

3. La declinazione della dicotomia carenza/cattivo uso in caso di disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario della normativa di riferimento.

In una prospettiva analoga, ma non del tutto coincidente, si pone il diverso problema concernente la declinazione della dicotomia carenza/cattivo uso in caso di esercizio del potere in base ad una normativa successivamente disapplicata per contrasto con il diritto comunitario. Anche in tale ipotesi ci si chiede se gli atti emanati sulla scorta di una norma di cui sia in seguito accertata l'anticomunitarietà debbano considerarsi emessi in carenza di potere (con la conseguente giurisdizione del G.O.) o costituiscano estrinsecazione di un mero cattivo uso dello stesso (con la devoluzione del relativo contenzioso al G.A.).

Il problema si colloca nell'ambito della discussa problematica inerente l'individuazione delle conseguenze dell'illegittimità comunitaria dell'azione amministrativa. Nel caso specifico, si tratta di decodificare le ripercussioni in punto di riparto dell'*illegittimità comunitaria c.d. indiretta*.

L'illegittimità comunitaria dell'azione amministrativa

Tale figura, come è noto, ricomprende l'insieme delle ipotesi in cui la difformità rispetto al diritto comunitario dell'*agere* pubblicistico costituisce il risultato non del suo dispiegarsi in diretta violazione di norme o principi propri di quell'ordinamento, ma del suo svolgersi in conformità con una normativa nazionale di cui sia in seguito accertata l'anticomunitarietà.

In questa prospettiva, risulta chiara la distinzione rispetto alla diversa figura dell'*illegittimità comunitaria c.d. diretta*: a quest'ultima, infatti, sono riconducibili i soli casi di esercizio del potere in aperta (*rectius*: diretta) trasgressione di disposizioni o dettami di matrice comunitaria.

Alla stessa maniera, risalta la qualificabilità della fattispecie in termini di *illegittimità* (o meglio, *invalidità*) *c.d. sopravvenuta*: nell'ipotesi considerata, infatti, la difformità a legge dell'azione amministrativa deriva da circostanze sopravvenute al suo dispiegarsi (la disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario della normativa di riferimento), e non dall'operatività di fattori originariamente esistenti.

Esulando dallo scopo della presente trattazione una disamina sia della problematica inerente il regime giuridico dell'illegittimità comunitaria *c.d. diretta*³³, sia – come già accennato in precedenza – della dibattuta configu-

³³ L'individuazione del cui regime giuridico risente della tesi cui si aderisce in relazione alla distinta problematica inerente i rapporti intercorrenti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. In particolare: – secondo la tesi *c.d. della separazione* (sostenuta dalla Corte Costituzionale), ordinamento nazionale e comunitario sono ordinamenti "*separati ed autonomi ancorchè coordinati*", per cui le norme comunitarie non penetrano nell'ordinamento interno rimanendo al di fuori dello stesso. Ne consegue che l'atto emanato in diretto contrasto con il diritto comunitario non potrà considerarsi emesso in violazione di legge: le norme comunitarie, infatti, restano fuori dall'ordinamento statale e non sono parametri di legittimità degli atti amministrativi, l'unica legge cui deve uniformarsi l'*agere* autoritativo è quella statale. In tale ottica, si considera inammissibile la stessa figura dell'illegittimità comunitaria *c.d. diretta*: l'atto emesso in tali ipotesi, pertanto, è pienamente conforme all'unica legge cui deve uniformarsi (cioè quella statale) e, quindi, estrinsecazione di un uso assolutamente corretto del potere (con la sostanziale negazione

rabilità nel diritto amministrativo di un'invalidità c.d. sopravvenuta³⁴, ci si limiterà a dare atto nel prosieguo del solo problema concernente il riparto di giurisdizione sull'azione amministrativa esercitata in base ad una normativa successivamente disapplicata per contrasto con il diritto comunitario (*rectius*, illegittimità comunitaria c.d. indiretta).

La complessità del problema del riparto sull'illegittimità comunitaria c.d. indiretta

La questione, come è noto, presenta profili di notevole complessità, ponendo la sua risoluzione essere influenzata dalla posizione che si assume in ordine a due ulteriori tematiche altrettanto discusse. In particolare, sull'individuazione del giudice competente a conoscere del contenzioso inerente i provvedimenti affetti da illegittimità comunitaria c.d. indiretta potrebbe incidere:

- da un lato, la fisionomia dei rapporti che si ritiene sussistano tra ordinamento nazionale e comunitario: risulta evidente, infatti, che la soluzione in punto di giurisdizione potrebbe cambiare a seconda che tra gli stessi si rinvenga una relazione di netta separazione o di stretta integrazione;
- dall'altro, il contenuto dispositivo della norma posta a fondamento dell'attività esercitata e successivamente oggetto di disapplicazione per anticomunitarietà: a ben guardare, infatti, anche la portata meramente regolativa o autenticamente attributiva del potere della stessa potrebbe indurre a soluzioni diverse in sede di riparto.

L'irrelevanza della portata effettuale del fenomeno della disapplicazione

Giova sin da ora osservare come ai fini della risoluzione della problematica in esame non rilevi la questione inerente la portata effettuale del fenomeno della c.d. disapplicazione: a differenza di ciò che accade con riferimento alle

del principio di supremazia del diritto comunitario su quello nazionale). – secondo la tesi c.d. dell'integrazione (sostenuta dalla Corte di Giustizia), ordinamento nazionale e comunitario sono ordinamenti "connessi e integrati", per cui le norme dell'ordinamento comunitario penetrano nell'ordinamento nazionale. Ne consegue che l'atto emanato in diretto contrasto con il diritto comunitario dovrà considerarsi emesso in "violazione di legge": le norme comunitarie, infatti, penetrano nell'ordinamento nazionale e sono parametri di legittimità degli atti amministrativi. In tale ottica, diviene pienamente ammissibile la figura dell'illegittimità comunitaria c.d. diretta: l'atto emesso in tali ipotesi, pertanto, risulta difforme rispetto all'assetto normativo (anche comunitario) cui deve correlarsi, e, quindi, estrinsecazione di un uso assolutamente distorto del potere (con la sostanziale affermazione del principio di supremazia del diritto comunitario su quello nazionale). Ciò comporta: – sotto il profilo sostanziale, la sua qualificazione in termini di annullabilità; – sotto il profilo processuale, la sua riconducibilità alla figura del "cattivo uso" con la conseguente giurisdizione del G.A.

