomani dell'introduzione dell'azione risarcitoria nel giudizio amministrativo, sarebbe utilizzabile soltanto quando sia evidente che anche sotto il profilo risarcitorio nessuna utilità deriverebbe al ricorrente dall'esame di tutte le censure prospettate; nella specie, pertanto, il primo motivo del ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere esaminato prioritariamente dal T.a.r. per il Veneto, essendo la censura in questione maggiormente satisfattiva, tanto che al suo accertamento sarebbe seguito il risarcimento del danno non della perdita di chance, ma del mancato guadagno e della lesione curriculare, considerato che si era in presenza di una gara partecipata da due soli concorrenti;

b) con il secondo mezzo ha evidenziato che, dall'accoglimento del primo motivo del ricorso, il T.a.r. avrebbe dovuto desumere l'assorbimento del secondo motivo, e la verifica della sussistenza del terzo vizio (posto a base del corrispondente motivo), solo per qualificare a fini risarcitori come illecita la condotta serbata dalla stazione appaltante;

c) con il terzo mezzo ha rilevato che il T.a.r., se anche si dovesse ritenere che abbia esaminato nell'ordine corretto i motivi di ricorso, sarebbe dovuto giungere a conclusioni differenti sotto il profilo della richiesta risarcitoria per il danno da perdita di chance, non solo per la necessità di riconoscere a quest'ultima la valenza di bene giuridico, ma anche per la circostanza fattuale che al momento della decisione non vi erano più i presupposti per la riedizione della gara, essendo già stato svolto il servizio oggetto della stessa;

d) con il quarto e ultimo mezzo, infine, ha dedotto che il T.a.r. avrebbe fatto mal governo della disciplina delle spese di giudizio in quanto, nonostante la soccombenza dell'amministrazione comunale e l'assenza di gravi ed eccezionali ragioni, le ha compensate integralmente.

3.2. Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale di Belluno, che ha evidenziato la correttezza della pronuncia impugnata, stante i principi secondo cui sarebbe tutt'ora attuale, da un lato, l'obbligo del giudice di graduare l'esame dei motivi principiando da quello che denota la più radicale delle illegittimità denunciate, dall'altro, la regola per cui l'accoglimento di una doglianza, allorquando determini la caducazione dell'atto, comporta la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre.

4. L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL'ADUNANZA PLENARIA.

Con ordinanza n. 6204 del 22 dicembre 2014, la V Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver diffusamente illustrato, in chiave storica e sistematica, gli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all'Adunanza plenaria le seguenti cinque questioni:

a) se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande;

b) se nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente possa graduare implicitamente i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi;

OMISSIS

6. UNICITA'O PLURALITA'DI DOMANDE DI ANNULLAMENTO.

Omissis Nel processo amministrativo impugnatorio, infatti, la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi - motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537). Omissis

7. IL DOVERE DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA DOMANDA E LE SUE DEROGHE.

7.1. Il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio della rilevabilità d'ufficio di talune "grandi" questioni afferenti al rito o al merito, sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99 e 112) e nel c.c. (art. 2907, al quale l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perché sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte), ma non riprodotti espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34, co. 1, del medesimo codice stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda…., eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4).

In ogni caso, trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall'art. 39, co. 1, c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria (Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33; Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.).

Questa soluzione, del resto, era largamente condivisa anche prima della vigenza del codice.

7.2. Da qui la ricorrente affermazione che il processo amministrativo è certamente un processo di parte governato, in linea generale e salvo quanto si dirà in prosieguo, dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale - inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale - e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo).

Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011), in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su 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. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238).

È assodato, pertanto, che il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, hanno dignità di Generalklausel nel processo civile (cfr. Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.) ed in quello amministrativo (cfr. Ad. plen. n. 4 del 2015, n. 9 del 2014 e n. 4 del 2011).

A queste prime conclusioni si saldano le ulteriori considerazioni - che contribuiscono alla migliore comprensione del fenomeno nella sua portata teorica e nelle conseguenti soluzioni operative - sul ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza (art. 103 co. 1, Cost.); sulle peculiari modalità di erogazione della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo attraverso il controllo necessario sull'esercizio (o il mancato esercizio) della funzione pubblica financo all'interno dell'amministrazione (art. 100, co. 1, Cost.); sull'importanza strategica dell'iniziativa della persona che agisce in giudizio, nella logica del private enforcement, perché, sia pure nei limiti della domanda, concorre a (e rende possibile la) tutela dell'interesse pubblico mediante il ripristino della legalità violata.

7.3. Sempre in linea generale è bene precisare sin da ora che l'obbligo del giudice amministrativo di pronunciare su tutti i vizi - motivi e le domande di annullamento non è però incondizionato (cfr., sul principio generale, Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.).

Il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie, infatti, in primo luogo nelle norme e nei principi che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo (infra ∫∫ 8.3. e 9.3.); al di fuori di tali casi, però, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina processuale che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità (Ad. plen., n. 4 del 2015 e n. 9 del 2014 cit.); al tempo stesso, il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato comporta il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il petitum e la causa petendi, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione (Ad. plen. n. 7 del 2013 cit.).

Entro questi limiti è chiamato ad esercitare il suo munus il giudice amministrativo che, giova ribadirlo, non è però sempre e incondizionatamente tenuto a scrutinare, in caso di accoglimento del ricorso, tutti i vizi - motivi e le correlate domande di annullamento.

8. LA GRADUAZIONE DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE COME DEROGA ALL'OBBLIGO DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA MATERIA DEL CONTENDERE.

8.1. Nozione di graduazione.

La graduazione è un ordine dato dalla parte ai vizi - motivi (o alle domande di annullamento), in funzione del proprio interesse; serve a segnalare che l'esame e l'accoglimento di alcuni motivi (o domande di annullamento) ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi (o le domande) indicati come subordinati o graduati per ultimi, hanno minore importanza e se ne chiede l'esame esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari; la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi - motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze.

La graduazione dei motivi o delle domande diventa allora un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall'ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza. Tale limitazione è coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del thema decidendum (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità sua sponte), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest'ultimo la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di annullamento.

Siffatta conclusione, inoltre, non è in contrasto con il codice del processo amministrativo: in relazione al contenuto del ricorso, il c.p.a., come già la previgente disciplina, si limita ad indicare il contenuto necessario, non anche quello eventuale. Esige la specificità dei motivi, non anche la loro graduazione, che resta una facoltà della parte non vietata dalla disciplina processuale.

La graduazione dei motivi, pertanto, vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità; tale fenomeno, come bene evidenziato dalla ordinanza di rimessione, si manifesta in particolare nelle controversie aventi ad oggetto procedure competitive o selettive, allorquando il ricorrente anteponga l'esame delle censure che gli permettono di conseguire il bene della vita finale (l'aggiudicazione di una gara d'appalto, la nomina ad un pubblico ufficio, l'inserimento in un graduatoria), rispetto a quelle il cui accoglimento implicherebbe l'eliminazione di tutta o parte della sequenza procedurale attraverso la rimozione di tutti i vizi riscontrati.

In definitiva, da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo, l'ordine dei motivi vincola il giudice, laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell'interesse pubblico l'ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell'ordine di esame dei differenti parametri, e, inoltre, dichiarata l'incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri, per difetto di rilevanza, e per ragioni di economia processuale (cfr. fra le tante Corte cost., 19 ottobre 2009 n. 262).

Risulta, pertanto, definitivamente superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale - maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all'interesse pubblico, sembrando incoerente e paradossale che il ricorrente vittorioso consegua il bene della vita finale sulla scorta di una procedura viziata molto spesso ab imis - secondo cui spetta sempre e comunque al giudice amministrativo individuare l'ordine di esame dei motivi dedotti dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva, e del rapporto fra gli stessi esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla mera richiesta della parte.

8.2. Modalità della graduazione.

La graduazione dei vizi - motivi, consistendo in una eccezione all'obbligo del giudice di esaminare tendenzialmente tutti i vizi di legittimità costitutivi del thema decidendum (siano essi articolati in un'unica o in più domande di annullamento proposte in via principale o incidentale), e trovando fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio, richiede una puntuale ed esplicita esternazione da parte di questi ultimi; tanto, sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali, che per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca, per ciò solo arbitraria, della maggiore satisfattività dell'interesse concreto perseguito da queste ultime. In tale contesto, non può considerarsi menomato il principio di pienezza ed effettività della tutela sancito dal codice del processo amministrativo (art. 1), in quanto lo sforzo collaborativo richiesto alle parti ha un contenuto minimo, è di pronta esecuzione ed è coerente con l'obbligo di queste ultime di cooperare c. 1 giudice per la realizzazione del giusto processo (art. 2).

In questa prospettiva risulta confermata la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre richiesto, ai fini della rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle domande di annullamento), che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662; Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98; Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2837).

8.3. Limiti al potere della parte di graduare i motivi e le domande.

8.3.1. La situazione precedente il codice del processo amministrativo.

L'art. 26, co. 2, l. T.a.r. imponeva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza, di rimettere l'affare all'autorità competente.

In ossequio al dettato legislativo, secondo un costante orientamento, il vizio di incompetenza doveva essere sempre scrutinato per primo, in quanto la valutazione del merito della controversia si sarebbe risolto in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente cui spettava l'effettiva valutazione della vicenda e che avrebbe potuto emanare o meno l'atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso. Diversamente opinando si sarebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità competente dato che la regola di condotta giudiziale si sarebbe formata senza che questa abbia partecipato al giudizio; il che trovava positiva conferma nel menzionato art. 26, co. 2, primo periodo. Si era conseguentemente escluso che la parte potesse subordinare l'esame del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi di impugnazione.

L'indirizzo tradizionale che si era formato all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Sez. V, 6 marzo 2001, n. 1253; Sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4214; Sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310), aveva in conclusione stabilito che:

a) nel conflitto fra ordine legale di esame dei motivi di ricorso - quanto al vizio di incompetenza ai sensi dell'art. 26, l. T.a.r. - e potere dispositivo della parte, la richiesta del ricorrente di previo esame degli altri motivi rispetto alla censura di incompetenza costituiva una condizione nulla, che come tale non soltanto era inutile, ma rendeva inammissibile per carenza di interesse il motivo di incompetenza proposto dalla parte subordinatamente agli altri motivi, con conseguente obbligo del giudice di esame con priorità degli altri motivi, cui la parte aveva interesse prevalente;

b) se il potere è stato esercitato da un'autorità incompetente, il giudice sul piano logico non può fare altro che rilevare il vizio di incompetenza, ma non può dettare le regole dell'azione amministrativa, posto che l'azione amministrativa non è ancora stata esercitata dall'organo preposto;

c) l'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione e comunque, provvedere con un contenuto diverso.

8.3.2. La situazione dopo il c.p.a.

Nonostante sia formalmente scomparsa la previsione dell'art. 26, co. 2, l. T.a.r., con il nuovo c.p.a. i termini del dibattito restano invariati e, anzi, si amplia il novero dei vizi che impediscono alla parte di graduare ad libitum i relativi motivi.

Invero l'art. 34, co. 2, c.p.a., dispone che in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Una parte della giurisprudenza ha valorizzato tale disposizione in chiave di limite normativo espresso del potere di graduazione delle parti (cfr., oltre all'ordinanza di rimessione, Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761).

Tale situazione, si badi, può riscontrarsi:

a) nella fase iniziale del procedimento (si pensi alla mancanza della proposta vincolante prevista ex lege come indefettibile);

b) nel corso del procedimento (si pensi alla mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge, ed alla complessa disciplina sostanziale sancita dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990 per fronteggiare tale evenienza);

c) alla fine del procedimento (è questo il caso classico del provvedimento reso da un'autorità diversa da quella legalmente competente).

Secondo una lettura oggettiva, i poteri cui si riferisce l'art. 34, co. 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità; secondo una opposta lettura, d'indole soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente, ovvero quella chiamata a esplicare la propria volontà provvedimentale in base al micro ordinamento di settore.