³⁴ Sul punto – come già accennato in precedenza – si registrano essenzialmente due orientamenti. Invero: – secondo una prima opzione (tesi minoritaria), le modifiche dell'assetto normativo preesistente per effetto di fattori sopravvenuti non possono assumere alcuna rilevanza per l'operatività nel diritto amministrativo del principio *tempus regit actum*: non a caso le ipotesi in cui ad esse si attribuisce rilevanza (declaratoria incostituzionalità; disapplicazione comunitaria; leggi di interpretazione autentica; mancata conversione decreto legge) riferendosi a fattori aventi efficacia retroattiva, sono pienamente riconducibili alla categoria dell'invalidità originaria; – secondo un diverso approccio ermeneutico (tesi prevalente), ferma l'operatività del principio *tempus regit actum*, esistono ipotesi eccezionali in cui assumono rilevanza anche le modifiche dell'assetto normativo preesistente derivanti dall'operatività di fattori sopravvenuti (declaratoria incostituzionalità; disapplicazione comunitaria; leggi di interpretazione autentica; mancata conversione decreto legge): il fatto che si tratti di circostanze cui normalmente è ricollegata un'efficacia retroattiva, non ne esclude la qualificabilità in termini di sopravvenienze e, quindi, la riconducibilità delle relative ipotesi all'invalidità sopravvenuta.

sentenze di incostituzionalità, infatti, non sussistono dubbi circa la natura meramente dichiarativa dell'operazione di non applicazione da parte del giudice interno delle norme violative del diritto europeo. A ben guardare, infatti, il principio di supremazia dell'ordinamento comunitario su quello nazionale preclude *ab origine* l'operatività delle norme interne che si pongono in contrasto con principi o disposizioni di matrice comunitaria. Del resto, non si vede come un organo (il giudice) costituzionalmente tenuto all'applicazione della legge (art. 101 Cost.) possa essere legittimato a disapplicare norme pienamente vincolanti ed obbligatorie (*rectius*: efficace).

La combinazione delle problematiche sopra riportate si è tradotta nella elaborazione di soluzioni diverse sul punto. In estrema sintesi, esse possono ricondursi a due grandi orientamenti, ciascuno dei quali presenta al proprio interno diverse estrinsecazioni:

- la *tesi c.d. unitaria* (ormai minoritaria) che, prescindendo del tutto dal contenuto della norma oggetto della disapplicazione, risolve il problema solo in funzione della fisionomia dei rapporti che si ritiene intercorrano tra ordinamento nazionale e comunitario;
- la *tesi c.d. della differenziazione* (del tutto prevalente) che, risolvendo il problema mediante una combinazione tra le due prospettive, ritiene necessaria la valutazione anche della portata contenutistica della disciplina di cui sia accertata l'anticomunitarietà.

Trattandosi di orientamenti particolarmente articolati, si procederà ad una disamina differenziata degli stessi, senza tralasciare – per ragioni di completezza – alcuni accenni alle ripercussioni che entrambe le prospettive producono in sede sostanziale.

3.1. La tesi unitaria.

Secondo una prima impostazione, il problema del riparto in materia di illegittimità comunitaria c.d. indiretta deve risolversi esclusivamente in funzione della fisionomia dei rapporti che si ritiene intercorrano tra ordinamento nazionale e comunitario. Più nel dettaglio, alla luce di tale orientamento nessuna incidenza sul punto potrebbe assumere il contenuto (regolativo o attributivo) della norma oggetto di disapplicazione, dovendo in ogni caso propendersi per una soluzione unitaria della problematica.

Non costituendo tuttavia la natura dei rapporti tra i due ordinamenti una questione del tutto univoca, la ricostruzione in esame risente inevitabilmente del dibattito sviluppatosi in materia. In particolare, a seconda che si ritenga sussistente tra ordinamento nazionale e comunitario una relazione di netta separatezza o di stretta integrazione, diverse saranno le conseguenze in punto di giurisdizione. Ne consegue la riconducibilità alla tesi c.d. unitaria di due distinte sottotesi che, pur ponendosi nella medesima prospettiva, indicano come competente un giudice diverso sul medesimo contenzioso.

Una prima sottotesi ritiene le controversie in materia di illegittimità comunitaria c.d. indiretta di competenza del G.O.

La riconducibilità delle diverse soluzioni prospettate a due grandi orientamenti

La sottotesi che propende per la giurisdizione del G.O.

A sostegno di tale impostazione essenzialmente due argomenti: la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario in termini di netta separazione e la riconducibilità alla carenza di potere dell'attività posta in essere in base ad una normativa di cui sia in seguito accertata l'anticomunitarietà.

Ordinamento nazionale e comunitario sono separati e autonomi ancorchè coordinati Sotto il primo profilo, si parte dall'affermazione (ribadita a più riprese dalla Corte Costituzionale) secondo cui ordinamento nazionale e ordinamento comunitario sono sistemi giuridici "separati ed autonomi ancorchè coordinati". Le norme di matrice comunitaria, dunque, non penetrano nell'ordinamento interno, ma si limitano ad operare esclusivamente al di fuori dello stesso. Ne consegue che la disapplicazione delle disposizioni nazionali violative del diritto europeo costituisce il risultato esclusivamente della necessità di assicurare una sorta di coordinamento tra i due ordinamenti, non sussistendo alcun rapporto di reciproca integrazione tra gli stessi.

L'attività medio tempore posta in essere è esercitata in carenza di potere Sotto il secondo profilo, risulta evidente che – ragionando in quest'ottica – l'attività autoritativa posta in essere sulla base di norme anticomunitarie vada ricondotta alla figura della carenza di potere. I provvedimenti che ne costituiscono estrinsecazione, infatti, risultano emessi sulla base di un assetto normativo di cui per effetto della disapplicazione viene accertata la radicale inefficacia. Non potrebbe indurre a soluzioni diverse la rilevanza in sede comunitaria del potere: la relazione di netta separazione sussistente tra gli ordinamenti, infatti, impedisce in ambito interno di attribuire valore (a fini diversi dalla disapplicazione) a disposizioni di matrice europea. Ne consegue l'impossibilità di qualificare l'agere della P.A. in termini di "cattivo uso": l'attività svolta, infatti, risulta esercitata in totale assenza di una normativa di riferimento valida ed efficace.

Corollari applicativi Tali premesse argomentative comportano:
 – sotto il profilo processuale, l'inevitabile rimessione del relativo contenzioso al G.O., trattandosi di controversie non aventi ad oggetto in alcun modo l'esercizio del potere;
 – sotto il profilo sostanziale, la tendenziale qualificabilità dei provvedimenti emanati in termini di nullità (ove si aderisca alla tesi che la considera sinonimo di "carenza") o di inesistenza (ove si aderisca alla tesi che ritiene la nullità un'ipotesi di mero "cattivo uso").

La sottotesi che propende per la giurisdizione del G.A. Una seconda sottotesi propende per la rimessione del contenzioso inerente l'anticomunitarietà c.d. indiretta al G.A.

Le argomentazioni a sostegno di tale ricostruzione sono del tutto speculari alla precedenti. In particolare, si afferma da un lato, la sussistenza di una relazione di stretta integrazione tra ordinamento interno ed ordinamento europeo; dall'altro, la qualificabilità in termini di mero cattivo uso dell'attività posta in essere in base ad una normativa di cui sia in seguito accertata l'anticomunitarietà.

Ordinamento nazionale e comunitario costituiscono un modello unico "integrato" Sul primo versante, si mette in evidenza come i rapporti tra sistema nazionale e comunitario debbano (come affermato più volte dalla Corte di Giustizia) ricostruirsi secondo un modello di autentica integrazione e non di netta separazione. Le norme di matrice comunitaria, infatti, non rimangono

all'esterno degli ordinamenti dei singoli Stati membri, ma penetrano negli stessi operando al loro interno. Ne consegue che la disapplicazione delle disposizioni nazionali con esse in contrasto deriva dalla necessità di evitare che nell'ambito del medesimo sistema giuridico vengano disposizioni tra loro incompatibili, e non da una mera esigenza di coordinamento tra due sistemi del tutto separati.