È senza dubbio da preferirsi quest'ultima esegesi, più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali che si correlano a tale norma: diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente nel senso dianzi precisato - sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia - dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali: l'art. 97, co. 2 e 3 Cost., infatti, riserva alla legge l'ordinamento delle amministrazioni ed il riparto delle sfere di competenza ed attribuzione, impedendo all'autorità amministrativa di derogarvi a suo piacimento (cfr. Cons. Stato, n. 761 del 2013 cit.).

L'art. 34, co. 2, cit., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa (sul valore del principio e la sua declinazione avuto riguardo al potere giurisdizionale in generale, ed a quello esercitato dal giudice amministrativo in particolare, cfr. da ultimo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85;

23 febbraio 2012, n. 40; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.; Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema:

d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1);

e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3);

f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134).

Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus.

A ben vedere, nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte.

A quest'ultima, se intende ottenere una pronuncia su tali peculiari modalità di (mancato) esercizio del potere amministrativo, si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza (e le altre assimilate), oppure sollevarla ma nella consapevolezza della impossibilità di graduarla.

Per concludere sul punto si osserva che bisogna prendere atto che taluni vizi di legittimità esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata. Tale impostazione produce, inoltre, effetti deflattivi sul contenzioso perché dissuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pletora di motivi sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile; si evitano, per tale via, gli eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo (il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in termini Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.).

9. ASSENZA DELLA GRADUAZIONE E ASSORBIMENTO DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE.

9.1. Conseguenze della mancata graduazione.

In mancanza di una espressa graduazione, si riespande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande (retro ∫ 7, infra ∫

9.3.).

In tal modo il giudice assicura un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa a lui sottoposti; garantisce il diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.); infine, rende effettivo il doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 - 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità): qui, infatti, come dianzi evidenziato, la tutela dell'interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica, il che spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado (cfr., in termini e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401, ivi i richiami a Corte cost., n. 295 del 1988, n. 8 del 1982; n. 62 del 1981). Omissis

9.3. Assorbimento dei vizi - motivi e delle domande di annullamento.

In questo articolato contesto deve essere affrontato l'ultimo consustanziale aspetto della tematica dell'ordine di esame dei vizi - motivi e delle domande di annullamento, rappresentato dalla prassi giurisprudenziale denominata "assorbimento dei motivi".

Invero, come illustrato in precedenza, in mancanza di una espressa graduazione dei vizi - motivi, si riespande il dovere del giudice amministrativo di vagliare, di regola, tutti i motivi e le domande, ma al contempo - potendo egli selezionare, in vista della completa tutela dell'interesse legittimo ed al contempo della legalità e dell'interesse pubblico, le censure da cui principiare secondo l'ordine dettato dalla maggior pregnanza del vizio di legittimità e dallo sviluppo logico e diacronico del procedimento - è possibile che, in taluni ben delimitati casi, l'esame del giudice si arresti prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure (o delle domande) proposte.

Anticipando e sintetizzando gli argomenti più diffusamente esposti in prosieguo, deve ritenersi che nel processo amministrativo, la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice.

9.3.1. Nozione di assorbimento.

Il riconoscimento in capo al giudice del potere di decidere l'ordine di esame dei vizi - motivi (e delle domande di annullamento), ha favorito in passato la diffusione di tale prassi: il giudice "sceglie" un motivo fondato di ricorso e sulla base di questo solo motivo, che accoglie, annulla il provvedimento, omettendo di esaminare le altre censure proposte dal ricorrente, che vengono, appunto, dichiarate assorbite.

La tecnica dell'assorbimento è stata in passato utilizzata in modo tale da condurre, in alcuni casi, alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni d'ordine sostanziale.

Ne derivava che:

a) la pretesa del ricorrente, apparentemente soddisfatta dalla sentenza di accoglimento, poteva non esserlo nella sostanza, se l'amministrazione reiterava l'atto riproducendo i vizi dedotti dal ricorrente con i motivi assorbiti;

b) l'Amministrazione rimaneva nell'incertezza circa la fondatezza delle censure sostanziali e dunque sulle modalità di un eventuale riesercizio della funzione pubblica.

9.3.2. Critiche alla prassi dell'assorbimento.

Muovendo da tali evidenze, la prassi dell'assorbimento è stata criticata rilevandosi che:

a) l'assorbimento di alcune censure riduce il c.d. effetto conformativo della sentenza e l'effettività del giudizio di ottemperanza; conseguentemente frena l'ambizione del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione tutelando, in maniera tendenzialmente completa, l'interesse legittimo e la funzione pubblica;

b) la stessa esigenza di economia dei mezzi processuali, che viene talvolta posta a giustificazione dell'assorbimento può, in concreto, mancare del tutto, soprattutto se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino; è evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione;

c) dopo che è stato ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, per assorbire un motivo, deve essere certo che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio;

d) il mancato esame di alcune censure, inoltre, non può mai essere giustificato da esigenze di carattere istruttorio, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di sollecita definizione della causa possono condurre ad una limitazione della tutela, salvi i casi di abuso del processo.

9.3.3. Divieto di assorbimento e nuovo codice del processo amministrativo.

Giova sul punto ricordare che lo schema originario del c.p.a., nel testo licenziato dalla commissione di studio istituita in seno al Consiglio di Stato, conteneva una disposizione espressa secondo cui quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente.

Tanto, in linea con la considerazione che il giudice deve esaminare tutte le relative censure, in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo sia in relazione ai vizi che riscontri sussistenti, sia in relazione a quelli che consideri infondati. Non vi è dubbio, infatti, che l'effetto conformativo può derivare anche dall'accertamento della riscontrata legittimità dell'atto nella parte considerata. La previsione è stata espunta nel testo finale (forse non a torto, visto che vietava espressamente l'assorbimento solo in caso di accoglimento del ricorso, mentre il divieto avrebbe dovuto operare, e a fortiori, in caso di rigetto del ricorso), ma essa costituisce un principio tendenziale evincibile dal sistema del c.p.a. e senz'altro operante pur in difetto di espressa previsione. Da ultimo, come manifestazione di tale principio generale, può leggersi la norma sancita dall'art. 40, co. 1, lett. a), d.l. n. 90 del 2014 nella parte in cui, novellando l'art. 120, co. 6, c.p.a., ha previsto esplicitamente che il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti.

In conclusione, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato.

9.3.4. Deroghe al divieto di assorbimento.

Limitate e ben circostanziate deroghe al divieto di assorbimento sono tuttavia ammissibili nelle seguenti ipotesi generali:

a) espressa previsione di legge;

b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico - pregiudiziale;

c) ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica. Omissis

***L’azione di condanna al risarcimento del danno***

**Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94**

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (d'ora in avanti: TAR) con ordinanza del 17 dicembre 2015, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [d'ora in avanti: CEDU], firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, del 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), nella parte in cui stabilisce che «[l]a 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».

Il rimettente premette di essere chiamato a pronunciarsi su una richiesta di risarcimento di danni, proposta dalla società Top Ten House srl nei confronti del Comune di Gaiola in relazione al rilascio di quattro permessi di costruire, successivamente rivelatisi illegittimi.

Il TAR riferisce che la società aveva acquistato un terreno edificabile di circa 5000 metri quadrati, situato in un'area comunale e in relazione al quale i precedenti proprietari avevano formulato un'istanza di approvazione del piano esecutivo convenzionato per la costruzione di un complesso residenziale e commerciale. Divenuta proprietaria, la ricorrente aveva chiesto al Comune, e ottenuto nei mesi di ottobre e novembre 2011, i quattro titoli abilitativi, di cui uno, gratuito, per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e tre, onerosi, per la costruzione di ville residenziali e la realizzazione della strada privata di collegamento con la viabilità pubblica.

La società, ottenuti i provvedimenti abilitativi, il 2 gennaio 2012 aveva dato avvio ai lavori, immediatamente interrotti per effetto dell'ordine verbale di sospensione intimato dal Capo cantoniere, poi confermato dall'ANAS spa, in data 29 marzo 2012, con una nota in cui si confermava l'impossibilità di assentire l'avvio delle opere in quanto i permessi erano stati concessi in assenza del preventivo nullaosta dell'ANAS.

Il rimettente precisa, poi, che, constatata la illegittimità dei permessi, per violazione dell'art. 20 del d.P.R 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia - Testo A), il Comune, dopo aver trasmesso all'ANAS l'istanza di nullaosta, aveva stipulato la prevista convenzione, trasmessa alla società ricorrente il 24 aprile 2013.

Aggiunge, inoltre, il TAR che i lavori di costruzione degli immobili residenziali non hanno più avuto inizio per il venir meno della convenienza dell'intervento edilizio e che la società, nel frattempo posta in liquidazione, ha agito per la condanna del Comune al risarcimento del danno, con ricorso notificato l'11 luglio 2013.

Ciò premesso, il giudice a quo riferisce che, rilevata la tardività della domanda risarcitoria, in relazione al termine di centoventi giorni di cui al comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010 (d'ora in poi: cod. proc. amm.), ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale nei termini di seguito indicati.

In primo luogo, il rimettente si sofferma sulla rilevanza ponendo in rilievo che: a) la società ricorrente lamenta di non aver potuto costruire gli immobili residenziali, autorizzati con i permessi di costruire, a causa dell'ordine di sospensione dei lavori impartito dall'ANAS spa, per carenza del nullaosta al collegamento con la viabilità di sua competenza; b) la convenzione tra il Comune e l'ANAS è intervenuta il 24 aprile 2013, quando la convenienza dell'intervento edilizio era venuta meno, tanto che pochi mesi dopo la società è stata posta in liquidazione per l'ingente esposizione debitoria; c) il pregiudizio patrimoniale sarebbe causalmente collegato ai titoli abilitativi illegittimi, rilasciati dal Comune in difetto del preventivo parere favorevole dell'ANAS, in violazione dell'art. 20, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui compete al responsabile del procedimento l'acquisizione dei pareri e assensi di altre amministrazioni; d) il danno si sarebbe prodotto e manifestato all'atto della sospensione dei lavori avvenuta il 2 gennaio 2012, o, al più tardi, con la nota dell'ANAS del 29 marzo 2012, sicché il ricorso è stato proposto ben oltre il termine di centoventi giorni, decorrente dalla conoscenza del vizio dei permessi, risalente al 29 marzo 2012.

Il TAR afferma, dunque, che la domanda risarcitoria si fonda sulla invalidità dei permessi di costruire, e rispetto ad essa deve applicarsi il termine decadenziale di centoventi giorni, di cui al comma 3 dell'art. 30 cod. proc. amm., decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato, che nel caso di specie coincide con quello della sospensione dei lavori disposta dall'ANAS.

Il giudice a quo, quindi, confuta la tesi sostenuta dalla ricorrente secondo cui la domanda di risarcimento del danno sarebbe, invece, tempestiva in quanto il procedimento di rilascio dei permessi di costruire si sarebbe perfezionato soltanto con la Convenzione tra l'ANAS ed il Comune per cui il ricorso, ai sensi del comma 4 dell'art. 30 cod. proc. amm., risulterebbe tempestivo.

La domanda risarcitoria, ad avviso del rimettente, sarebbe meritevole di apprezzamento nella sola parte relativa alla illegittimità dei permessi di costruire, provvedimenti non impugnati dalla società, la quale lamenta un rilevante danno patrimoniale scaturito proprio dal vizio relativo a quei permessi e che ha impedito, per oltre un anno, l'esecuzione delle opere di urbanizzazione.

Così qualificata, la domanda risarcitoria dovrebbe, pertanto, essere dichiarata irricevibile, ai sensi del comma 3 dell'art. 30 cod. proc. amm.

Ciò premesso, in punto di non manifesta infondatezza, il rimettente osserva come l'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., sia in contrasto con gli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e con l'art. 117, primo comma, Cost. quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 6 e 13 della CEDU.

In primo luogo, secondo il TAR, il processo amministrativo per essere definito giusto deve offrire la garanzia di adeguate forme di tutela della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente.

Sotto tale profilo, a livello sovranazionale, verrebbe in rilievo l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale, secondo la giurisprudenza comunitaria, costituisce la riaffermazione del principio secondo cui la tutela giurisdizionale deve essere effettiva; principio sancito anche dagli artt. 6 e 13 della CEDU (al riguardo, è indicata tra le tante la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2013, C-334/12, Jaramillo e a.).