Sul secondo versante, è chiaro che – in tale prospettiva – l'attività autoritativa esercitata in base ad una normativa anticomunitaria vada ricondotta alla figura del mero cattivo uso del potere. Nonostante l'accertamento della radicale inefficacia della disciplina nazionale per effetto della disapplicazione, infatti, l'azione amministrativa non risulterà svolta in assenza di un qualsiasi appiglio normativo: la relazione di stretta compenetrazione sussistente tra gli ordinamenti, difatti, consente la piena rilevanza (e non solo ai fini della disapplicazione) delle norme comunitarie nell'ambito del sistema nazionale. Ne consegue che la P.A. avrà agito comunque in presenza di un assetto normativo di riferimento (seppure di matrice comunitaria), con la conseguente riconducibilità dei provvedimenti emanati ad un esercizio meramente "viziato" del pubblico potere.

*L'attività
medio tem-
pore posta in
essere è mero
"cattivo uso"
del potere*

Evidenti i corollari applicativi di tale ricostruzione:

- in sede processuale, il contenzioso inerente tale attività non potrà che rientrare nella giurisdizione del G.A. trattandosi di ipotesi di mero cattivo uso del potere;
- in sede sostanziale, la più corretta qualificazione dei relativi provvedimenti in termini di mera annullabilità.

*Corollari
applicativi*

3.2. La tesi della differenziazione.

Una diversa prospettiva ritiene la soluzione al problema del riparto in tema di illegittimità comunitaria c.d. indiretta legata a filo doppio non solo alla problematica inerente la portata dei rapporti intercorrenti tra ordinamento nazionale e comunitario, ma anche (e soprattutto) al contenuto dispositivo della norma oggetto di disapplicazione per anticomunitarietà. In particolare, secondo tale impostazione dovrebbe giungersi a soluzioni differenziate in punto di giurisdizione a seconda della natura meramente regolativa o autenticamente attributiva della disposizione di cui sia in seguito accertata l'illegittimità comunitaria.

Anche tale ricostruzione, tuttavia, conosce due diverse estrinsecazioni. Più nel dettaglio, non escludendo la rilevanza della questione inerente la portata dei rapporti intercorrenti tra ordinamento nazionale e comunitario, essa risente (al pari della tesi c.d. unitaria) delle ripercussioni del dibattito sviluppatosi in materia. Ne consegue che anche alla tesi c.d. della differenziazione risultano riconducibili due distinte sottotesi: queste ultime, però, si arricchiranno di una nuova dimensione rispetto alle precedenti, dovendo aggiungersi (a quella inerente la sussistenza di una relazione di separazione o integrazione tra gli ordinamenti considerati) l'ulteriore valutazione concernente la portata contenutistica della norma anticomunitaria disapplicata.

La sottotesi che si fonda sulla relazione di netta separatezza tra i due ordinamenti

Una prima sottotesi, partendo dalla netta separatezza esistente tra ordinamento nazionale e comunitario, suggerisce una diversa soluzione in punto di giurisdizione a seconda della natura regolativa o attributiva della norma disapplicata. In particolare:

– ove venga disapplicata (in ordinamenti separati) una norma a carattere meramente regolativo del potere esercitato, l'attività posta in essere non potrà mai considerarsi priva di qualsiasi referente normativo. Risulta evidente, infatti, che la disapplicazione della disposizione illegittima, lasciando in vita la norma attributiva, non intacca in alcun modo la titolarità del potere da parte della P.A. Ne consegue che l'attività posta in essere dovrà considerarsi come mero cattivo uso dello stesso, non potendo farsi riferimento alla diversa figura della carenza. Ciò comporta: in sede processuale, la devoluzione del relativo contenzioso inevitabilmente al G.A.; in sede sostanziale la qualificazione dei provvedimenti emessi in termini di mera annullabilità;

– ove venga disapplicata (in ordinamenti separati) una norma avente funzione attributiva, invece, l'attività posta in essere dovrà necessariamente considerarsi priva di qualsiasi referente normativo. In tale caso, infatti, viene accertata l'inefficacia *ab origine* della normativa concernente la stessa titolarità del potere, e non di quella che ne regola meramente l'esercizio. Alcun ruolo potrà assumere la rilevanza in sede comunitaria dell'attività autoritativa svolta, non potendo nel sistema nazionale prendersi in considerazione le norme comunitarie per fini diversi dalla disapplicazione a causa della relazione di netta separazione esistente tra gli ordinamenti. Ne deriva, dunque, l'impossibilità di richiamare la figura del cattivo uso, dovendo necessariamente farsi riferimento a quella della carenza. In tale ottica, risulta evidente che sotto il profilo processuale la giurisdizione sarà del G.O., mentre sotto il profilo sostanziale i relativi atti dovranno qualificarsi in termini di nullità o inesistenza (entro i limiti chiariti nel paragrafo precedente).

La sottotesi che si fonda sulla relazione di stretta integrazione tra i due

Una seconda sottotesi, partendo dal rapporto di stretta integrazione esistente tra ordinamento nazionale e comunitarie, giunge a soluzioni in parte diverse. Invero:

– se la disapplicazione (in ordinamenti integrati) di una norma meramente regolativa, lasciando del tutto inalterata la normativa inerente la titolarità del potere, si risolve necessariamente in una qualificazione in termini di mero cattivo uso del potere esercitato (con la conseguente giurisdizione del G.A. e la mera annullabilità dei provvedimenti *medio tempore* emessi);

– nell'ipotesi in cui la disapplicazione (in ordinamenti integrati) abbia ad oggetto una norma attributiva del potere, non può giungersi ad una soluzione diversa: anche in questi casi, infatti, dovrà trovare applicazione la figura del mero cattivo uso, con la devoluzione del relativo contenzioso al G.A. e la qualificazione degli atti presi in considerazione in termini di mera annullabilità.

Argomenti a sostegno

Le argomentazioni a sostegno di tale ultima soluzione sono essenzialmente due:

– da un lato, la relazione di stretta integrazione esistente tra ordinamento nazionale e comunitario consente di attribuire rilevanza alle norme di matrice

europea concernenti il potere esercitato anche a fini diversi dalla disapplicazione. Ne consegue che l'attività autoritativa posta in essere, nonostante l'inefficacia *ab origine* della disciplina nazionale di riferimento, non potrà considerarsi del tutto priva di un qualsiasi appiglio normativo: a ben guardare, infatti, essa si è svolta in conformità di un assetto dispositivo pienamente vincolante ed obbligatorio, seppure a carattere sovranazionale;

– dall'altro lato, le esigenze di certezza e stabilità sottese all'estrinsecarsi dell'*agere* pubblicistico, inducono a preferire soluzioni ermeneutiche che restringano al massimo l'operatività della figura della carenza di potere. Senza entrare nel merito di questioni spiccatamente sostanziali, basti in questa sede precisare come i provvedimenti riconducibili a tale ipotesi, vengano considerati nulli o inesistenti. Ciò comporta, in linea di principio, la totale assenza di un termine decadenziale per la loro contestabilità in giudizio, nonché la rilevabilità d'ufficio dei vizi da cui sono affetti. Risulta evidente, pertanto, come tale regime giuridico si traduca in una radicale compromissione della stabilità dell'*agere* autoritativo e in un inevitabile pregiudizio per la certezza dei rapporti intercorrenti tra P.A e privati.