Le esigenze di equivalenza e di effettività, prosegue il rimettente, dovrebbero rilevare sia sul piano della designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni, sia per quanto riguarda «la definizione delle modalità procedurali che reggono tali azioni» (sono indicate alcune pronunce della Corte di giustizia: sentenza 18 marzo 2010, C-317/08, Alassini; sentenza 27 giugno 2013, C-93/12, ET Agrokonsulting).

Ad avviso del giudice a quo deve preferirsi una lettura non riduttiva del primo comma dell'art. 111 Cost. che, anche per il processo amministrativo, ne riconosca il carattere innovativo e non meramente ricognitivo di principi già ricavabili dal coordinamento logico di previgenti norme costituzionali, in modo da sottoporre al vaglio del canone del giusto processo i caratteri specifici di ogni singola disciplina processuale, valorizzando la forza precettiva del principio, per il quale solo un processo giusto costituisce idonea attuazione della funzione giurisdizionale.

La disposizione censurata, configurerebbe, quindi, un privilegio per la pubblica amministrazione, responsabile di un illecito, determinando, sul piano della tutela giurisdizionale, una discriminazione tra situazioni soggettive sostanzialmente analoghe, dipendente dalla qualificazione giuridica di diritto soggettivo o interesse legittimo che il giudice amministrativo è chiamato a compiere.

La previsione del termine di natura decadenziale, poi, non troverebbe giustificazioni in esigenze oggettive di stabilità e certezza delle decisioni amministrative assunte nell'interesse pubblico (sulla nozione di «motivi imperativi di interesse generale» è richiamata la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2013).

La disposizione censurata violerebbe anche il principio di uguaglianza, perché determinerebbe una disparità di trattamento di situazioni soggettive, ugualmente meritevoli di tutela, sottoposte ad un regime processuale sensibilmente diseguale, qual è quello della prescrizione ordinaria e della decadenza breve.

In relazione al principio di effettività e di equivalenza, il rimettente richiama la sentenza della Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, emessa in riferimento ad una normativa austriaca che prevedeva il termine di decadenza di sei mesi per la proposizione dell'azione risarcitoria in tema di contratti di appalto, dichiarandone il contrasto con il diritto dell'Unione.

Secondo il rimettente la tutela giurisdizionale, costituzionalmente garantita, non può consistere solo nella possibilità di proporre la domanda ad un giudice; vi sarebbe, pertanto, una stretta correlazione tra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse giuridicamente protetto e la possibilità di una loro tutela piena nel processo, attraverso la predisposizione di un'adeguata gamma di strumenti giurisdizionali.

Quanto alla ratio della previsione di termini decadenziali brevi, il rimettente osserva come l'esigenza di bilanciare il diritto di agire per la caducazione dell'atto e l'interesse a definire in tempi veloci la vicenda - per non esporre ad un tempo lungo la sorte del rapporto giuridico rilevante per la collettività - trovi un punto di equilibrio nella previsione di un termine di impugnazione a pena di decadenza, purché detto termine sia ragionevole e non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

L'azione risarcitoria, invece, dovrebbe porsi al di fuori di questa problematica, poiché, ad avviso del giudice a quo, l'esposizione dell'autore dell'illecito, pubblico o privato, al rischio della condanna non incide, di regola, sulla dinamica dei rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né determina incertezza delle posizioni giuridiche correlate, rilevando, piuttosto, sul piano della reintegrazione patrimoniale e dello spostamento di ricchezza conseguente all'illecito (è richiamata l'ordinanza del TAR Sicilia, Palermo, sezione prima, 7 settembre 2011, n. 268).

Il legislatore, osserva il rimettente, avrebbe potuto imporre un limite temporale differenziato all'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, compatibile con la natura del rimedio, attraverso l'individuazione di un congruo termine prescrizionale.

Mentre la prescrizione, infatti, «ha per oggetto un rapporto (azione o diritto sostanziale) che per effetto di essa si estingue ed è legata all'inerzia del titolare del diritto, la decadenza ha per oggetto un atto che per effetto di essa non può più essere compiuto ed esprime un'esigenza di certezza del diritto così categorica da essere tutelata indipendentemente dalla possibilità di agire del soggetto interessato».

Secondo il giudice a quo, non sarebbe, pertanto, ravvisabile in tema di risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni, «un'esigenza costante e generalizzata di stabilità dei rapporti che implichi una compressione tanto significativa del diritto del cittadino danneggiato di azionare i relativi rimedi».

Il legislatore avrebbe, cioè, previsto la teorica proponibilità dell'azione risarcitoria autonoma, assoggettandola, però, ad un termine di decadenza di centoventi giorni coincidente con quello previsto per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, «pervenendo al risultato pratico di assimilare, quanto a condizioni di accesso, la tutela impugnatoria e la tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione» (è richiamata la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 23 dicembre 2008, n. 30254).

Il rimettente, ancora, pone in rilievo come il regime decadenziale appaia irragionevole ed ingiustificato in quanto comprime il diritto del danneggiato di agire per il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione.

Né il sospetto di illegittimità costituzionale può essere fugato in virtù del dato che ad analoga disciplina è sottoposta l'azione risarcitoria riguardante le delibere societarie.

Il profilo di irragionevolezza riguarderebbe non solo la previsione di un termine di decadenza, al di fuori dei presupposti legittimanti una così incisiva compressione dell'esercizio del diritto, senza la possibilità di conciliare la delimitazione temporale con il più favorevole regime della prescrizione, ma anche la brevità del termine «che è pari ad appena centoventi giorni».

Il rimettente, dopo aver richiamato le sentenze di questa Corte n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004, osserva che la «concentrazione dei rimedi in capo al giudice amministrativo non dovrebbe avvenire al prezzo della introduzione di condizioni di accesso oltremodo restrittive».

L'introduzione di un termine decadenziale, in deroga a quello prescrizionale quinquennale, contraddirebbe la finalità stessa dello strumento risarcitorio accanto a quello caducatorio nel sistema della tutela dell'interesse legittimo.

In conclusione, la complementarità dei rimedi evocata dalla Corte a partire dalla sentenza n. 204 del 2004, secondo il giudice rimettente, «conserva il proprio significato di garanzia se si mantiene la diversità strutturale degli stessi e delle corrispondenti tecniche di tutela. Se, invece, si equiparano, quanto ai termini di esercizio, il rimedio risarcitorio e quello caducatorio, la complementarietà finisce per ridursi ad un'astratta petizione di principio, poiché la tutela dell'interesse legittimo si esaurisce nella possibilità di contestare entro un breve termine di decadenza la legittimità del provvedimento, a fini caducatori ovvero a fini risarcitori».

2.- Con atto depositato in data 21 marzo 2016, la ricorrente si è costituita in giudizio e ha chiesto che la questione sia dichiarata fondata.

La parte privata, ribadendo quanto affermato nel ricorso, reputa che nel giudizio a quo avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 30, comma 4, cod. proc. amm., in considerazione del permanente illecito amministrativo, sicché il ricorso non sarebbe tardivo.

In particolare, la società riferisce che l'«oggetto del petitum del pendente ricorso» è il danno causato dal ritardo in conseguenza dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, culminato con l'emissione di permessi di costruire viziati, sanati poi dal Comune con la tardiva allegazione della convenzione stipulata con l'ANAS.

Di conseguenza, l'evento dannoso «consistente nel definitivo fallimento dell'operazione immobiliare intrapresa dalla società ricorrente» non si era, in concreto, verificato alla data del divieto posto dall'ANAS, ma soltanto nei mesi successivi, sino al momento in cui il ritardo nell'acquisizione della convenzione non poteva più essere tollerato.

Ciò precisato in punto di rilevanza, la parte privata riferisce, poi, di sostenere ad adiuvandum le ragioni del rimettente in punto di non manifesta infondatezza.

3.- Con atto depositato in data 22 marzo 2016, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel presente giudizio chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata.

Con riferimento alla violazione del principio del giusto processo, la difesa statale osserva come la scelta del legislatore sia ispirata a garantire esigenze di certezza delle posizioni giuridiche che si rapportano con i pubblici poteri, mediando tra l'indubbio potenziamento della tutela offerta al privato attraverso l'abbandono del vincolo della pregiudizialità e la necessaria celerità della definizione del contenzioso.

In particolare, si osserva che la proposizione in via autonoma dell'azione risarcitoria, con i connessi vincoli temporali, è rimessa alla scelta di chi agisce, ben potendo il privato optare per la soluzione alternativa della preventiva impugnazione degli atti ritenuti lesivi e della eventuale successiva domanda risarcitoria, fruendo in tal caso «del ben più ampio termine complessivo decorrente (pur con uguale durata) dal giudicato sull'annullamento ai sensi del comma 5 dell'art. 30 del C.P.A.».

Inoltre, l'Avvocatura pone in evidenza come non si sia mai dubitato, con riferimento ai casi in cui l'ordinamento prevede termini di decadenza per l'esercizio di un'azione, che il perseguimento della finalità di certezza e rapidità possa generare situazioni di squilibrio e di diseguaglianza tra le parti.

In relazione alla violazione del principio di uguaglianza, inoltre, la difesa statale afferma che la differenza tra la situazione di chi domanda il risarcimento dei danni da lesione di un diritto soggettivo, soggetta all'ordinario termine di prescrizione e di chi chiede il risarcimento dei danni da lesione di interesse legittimo, vincolata al rispetto di un termine di decadenza, trovi giustificazione logica e giuridica nella netta distinzione tra le due situazioni giuridiche, la seconda delle quali sarebbe collocata in un contesto non paritetico. La diversità delle situazioni poste a confronto non giustificherebbe, pertanto, la medesima tutela.

Infine, per quel che concerne la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la difesa statale osserva che la previsione di un termine di natura decadenziale, non vessatorio se paragonato al più breve termine per impugnare gli atti amministrativi o le sentenze, non è tale da rendere difficile, fino alla quasi impossibilità, la tutela giurisdizionale.

La possibilità di prevedere tale termine e non, piuttosto, un termine prescrizionale rientrerebbe, pertanto, nella discrezionalità delle scelte del legislatore.

Quanto alla sentenza della Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, emessa in relazione ad una normativa austriaca in tema di tutela risarcitoria in materia di gare pubbliche, l'Avvocatura osserva che si tratta di statuizione assunta sulla base di parametri del tutto diversi rispetto a quelli offerti dai principi costituzionali.

Pertanto, alla luce delle esposte argomentazioni, la difesa dello Stato chiede che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (d'ora in avanti: TAR) con ordinanza del 17 dicembre 2015 solleva, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [d'ora in avanti: CEDU], firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, del 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 nella parte in cui stabilisce che «[l]a 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».

2.- Il caso sottoposto al TAR riguarda una richiesta di risarcimento di danni proposta da una società di costruzioni nei confronti di un Comune in relazione al rilascio di quattro permessi per costruire un complesso residenziale e commerciale, successivamente rivelatisi illegittimi.

Ottenuti i provvedimenti abilitativi nei mesi di ottobre e novembre 2011, la società ha dato avvio ai lavori, poi immediatamente interrotti per effetto della nota del 29 marzo 2012, in cui l'ANAS spa affermava l'impossibilità di assentire l'avvio delle opere in quanto i permessi erano stati rilasciati in assenza del preventivo nullaosta, obbligatorio ai sensi dell'art. 20 del d.P.R 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia - Testo A).

Constatata la illegittimità dei permessi di costruire, le due amministrazioni hanno sottoscritto la prevista convenzione, che è stata, poi, trasmessa alla società ricorrente il 24 aprile 2013. I lavori di costruzione degli immobili residenziali non hanno, però, più avuto inizio e la ricorrente, nel frattempo posta in liquidazione, ha agito per la condanna del Comune al risarcimento del danno, con ricorso notificato l'11 luglio 2013

3.- In punto di rilevanza, il rimettente muove dal presupposto che la domanda risarcitoria debba essere considerata tardiva, dovendosi far decorrere il termine decadenziale dal 29 marzo 2012, momento in cui si è manifestato il danno, e non, piuttosto, come sostiene la ricorrente, dal 24 aprile 2013, in applicazione del comma 4 dell'art. 30 d.lgs. n. 104 del 2010 (d'ora in poi anche: cod. proc. amm.).