4. L'operatività del criterio della *causa petendi* rispetto ad alcune ipotesi peculiari.

4.1. Il riparto di giurisdizione sui procedimenti c.d. complessi.

Particolarmente dibattuta è la questione del riparto di giurisdizione con riferimento ai procedimenti amministrativi c.d. complessi. In particolare, ci si chiede in che termini debba operare il criterio della *causa petendi* ove l'attività oggetto di contestazione costituisca il risultato di procedimenti che vedono coinvolti una pluralità di organi amministrativi.

Il problema presenta profili di notevole complessità soprattutto nei casi in cui l'episodio di esercizio del potere contestato veda coinvolti organi amministrativi di diversa nazionalità. Più nel dettaglio, robuste difficoltà ha posto l'individuazione del giudice competente a conoscere del contenzioso inerente la revoca in autotutela per contrasto con il diritto comunitario di provvedimenti la cui permanenza in vita sia stata già sancita da una sentenza passata in giudicato. Detto altrimenti, ci si è chiesti se l'atto di ritiro (*rectius*: revoca) oggetto di contestazione, ponendosi in contrasto con una sentenza divenuta irrevocabile, dovesse considerarsi emesso in carenza di potere (con la conseguente giurisdizione del G.O.) o rappresentasse un'ipotesi di mero cattivo uso dello stesso (con la devoluzione del relativo contenzioso al G.A.).

La piena comprensione della problematica in esame, tuttavia, non può prescindere da una breve ricostruzione della fattispecie concreta di più frequente verifica concreta. L'elaborazione pretoria, invero, si è spesso occupata di fattispecie nelle quali la P.A. aveva emesso in piena conformità con la normativa nazionale di riferimento dei provvedimenti aventi ad oggetto l'erogazione di specifici emolumenti a vantaggio di determinati soggetti. Nonostante

Le difficoltà in caso di intervento nell'attività contestata di organi di diversa nazionalità

La ricostruzione della fattispecie concreta all'origine della problematica

l'impugnazione da parte dei privati controinteressati, tali erogazioni erano state qualificate pienamente conformi a legge dal G.A. con sentenza successivamente passata in giudicato. In un secondo momento, tuttavia, gli organi comunitari competenti hanno accertato la non conformità al diritto europeo delle suddette erogazioni, con la conseguente anticomunitarietà sia della normativa nazionale di riferimento che della sentenza emessa in base alla stessa. A seguito di tale accertamento, l'amministrazione competente è intervenuta a revocare (per sopravvenienze) i pregressi provvedimenti, inducendo i privati originariamente destinatari a contestare in giudizio l'esercizio del potere di autotutela. A questo punto si è posto il problema inerente l'individuazione del giudice competente su tale contenzioso.

L'incidenza sulla questione della portata del principio di intangibilità del giudicato

La risoluzione della questione dipende dalla portata che nel nostro ordinamento si riconosce al principio di intangibilità del giudicato (art. 2909 c.c.), ove si ponga in contrasto con il diritto comunitario. In particolare, se lo si ritiene un principio assoluto (sostanzialmente negando la supremazia del diritto europeo su quello nazionale), l'attività amministrativa posta in essere in violazione dello stesso dovrebbe considerarsi esercitata in carenza di potere (con la conseguente giurisdizione del G.O.); ove, invece, si sostiene che esso possa subire delle deroghe per assicurare la prevalenza del diritto comunitario su quello interno, l'attività svolta dovrebbe qualificarsi in termini di mero cattivo uso del potere.

La tesi che propende per la giurisdizione del G.O.: la revoca è emessa in carenza di potere

Le Sezioni Unite della Cassazione³⁵ sposano la prima delle soluzioni prospettate. In particolare, esse hanno ritenuto che la controversia relativa alla legittimità della revoca di un finanziamento erogato in conformità ad un giudicato a sua volta in contrasto con i vincoli comunitari verte in realtà su posizioni di diritto soggettivo e non già di interessi legittimi. A ben guardare, infatti, non viene contestata in giudizio la legittimità dei modi di esercizio di un pubblico potere, bensì la stessa esistenza di tale potere, dovendo la revoca del finanziamento in questione considerarsi come esulante dalle attribuzioni dell'amministrazione, tenuta in ogni caso all'osservanza della regola dell'intangibilità del giudicato. Ne consegue che la giurisdizione su una siffatta controversia non potrà che spettare al G.O.

La tesi che propende per la giurisdizione del G.A.: la revoca è mero cattivo uso

A soluzioni opposte dovrebbe giungersi ove si sostenga – come affermato dalla Corte di Giustizia³⁶ – che il diritto comunitario osta all'applicabilità di norme nazionali (nella specie l'art. 2909 c.c.) che, nel sancire l'autorità della cosa giudicata, impediscano il recupero degli aiuti di stato illegittimamente erogati e la cui incompatibilità con il mercato sia stata accertata dagli organi comunitari. In tale prospettiva, infatti, la P.A., lungi dall'essere tenuta ad uniformarsi alla regola dell'irrevocabilità del giudicato, avrebbe addirittura l'obbligo di intervenire in autotutela sui provvedimenti emessi, al fine di as-

³⁵ Cass., sez. un., n. 12641/08. In termini, v. anche Cons. Stato, n. 2464/09, che ha evidenziato come, ove la P.A. agisca in adempimento di un preciso dovere comunitario ed eserciti un diritto vantato dall'Unione, essa agisce quale "longa manus" degli organi sovranazionali, senza che residui alcun margine di discrezionalità di stampo pubblicistico con la conseguente inconfigurabilità, anche ai fini del riparto di giurisdizione, di un potere di stampo autoritativo.

³⁶ V. la sentenza 18 luglio 2007 in causa c- 119/05.

sicurare in pieno la supremazia del diritto comunitario su quello nazionale. Ne consegue che nella controversia in questione verrà contestata la legittimità dell'esercizio di un potere assolutamente esistente (non operando la regola dell'irrevocabilità del giudicato che dovrebbe escluderlo), e non la titolarità dello stesso in capo alla P.A. Ne consegue che il relativo contenzioso dovrebbe più correttamente spettare al G.A.

Giova precisare, tuttavia, che dalla medesima sentenza della Corte di Giustizia potrebbero trarsi delle conclusioni del tutto opposte in punto di giurisdizione. A ben guardare, infatti, per effetto del principio di supremazia del diritto comunitario su quello interno, sussiste a carico della P.A. un vero e proprio obbligo di rimuovere in autotutela i provvedimenti anticomunitari, nonostante l'esistenza di un giudicato. Ne consegue la possibilità di configurare in capo al privato dirimpettaio un vero e proprio diritto soggettivo alla rimozione degli atti in origine emanati, con l'inevitabile devoluzione del relativo contenzioso al G.O.