4.- In punto di non manifesta infondatezza, ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata violerebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, poiché nel prevedere un regime processuale per l'azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi «sensibilmente diseguale» rispetto a quello della prescrizione ordinaria per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti soggettivi determinerebbe un trattamento di favore per la pubblica amministrazione, responsabile dell'illecito, disciplinando così in modo differente situazioni soggettive sostanzialmente analoghe e «ugualmente meritevoli di tutela».

Sussisterebbe, inoltre, il contrasto con il citato parametro costituzionale anche sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza perché, ingiustificatamente, la norma stabilirebbe un termine a pena di decadenza, peraltro, breve e non, invece, un più favorevole «congruo» termine prescrizionale, così comprimendo in modo incisivo il diritto del danneggiato di agire per il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione.

Il regime decadenziale censurato, prosegue il rimettente, si porrebbe in contrasto anche con gli artt. 24, primo e secondo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost., sotto il profilo della violazione del principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale.

Infatti, se da un lato la previsione del termine di impugnazione, a pena di decadenza, può costituire il punto di equilibrio per il bilanciamento del diritto degli interessati di agire per la caducazione dell'atto con l'interesse ad una sollecita definizione della vicenda, dall'altro non può esserlo anche per l'esercizio dell'azione risarcitoria, situazione in cui l'esposizione del responsabile dell'illecito al rischio della condanna rileva solo sul piano della reintegrazione patrimoniale e dello spostamento di ricchezza, e non anche sulla sorte del rapporto giuridico.

Il rimettente evidenzia, peraltro, come la ratio della previsione di termini di decadenza brevi, per l'annullamento di atti emanati da autorità pubbliche e da soggetti privati, sia da identificare nell'esigenza di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, in considerazione del dato che l'atto pone un assetto di interessi rilevanti sul piano superindividuale.

Inoltre, l'introduzione di un regime decadenziale, in deroga a quello prescrizionale ordinario, sembrerebbe contraddire la finalità stessa del rimedio risarcitorio, quale tutela complementare rispetto a quella caducatoria, realizzabile solo se si conserva la diversità strutturale delle stesse, anche per quanto concerne i termini di esercizio delle rispettive azioni.

Ulteriori censure sono mosse, infine, con riferimento agli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 6 e 13 della CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

Ad avviso del rimettente, la previsione del «brevissimo» termine decadenziale di centoventi giorni per la proponibilità dell'azione risarcitoria, da parte di chi abbia subito una lesione del proprio interesse legittimo, non assicurerebbe una tutela piena ed effettiva, poiché: configurerebbe un privilegio per la pubblica amministrazione, responsabile di un illecito; determinerebbe, sul piano della tutela giurisdizionale, «una rilevante discriminazione tra situazioni soggettive sostanzialmente analoghe, dipendente dalla qualificazione giuridica di diritto soggettivo o interesse legittimo che il giudice amministrativo è chiamato a compiere nella specifica vicenda sottoposta al suo esame»; ed infine, non apparirebbe giustificata da esigenze oggettive di stabilità e certezza delle decisioni amministrative assunte nell'interesse pubblico.

Sotto quest'ultimo profilo, il TAR richiama la sentenza della Corte di giustizia 28 febbraio 2013, C-334/12, Jaramillo e a., secondo cui l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea costituirebbe la riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, principio generale dell'Unione, sancito anche dagli artt. 6 e 13 della CEDU. Sono, poi, indicate altre sentenze dalla Corte di giustizia da cui discenderebbe che le esigenze di equivalenza e di effettività valgono sia sul piano della designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni, sia per quanto riguarda «la definizione delle modalità procedurali che reggono tali azioni» (sono richiamate la sentenza 18 marzo 2010, C-317/08, Alassini, e la sentenza 27 giugno 2013, C-93/12, ET Agrokonsulting).

In relazione al principio di effettività e equivalenza, il rimettente evoca anche la sentenza della Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, che avrebbe dichiarato il contrasto, con il diritto dell'Unione, della normativa processuale austriaca «nella parte in cui assoggetta la proposizione dell'azione risarcitoria ad un termine di decadenza di sei mesi dalla data di aggiudicazione dell'appalto».

5.- La questione di legittimità costituzionale non è fondata.

5.1.- Il TAR Piemonte censura la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 30 cod. proc. amm. che, per la proposizione dell'azione volta, in via autonoma, ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, prevede il termine di decadenza di centoventi giorni a decorrere «dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

Secondo il giudice rimettente, anche per tale azione risarcitoria e non soltanto per quella diretta a far valere il danno per lesione di diritti soggettivi, il legislatore avrebbe dovuto prevedere l'ordinario termine prescrizionale o altro congruo termine della stessa natura; in ogni caso, non avrebbe dovuto indicare un termine di soli centoventi giorni.

Va premesso che il legislatore, nel realizzare l'obiettivo di dar luogo a una sistemazione complessiva, anche innovativa, del processo amministrativo ha dettato, ai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010, un'articolata disciplina anche dell'azione risarcitoria dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, già disciplinata - come è noto - dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa).

Per quanto qui rileva, i commi 3 e 5 citati hanno previsto che il risarcimento del danno cagionato per effetto della illegittima attività della pubblica amministrazione può essere conseguito attraverso l'azione di condanna esercitata in via autonoma (comma 3), oppure esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento illegittimo o finanche successivamente al passaggio in giudicato della relativa sentenza (comma 5).

Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa.

Tale scelta è stata accompagnata dalla previsione, in entrambe le ipotesi, del termine di decadenza di centoventi giorni per la proponibilità delle domande risarcitorie, sia pure decorrenti da momenti differenti.

6.- Ciò premesso, le censure mosse in riferimento alla violazione dell'art. 3 Cost. sono prive di fondamento, in relazione alla violazione del principio sia di ragionevolezza che di uguaglianza.