4.2. Il riparto di giurisdizione sui poteri c.d. privati.

La questione del riparto presenta profili di ulteriore complessità nell'ambito dei settori in cui la P.A. è legittimata ad agire non soltanto a mezzo di pubblici poteri, ma anche attraverso l'attivazione di potestà a carattere intrinsecamente privatistico. La maggior parte delle volte, infatti, si tratta di ambiti in cui non risulta agevole stabilire in quali ipotesi l'autorità competente agisca in forza di un potere pubblico (con la conseguente giurisdizione del G.A.) o nell'esercizio di una potestà a carattere meramente privato (con la necessaria devoluzione al G.O. del relativo contenzioso).

Le due categorie di poteri, come è noto, si presentano diverse sotto un duplice profilo. In particolare:

- da un punto di vista *normativo*, quelli pubblici sono oggetto di espressa previsione da parte di norme a carattere intrinsecamente pubblicistico di portata regolare, mentre quelli privati sono disciplinati da disposizioni di matrice autenticamente privatistica a carattere eccezionale;
- da un punto di vista *funzionale*, i primi sono finalizzati al perseguimento di un interesse pubblico espressamente individuato dalla legge, mentre i secondi sono strumentali al raggiungimento di obiettivi privatistici non esplicitamente individuati nella normativa di riferimento.

Tali caratteristiche presentano due ordini di corollari in sede processuale. Invero:

- sotto il profilo della *giurisdizione*, a fronte dell'estrinsecarsi di un pubblico potere sono configurabili esclusivamente posizioni di interesse legittimo con la conseguente giurisdizione del G.A., mentre rispetto al dispiegarsi di una potestà privata saranno ipotizzabili in ogni caso situazioni di diritto soggettivo (secondo alcuni di "interesse legittimo di diritto privato") la cui cognizione spetta istituzionalmente al G.O.;
- sotto il profilo della *sindacabilità in giudizio*, mentre il pubblico potere è scrutinabile nella prospettiva della conformità all'interesse generale (norma-

La distinzione tra poteri pubblici e privati: il versante normativo e quello funzionale

Le ripercussioni processuali della distinzione: la giurisdizione e la sindacabilità in giudizio

tivamente individuato) al cui perseguimento è preordinato, il potere privato può sindacarsi solo alla luce del parametro della buona fede e del rispetto dell'affidamento incolpevole ingenerato nei terzi.

- La casistica in materia di poteri a carattere intrinsecamente privatistico della P.A.:*
- a) il recesso ex art. 21-sexies l. 214/1990* I settori in cui la P.A. risulta essere titolare di potestà a carattere intrinsecamente privatistico sono diversi e connotati spesso dalla contestuale titolarità di poteri di matrice pubblicistica. Nel prosieguo della trattazione si darà atto di una breve casistica in materia. Innanzitutto, vengono in rilievo i poteri che la P.A. esercita come privato contraente, che le permettono, in casi tassativi (come ben chiarito dall'art. 21-sexies della L. 241/1990), di recedere dal contratto con un atto che costituisce un diritto potestativo volto allo scioglimento del rapporto contrattuale, e non già un provvedimento di autotutela sul provvedimento³⁷.
- b) i poteri connessi alla titolarità di un bene* Altra ipotesi nella quale l'amministrazione può esercitare poteri di diritto pubblico e poteri derivanti da posizioni analoghe a quelle dei privati è quella in cui essa sia titolare del diritto di proprietà su di un bene³⁸.
- c) il potere di revoca in ambito societario* Inoltre, può venire in rilievo l'esercizio da parte dell'amministrazione di poteri tipicamente privati in caso di revoca, ai sensi degli artt. 2449 e 2450 c.c., di amministratori o sindaci di una S.P.A. a partecipazione pubblica nominati dalla stessa amministrazione nella veste di socio, ovvero, in presenza di una specifica previsione normativa in tal senso, a prescindere da tale posizione³⁹. Esulano, tuttavia, dalla giurisdizione del giudice amministrativo le

³⁷ La questione è stata affrontata dalle S.U. della Cassazione con sentenza del 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Guida al diritto* 2010, 17, 63, a cui avviso l'autotutela della P.A. attuata mediante lo strumento autoritativo con effetti sulla esecuzione di contratti di diritto privato non costituisce un principio generale dell'ordinamento, ma si riferisce ad ipotesi tassativamente previste per legge, non estensibili in via di analogia a casi diversi (conf. sez. un. 11 gennaio 2011, n. 391). In termini, v. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3410 e T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154.

³⁸ Sulla tematica in questione è di recente intervenuto Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7147, in *Foro amm.* CDS 2010, 9, 1946, che ha evidenziato come "In materia di delimitazione del demanio rispetto alla proprietà privata, la P.A. non esercita un potere autoritativo costitutivo, ma si limita ad accertare l'esatto confine demaniale. Siffatto accertamento, pur svolgendosi con le forme del procedimento amministrativo, ha carattere vincolato, non comporta la spendita di potere amministrativo discrezionale ed è inidoneo a degradare il diritto di proprietà privata in interesse legittimo, trattandosi appunto, di un atto di accertamento e non di un atto ablatorio, da qualificare come autotutela privatistica speciale e non come attività provvedimentoale discrezionale. Pertanto, secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, in difetto di norma attributiva al giudice amministrativo di giurisdizione esclusiva, le controversie di cui all'art. 32 cod. nav. rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario". In termini analoghi anche la giurisprudenza ordinaria: così Cass. civ., sez. un. 30 novembre 2006, n. 25514.

³⁹ La giurisprudenza prevalente si muove in linea con le indicazioni dettate da Corte cost. n. 204/2004, che, al fine di scongiurare la tendenza del Legislatore a ripartire la giurisdizione per «blocchi di materie», ha escluso possa ricorrere la giurisdizione del giudice amministrativo a fronte della mera partecipazione in giudizio di una P.A. o del generico coinvolgimento di un pubblico interesse. Secondo la citata giurisprudenza, nell'esercizio del potere esclusivo di revoca di amministratori o sindaci, il soggetto pubblico agisce nella veste di socio della s.p.a. e non di autorità, attivando un potere che, senza la speciale legittimazione apprestata dallo statuto o dalla legge, sarebbe comunque spettato all'assemblea dei soci, secondo l'ordinaria disciplina delle società per azioni. Si ritiene, infatti, che esso sia espressione di una «potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa» (Cass. S.U. n. 7799/2005),

sole ipotesi di esercizio di poteri privatistico-societari, e non anche gli atti ed i provvedimenti, prodromici al loro esercizio, con i quali l'amministrazione si determina alla costituzione di una società. Tanto è stato chiarito, da ultimo, da Cons. Stato, ad. pl., 3 giugno 2011, n. 10, il quale ha evidenziato come *"Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti unilaterali prodromici a una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima in quanto si tratta di scelta organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica. Infatti la scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare ad una società, è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario"*⁴⁰.

non rilevando, nel senso di una qualificazione in chiave pubblicistica di detto potere, la circostanza che ne sia titolare l'ente pubblico, socio di maggioranza della s.p.a. Né una diversa conclusione può essere raggiunta per il fatto che l'art. 2250 c.c. prevede comunque a favore del soggetto pubblico un potere di revoca, considerato che non esiste una regola di portata assoluta secondo la quale un potere attribuito dalla legge all'amministrazione deve avere necessariamente natura pubblicistica. Da ciò deriva che la natura eminentemente privatistica del potere di revoca impone la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica soggettiva azionata, la cui tutela spetta, dunque, al giudice ordinario quale giudice dei diritti (*ex multis*, v. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 25 gennaio 2010, n. 89, in *Red. amm. TAR* 2010, 01).

⁴⁰ In particolare, la Plenaria ha ritenuto che la controversia riguardante l'impugnazione di provvedimenti dell'Istituto Universitario di Architettura di Venezia, prodromici alla costituzione di una società lucrativa, ricada nella giurisdizione del g.a. poiché esiste *"una evidente connessione, un esplicito collegamento"* fra le delibere degli organi universitari che hanno deciso la costituzione di un ente strumentale di un soggetto pubblico e gli atti di diritto privato con cui la società è stata successivamente costituita. Sostiene il Consiglio di Stato che alle delibere degli organi universitari va riconosciuta natura provvedimentoale, *"in quanto qualificabili come determinazioni macro-organizzative volte ad imprimere un determinato assetto organizzativo al complesso delle attività di competenza e ad individuare le modalità gestionali ritenute maggiormente funzionali al perseguimento degli scopi prefissati [...]. Tali atti prodromici, infatti, vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società) [...]. Gli atti prodromici attingono al processo decisionale, che da ultimo si esterna nel compimento di un negozio giuridico societario. Mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo, e ciò sotto un duplice profilo".* Innanzitutto, viene in rilievo lo stesso procedimento di stipula dei contratti pubblici, che è avviato mediante la delibera a contrarre, in cui la P.A. evidenzia le ragioni di interesse pubblico che giustificano il contratto: essa costituisce mezzo di cura dell'interesse pubblico ed è quindi provvedimento amministrativo. Inoltre, *"ulteriore e specifico profilo di rilevanza pubblicistica è costituito dal fatto che nel caso della costituzione di una società vengono in evidenza aspetti organizzatori, essendo evidente l'incidenza della relativa scelta sulla struttura dell'ente"*. Tanto lo si desume anche a livello normativo. *"L'art. 244, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, (ora art. 133, co. 1, lett. l), cod. proc. amm.), assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, ivi comprese quelle relative alla scelta del socio. Allorquando un ente pubblico decide di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio privato è considerata dall'ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto che tale scelta deve avvenire con procedura di evidenza pubblica, soggetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva".* Ne consegue, a fortiori *"che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell'utilizzo del modello societario, anche se per tale scelta non è prevista una giurisdizione esclusiva, sicché si ricade nell'ordinaria giurisdizione generale di legittimità"*. Ulteriore referente normativo, poi, è costituito dal d.l. n. 332/1994, conv. in l. n. 474/1994, il quale, all'art. 2 devolve alla giurisdizione di legittimità,

d) i poteri di autotutela come creditore

Si pensi infine ai poteri di autotutela che la legge riconosce alla P.A. come creditore (v. in particolare il fermo amministrativo in materia di beni mobili registrati)⁴¹.

e) i poteri nel pubblico impiego privatizzato

Altro territorio di confine in cui l'amministrazione risulta essere titolare di poteri tipicamente pubblicistici e di poteri analoghi a quelli del datore di lavoro privato è quello dell'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione. Basti in questa sede ricordare che l'art. 5 t.u. 165/2001, in combinato disposto con l'art. 63, ha devoluto al G.O. le controversie relative ad atti di gestione del rapporto di lavoro e dell'ufficio, che, con l'eccezione degli atti di macro-organizzazione tipizzati dall'art. 2, sono ormai adottati dalla P.A., non più nella veste di autorità che spende un potere pubblico, ma di soggetto che esplica la capacità ed il potere privato del datore di lavoro⁴².

con competenza territoriale del T.A.R. Lazio – Roma, taluni poteri speciali riservati allo Stato in società da esso partecipate. *“Dalla disamina delle norme sopra commentate, si evince che la scelta, da parte di un ente pubblico, di costituire o partecipare ad una società, è considerata una scelta organizzativa discrezionale, che differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che costituisce attuazione di tale scelta, e che radica una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario [...]. Conclusivamente, la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sulla organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società. Per converso, resta fermo il modello privatistico, e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo o meno del modello societario: in tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo”.*

⁴¹ V. le S.U. della Cassazione, del 17 gennaio 2007, n. 875, secondo cui l'atto che dispone il fermo amministrativo dei beni mobili registrati (nella specie, un'autovettura) emesso dal concessionario del servizio riscossione tributi ex art. 86 del D.P.R. 602 del 1973 è un atto funzionale all'espropriazione forzata attraverso il quale si realizza il credito dell'amministrazione, e pertanto la tutela giurisdizionale nei confronti dello stesso si realizza dinanzi al giudice ordinario. La Cassazione ha quindi reputato non attendibile quell'orientamento assunto da Cons. St., sez. VI, ordinanza 16 aprile 2006 n. 2032, secondo il quale la normativa, se così interpretata, cioè nel senso della devoluzione a g.o. del contenzioso concernente gli atti con cui si disponga il fermo dei beni mobili registrati, sarebbe una norma di sospetta incostituzionalità per violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., nella misura in cui, non avendo il g.o. il potere di annullare provvedimenti o di imporre l'adozione, la tutela che detto giudice potrebbe assicurare sarebbe una tutela inferiore e quindi non effettiva rispetto a quella somministrabile dal G.A. Tali principi sono poi stati meglio puntualizzati dalla successiva giurisprudenza, che ha evidenziato come, anche in tale ambito, l'individuazione del giudice giurisdicente dipende dal tipo di credito sottostante il fermo, e quindi, in ultima analisi, dalla natura del potere esercitato dalla P.A., in qualità di pubblica autorità, ovvero di creditore “privato” nei confronti del soggetto attinto dal fermo (ex multi, s. Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2010, n. 25983, in *Diritto & Giustizia* 2011; Cons. Stato, sez. VI, 07 maggio 2010, n. 2658, in *Foro amm.* CDS 2010, 5, 1075; Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2010, n. 1620, in *Foro amm.* CDS 2010, 3, 558).

⁴² Sul punto è particolarmente significativo T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1° aprile 2010, n. 5411, in *Red. amm. TAR* 2010, 04, che ha efficacemente individuato i confini tra atti di organizzazione degli uffici (che costituiscono espressione del generale potere di auto-organizzazione di cui all'art. 2 T.U.P.I. e si estrinsecano nell'esercizio di una vera e propria funzione autoritativa di razionalizzazione delle risorse) ed atti di gestione e di organizzazione del personale. Questi ultimi, anche se con finalità di carattere organizzatorio, assumono consistenza di provvedimenti di stampo giuslavoristico, con la conseguente devoluzione alla giurisdizione del g.o..