6.1.- Con riguardo all'asserita irragionevolezza della norma censurata, deve osservarsi come sia costante l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui il legislatore gode di ampia discrezionalità in tema di disciplina degli istituti processuali (ex plurimis, sentenze n. 121 e n. 44 del 2016); ciò vale anche con specifico riferimento alla scelta di un termine decadenziale o prescrizionale a seconda delle peculiari esigenze del procedimento (ex multis, sentenza n. 155 del 2014 e ordinanza n. 430 del 2000).

È noto, poi, che il solo limite alla enunciata discrezionalità del legislatore risiede nella non manifesta irragionevolezza delle scelte compiute.

La previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile).

La non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa appare ancora più chiara laddove si rifletta che il bilanciamento operato risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa.

6.2.- Priva di fondamento è anche la censura di violazione del principio di uguaglianza basata sull'assunto che il legislatore, nell'introdurre il regime della decadenza, anziché quello della prescrizione ordinaria previsto per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di diritti soggettivi, avrebbe disciplinato in modo differente situazioni soggettive sostanzialmente analoghe ed ugualmente meritevoli di tutela.

La necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004) non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all'azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi.

È evidente, infatti, che le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela.

Dalla non omogeneità delle situazioni giuridiche soggettive poste a raffronto discende, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'infondatezza della censura di violazione del principio di uguaglianza (ex plurimis, sentenze n. 43 del 2017, n. 155 del 2014, n. 108 del 2006, n. 340 e n. 136 del 2004).

7.- Parimenti non fondate sono le censure di illegittimità costituzionale formulate in riferimento agli artt. 24, primo e secondo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost., sotto il profilo della violazione del diritto di difesa e del principio di generalità ed effettività della tutela giurisdizionale, anche in considerazione del «brevissimo» termine di centoventi giorni.

Il nuovo regime introdotto dalla disposizione censurata, come già posto in evidenza al punto che precede, ha non irragionevolmente assoggettato a decadenza la facoltà di promuovere l'azione risarcitoria da lesione degli interessi legittimi, a tutela della certezza degli effetti del rapporto giuridico amministrativo e della stabilità dei bilanci delle pubbliche amministrazioni.

È evidente, allora, che, una volta ritenuta legittima la scelta legislativa di tale istituto in luogo della prescrizione, la presunta brevità del termine individuato dal legislatore per l'azione risarcitoria autonoma non può essere desunta, a pena di contraddittorietà logica prima ancora che giuridica, da una comparazione con i termini che generalmente caratterizzano la seconda.

La censura va poi vagliata tenendo presente la giurisprudenza di questa Corte secondo cui l'incongruità del termine rilevante sul piano della violazione degli indicati parametri costituzionali si registra solo qualora esso sia non idoneo a rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto cui si riferisce e di conseguenza tale da rendere inoperante la tutela accordata al cittadino (ex multis, sentenze n. 44 del 2016, n. 117 del 2012 e n. 30 del 2011; ordinanze n. 417 del 2007 e n. 382 del 2005).

Ebbene, il termine di centoventi giorni introdotto dalla norma censurata è anche significativamente più lungo di molti dei termini decadenziali previsti dal legislatore sia nell'ambito privatistico che in quello pubblicistico, e per ciò solo non può dirsi in alcun modo inidoneo a rendere la tutela giurisdizionale effettiva.

8.- Infine, prive di fondamento sono anche le censure relative alla violazione degli artt. 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 6 e 13 della CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

Quanto alla violazione dei diritti dell'Unione, va rammentato che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi, compresi quelli per risarcimento danni, alla sola condizione che tali modalità non violino i principi di equivalenza ed effettività, e cioè, rispettivamente, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno, né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (tra le tante, Corte di giustizia 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, punto 37; 12 marzo 2015, e Vigilo Ltd, C-538/13, punto 39; 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, punto 46). Spetta poi in primo luogo ai giudici interni valutare se le disposizioni esaminate, nel loro contesto ordinamentale e tenuto conto delle finalità che le sorreggono, soddisfino i principi di equivalenza ed effettività (Corte di giustizia, 29 ottobre 2009, C-63/08, Virginie Pontin, punto 49).

Quanto agli invocati parametri convenzionali, sostanzialmente analoghe sono le traiettorie seguite dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui «il "diritto a un tribunale", di cui il diritto all'accesso [...] costituisce un aspetto, non è assoluto, potendo essere condizionato a limiti implicitamente ammessi. Tuttavia, tali limiti non debbono restringere il diritto all'accesso ad un tribunale spettante all'individuo in maniera tale, o a tal punto, che il diritto risulti compromesso nella sua stessa sostanza. Inoltre, limiti siffatti sarebbero da considerarsi in violazione dell'articolo 6 § 1 a meno che non perseguano uno scopo legittimo e che esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano e altri contro Italia, paragrafo 27; nonché la giurisprudenza ivi citata: 24 settembre 2013, Pennino c. Italia, paragrafo 73; Papon c. Francia, 25 luglio 2002, paragrafo 90; 14 dicembre 1999, Khalfaoui c. Francia, paragrafi 35-36).

Nel caso di specie, il principio di equivalenza è rispettato dalla disposizione censurata, poiché essa riguarda sia la posizione dei titolari di posizioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione sia i titolari di posizioni giuridiche fondate sul diritto interno.

Quanto al principio di effettività, non è pertinente in questo caso il richiamo alle conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza 26 novembre 2015, C-166/14, Med Eval, invocata dal rimettente, perché la Corte ha ritenuto non compatibile con il richiamato principio una disciplina che assoggettava l'azione risarcitoria in materia di appalti pubblici a un termine di decadenza semestrale in ragione del rilievo - giustamente ritenuto determinante - che esso veniva fatto decorrere «senza tener conto della conoscenza o meno, da parte del soggetto leso, dell'esistenza di una violazione di una norma giuridica».

Il termine di centoventi giorni previsto dalla norma censurata, per le ragioni già esposte in precedenza, di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell'evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Le considerazioni svolte ai punti precedenti valgono, infine, anche a lumeggiare la legittimità degli scopi perseguiti dalla norma censurata e il ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli scopi medesimi.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, del 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), nella parte in cui stabilisce che «[l]a 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», sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 febbraio 2017.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04 MAG. 2017.