SCHEMA RIEPILOGATIVO

1) I diritti c.d. "inaffievolibili":

- a) **definizione:** insieme delle posizioni, costituzionalmente garantite, insuscettibili di essere incise dall'estrinsecarsi del pubblico potere, capaci di resistere ad oltranza alla degradazione di norma derivante dall'esercizio del potere amministrativo;
- b) **ratio:** necessità di evitare che a fronte di interessi sostanziali di particolare rilevanza l'esercizio del pubblico potere si risolva in una *deminutio* di tutela per i titolari;
- c) **riparto di giurisdizione:** gli atti amministrativi che vi incidono sono emessi in carenza di potere (giurisdizione del G.O.), o in mero cattivo uso di potere (giurisdizione del G.A.)?
 - Cass. n. 1436/1979: i diritti fondamentali devono essere tutelati nella forma garantistica piena ed incondizionata del diritto soggettivo anche nei confronti della P.A., qualificandosi come diritti inviolabili della persona umana. Sono insuscettibili di atteggiarsi in forma subordinata rispetto ad altri interessi di portata generale: l'Amministrazione non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico, di affievolirlo o pregiudicarlo. Ove la P.A. intervenga comunque, agisce nel fatto, esplicando un'attività a carattere meramente materiale.
 - ruolo paradigmatico della salute, poi seguito da:
 - *privacy*;
 - *obiezione di coscienza*;
 - *immigrazione*;
 - *sanzioni amministrative*.

1.1) Ammissibilità di diritti c.d. inaffievolibili:

- **Tesi dell'ammissibilità:**
 - ipotizzabilità di interessi sostanziali di portata assoluta nell'ordinamento;
 - limitati poteri del G.A. nell'ambito della propria giurisdizione;
- conseguenze sostanziali: qualificazione in termini di nullità/inesistenza degli atti;
- conseguenze processuali:
 - *esclusione dalla giurisdizione di legittimità del G.A.*;
 - *non riconducibilità alla giurisdizione esclusiva del G.A.*;
 - *sindacabilità da parte del G.O. degli atti anche oltre i limiti della L.A.C.*;
 - *natura meramente ricognitiva delle norme che prevedono la giurisdizione del G.O.*
- **Tesi dell'inammissibilità:**
 - non ipotizzabilità di interessi sostanziali di portata assoluta nell'ordinamento;
 - limiti di ammissibilità del potere rispetto a tali diritti;
 - natura illimitata dei poteri rimessi al G.A. nella propria giurisdizione;

CASISTICA GIURISPRUDENZIALE

GIURISPRUDENZA STORICA

Corte di Cassazione

Il riparto di giurisdizione in tema di diritti costituzionalmente garantiti

a) *Il diritto alla salute è insuscettibile di degradazione da parte della P.A.: la relativa cognizione è pertanto devoluta al G.O.*

1) *Che natura ha il diritto alla salute? Quali sono i poteri della P.A. di incidervi?*

2) *A chi spetta la relativa giurisdizione in caso di sua illegittima compressione da parte dell'Amministrazione?*

3) *Di che poteri gode il giudice?*

1) Il diritto alla salute, cioè il diritto di star bene, è "fondamentale" per natura costituzionale e dalla tutela completa (artt. 2 e 32, comma primo, della Costituzione della Repubblica), ed è pertanto **sovrastante all'Amministrazione**, di guisa **che** questa **non ha alcun potere**, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo **di affievolirlo** (Cass. S.U. 23 giugno 1989 n. 2999) ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente. È un diritto "primario" (Corte Cost. 18 dicembre 1987 n. 559) ed "assoluto" dell'individuo (Corte Cost. 27 luglio 1979 n. 88), nei cui riguardi l'Amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma può essere possibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti (Cass. S.U. 6 ottobre 1975 n. 3164). Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, "agisce nel fatto", abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. "Agisce nel fatto" perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, "non provvede", esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. "Agisce nel fatto" perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero "fatto" illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della Pubblica Amministrazione. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario.

2) Per tali ragioni, qualora la Pubblica Amministrazione, nell'installazione di un impianto di depurazione con inosservanza delle distanze minime prescritte, leda il diritto di salute del proprietario del fondo vicino, a quest'ultimo deve riconoscersi la facoltà di adire il giudice ordinario non soltanto con azione risarcitoria, ma anche con richiesta di condanna alla rimozione dell'opera, atteso che quel fatto lesivo, rispetto

LA SENTENZA

Consiglio di Stato, ad. plen., 12 aprile 2012, n. 4
Pres. Giancarlo Coraggio; Est. Francesco Caringella

LEPARTI: Laboratorio Analisi Cliniche e Radioimmunologiche Al. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, + altri, *contro* Ministero della Salute e Asp C.;

APPELLO: Per la riforma della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, sezione II n. 00269/2011, resa tra le parti, concernente PIANO ANNUALE PREVENTIVO 2008 PER L'ACQUISIZIONE DI PRESTAZIONI DI ASSISTENZA SPECIALISTICA AMBULATORIALE;

IL FATTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto in parte il ricorso proposto dalla società in epigrafe specificate avverso i seguenti atti: a) deliberazione dell'A.S.P. di Crotona n. 82 del 21 maggio 2008; b) deliberazione della Giunta regionale n. 336/2002; c) deliberazione della Giunta regionale n. 362/2004; d) contratto per la definizione dei rapporti giuridici ed economici tra le Aziende Sanitarie e i soggetti erogatori di prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale; e) deliberazioni della Giunta regionale n. 541/2008 e n. 169/2007.

Il Tribunale ha ritenuto fondate le sole censure con le quali le parti ricorrenti avevano lamentato l'erronea applicazione delle tariffe fissate dal decreto ministeriale 12 settembre 2006 e la mancata previsione dei criteri di remunerazione delle prestazioni sanitarie rese in eccedenza rispetto al budget assegnato.

2. Con il ricorso in epigrafe specificato la Regione Calabria contesta gli argomenti posti a fondamento dei capi sfavorevoli della sentenza di prime cure.

Il Laboratorio Al. propone altresì appello incidentale con il quale reitera e sviluppa le censure disattese dalla sentenza gravata.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Salute.

3. Con decreto del 2 dicembre 2011 il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso la definizione del ricorso all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'articolo 99, comma 2, del codice del processo amministrativo, in relazione alla questione, investita dall'appello incidentale e oggetto di contrasti giurisprudenziali, della legittimità dei provvedimenti che fissino i limiti massimi di spesa nel corso dell'esercizio finanziario.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 26 marzo 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

LA QUESTIONE

La Sezione rimettente ha sottoposto al vaglio dell'Adunanza Plenaria la questione relativa alla armonizzabilità della tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e di quello alla concorrenza degli operatori sanitari privati con altri interessi meritevoli di tutela che con i diritti fondamentali interferi-

scono, quale quello della copertura finanziaria, a mezzo dell'imposizione di tetti di spesa in materia sanitaria.

LA SOLUZIONE

È legittima l'imposizione di tetti di spesa in materia sanitaria (nella specie, per strutture private accreditate a titolo provvisorio), date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica. In tale quadro, il diritto alla salute, ancorché costituzionalmente tutelato, può ben essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari, a patto di non scalfire in nucleo essenziale irriducibile. Ne deriva, pertanto, che la P.A. (nella specie, le Regioni), nell'esercitare detta potestà programmatica, godono di un ampio potere discrezionale, chiamato a bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale e l'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario.

L'ARGOMENTAZIONE

1. Il quadro normativo in materia di programmazione dell'offerta sanitaria e dei relativi tetti di spesa.

Il nuovo modello di servizio sanitario nazionale, che si è andato delineando a partire dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico. Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti "fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate" (articolo 8, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992). Il principio della necessaria programmazione sanitaria è, invece, perseguito con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni.

Il suddetto piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati. Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con significative modifiche, dall'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

L'evoluzione della disciplina della programmazione sanitaria è stata in seguito caratterizzata dal progressivo accentuarsi del carattere autoritativo della pianificazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, le Regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'art. 2 comma 5 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 e successive modificazioni, individuano preventivamente, per ciascuna

FORMULARIO

Ricorso in materia di contratti pubblici Tribunale Amministrativo Regionale

Per.... – Sez.....

Ricorso

In favore

dei sigg.ri ..., ing. ... e arch. ..., componenti progettisti del costituendo R.T.P. ..., rappresentati e difesi, giusta mandato a margine del presente atto, dall'avv. ... ed elettivamente domiciliati presso il suo studio legale in ..., alla via ..., n. ...,

- ricorrenti -

contro

- il Comune di ... in persona del Sindaco *p.t.*;

- il DIRETTORE *p.t.* del II Settore Ufficio Lavori Pubblici del comune di ...,

- resistenti -

nonché nei confronti

- del R.T.P. ...,

- controinteressato -

per l'annullamento, previa idonea misura cautelare, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.,

- del verbale di gara del ... con cui il Direttore del II Settore Ufficio Lavori Pubblici del Comune di ..., in qualità di Responsabile del procedimento, ha disposto l'esclusione del (costituendo) R.T.P. ... dalla procedura tesa all'affidamento dell'incarico di "Progettazione esecutiva per la costruzione del serbatoio di riserva idrica alimentato dall'acquedotto del ...";

- del verbale del ... di negoziazione dell'offerta economica proposta dal R.T.P. ...;

- della determinazione dirigenziale n. ... del ... di affidamento dell'incarico professionale della progettazione esecutiva di cui è causa in favore del R.T.P. ...;

- della nota prot. n. ... del ... a firma del Direttore del II Settore Ufficio Lavori Pubblici del comune di ... con cui è stata comunicata ai ricorrenti l'esclusione dalla procedura di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo per la ricorrente, ancorché dalla medesima non conosciuto;

nonché, per la declaratoria d'inefficacia

ex art. 245 *ter*, D.Lgs. n. 163/2006, del contratto eventualmente stipulato, nelle more del giudizio, per l'affidamento dell'incarico professionale della progettazione esecutiva di cui è causa tra il comune di ... e l'R.T.P....

Premessa in fatto

Con avviso del ..., il comune di ... ha indetto la procedura negoziata per l'affidamento dell'incarico di progettazione esecutiva relativo alla costruzione del serbatoio di riserva idrica alimentato dall'acquedotto del...

Il suddetto *officium*, comportando il pagamento al progettista di competenze professionali di importo complessivo inferiore a €. 100.000,00, sarebbe

stato affidato ai sensi degli artt. 91, comma 2 e 57, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici); il termine per la presentazione delle domande di partecipazione veniva fissato al...

L'avviso di gara, per la suddivisione della procedura, ha disposto che: "... la procedura di affidamento prevede: a) la pubblicazione del presente avviso per conoscere i soggetti interessati all'affidamento dell'incarico in epigrafe, che riporta l'oggetto dell'affidamento, i requisiti di partecipazione e i criteri oggettivi di selezione dei candidati da invitare alla procedura competitiva. Il presente avviso riporta, inoltre, i criteri di aggiudicazione della migliore offerta; b) la prequalificazione di almeno cinque soggetti tra quelli che hanno inviato istanza di partecipazione, precisando che qualora venisse meno la possibilità di individuare per qualsiasi ragione il numero minimo, l'Amministrazione procederà ugualmente all'affidamento dell'incarico professionale; c) la fase competitiva, nella quale i soggetti selezionati saranno invitati a presentare un'offerta che verrà giudicata secondo i criteri di aggiudicazione".

In particolare, il punto 4 del menzionato avviso, con riguardo a quest'ultima fase di confronto, e, dunque, ai criteri di aggiudicazione, ha previsto che: "I soggetti, individuati nella fase di preselezione, saranno invitati ... a presentare un'offerta che contiene:

1. la somma offerta per il pagamento delle competenze professionali, determinata in ribasso rispetto agli onorari attualmente vigenti, che inciderà nella valutazione del punteggio per un'aliquota pari al 30%;
2. il tempo occorrente per la presentazione della progettazione esecutiva, precisando che questo ufficio, prima dell'apertura delle buste in sede di gara, provvederà a comunicare il tempo minimo accettabile, racchiuso in apposita busta, al di sotto del quale le offerte saranno ritenute escluse; questo elemento inciderà nella valutazione per un'aliquota pari al 40%;
3. elaborato grafico con l'individuazione delle opere per il lotto funzionale e con l'indicazione dell'importo dei lavori, che non dovrà superare €. 3.700.000,00; questo elemento inciderà nella valutazione per un'aliquota pari al 30%".

A seguire, dopo aver precisato che: "... saranno ammessi a partecipare alla fase finale competitiva coloro che avranno redatto negli ultimi quindici anni progettazione di impianti a rete e di impianti di distribuzione idrica a servizio degli abitati" (punto 2 "criteri di selezione"), e che "non saranno accettate e, quindi, non saranno esaminate le istanze che ... pervengono oltre il termine di presentazione" (punto 3 "modalità di partecipazione"), nella parte concernente i "criteri di aggiudicazione" ha prescritto che: "... a parte l'automatica esclusione delle offerte in caso di periodo inferiore a quello stabilito da questo ufficio per la consegna della progettazione, l'aggiudicazione dell'incarico verrà assegnata al concorrente che totalizza il massimo punteggio rinveniente dalla somma degli addendi di cui ai punti 1), 2) e 3) secondo le incidenze innanzi riportate" (punto 4 "criteri aggiudicazione").

Entro i termini prescritti sono pervenute alla P.A. resistente quattro domande di partecipazione, tra cui quella del raggruppamento dei ricorrenti; indi, in data ... s'è tenuta la seduta pubblica di preselezione tesa alla verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo agli interessati.

In quella sede sono state ammesse alla partecipazione alla gara e, dunque, alla successiva fase competitiva tre concorrenti, tra cui l'associazione dei progettisti deducenti.