



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 1/2022**



Sommario

- 1. Blocco delle azioni esecutive nei confronti del SSN: per la Corte costituzionale è illegittima solo la proroga a tutto il 2021, ma non l'originaria previsione della misura..2**
- 2. Il diritto europeo non osta a una disposizione nazionale che non consente di contestare la conformità all'UE della decisione di un organo supremo della g.a.....6**
- 3. La Plenaria interviene sulla giurisdizione del g.a. in caso di risarcimento da annullamento provvedimento e sui limiti della tutela risarcitoria.....12**
- 4. Interdittiva antimafia emessa nei confronti della persona fisica che non riveste la qualità di titolare di impresa o di società.....20**
- 5. Obbligo di vaccinazione degli infermieri.....24**

1. Blocco delle azioni esecutive nei confronti del SSN: per la Corte costituzionale è illegittima solo la proroga a tutto il 2021, ma non l'originaria previsione della misura

Con la sentenza n. 236 del 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., limitatamente alla proroga dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021 del "blocco" delle esecuzioni e l'inefficacia dei pignoramenti nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale. La norma, infatti, ha prorogato la misura per un intero anno. In tal modo, gli effetti negativi della protrazione del "blocco" sono stati lasciati invariabilmente a carico dei creditori. Costituzionalmente tollerabile *ab origine*, la misura è divenuta sproporzionata e irragionevole per effetto di una proroga di lungo corso e non bilanciata da una più specifica ponderazione degli interessi in gioco, che ha leso il diritto di tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. nonché, al contempo, la parità delle parti e la ragionevole durata del processo esecutivo.

Fatto e diritto

Alcuni giudici (Tribunali di Napoli e Benevento e TAR Calabria) hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, non solo verso l'art. 117, comma 4, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, ma anche verso l'art. 3, comma 8, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, che ha prorogato la durata del blocco delle azioni esecutive in materia sanitaria contenuto nel DL n. 34 del 2020.

In particolare, l'art. 117, comma 4, del DL n. 34 del 2020 stabilisce che "al fine di far fronte alle esigenze straordinarie ed urgenti derivanti dalla diffusione del COVID-19, nonché per assicurare al Servizio sanitario nazionale la liquidità necessaria allo svolgimento delle attività legate alla citata emergenza, compreso un tempestivo pagamento dei debiti commerciali, nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive. I pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle regioni agli enti del proprio Servizio sanitario regionale effettuati prima della data di entrata in vigore del presente provvedimento non producono effetti dalla suddetta data e non vincolano gli enti del Servizio sanitario regionale e i tesoreri, i quali possono disporre, per le finalità dei predetti enti legate alla gestione dell'emergenza sanitaria e al pagamento dei debiti, delle somme agli stessi trasferite durante il suddetto periodo.

Successivamente, l'art. 3, comma 8, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183 è intervenuto sulla durata del "blocco", che è stata prorogata - mediante modifica all'indicato art. 117, comma 4 - dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021.

Con due distinte ordinanze (ord. n. 82 e n. 89 del 2021), il Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 117, comma 4, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 in riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Quale giudice dell'esecuzione instaurata da pignoramenti a carico di enti sanitari - l'uno per risarcimento del danno da morte di un paziente e l'altro per corrispettivo di forniture medicali - il rimettente denuncia di non poter procedere per la sopravvenienza della disposizione censurata, che, nel contesto delle misure urgenti di gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ha previsto la sospensione delle esecuzioni e l'inefficacia dei pignoramenti nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale.

Il Tribunale di Napoli ritiene che la disposizione censurata violi l'art. 24 Cost., poiché impone ai creditori degli enti sanitari un sacrificio sotto forma di improcedibilità delle azioni esecutive non bilanciato dalla predisposizione di idonei mezzi di tutela sostitutiva.

L'ordinanza n. 89 del 2021, lamentando la violazione dei medesimi parametri sopra indicati, aggiunge uno specifico riferimento all'eccessiva durata del "blocco", che è stata prorogata - mediante modifica all'indicato art. 117, comma 4 - dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021 ad opera dell'art. 3, comma 8, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183.

Con due distinte ordinanze (n. 98 e n. 99 del 2021), il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, come modificato dall'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito, per violazione degli artt. 3, 24, primo e secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.

Il TAR Calabria fa propri gli argomenti esposti nell'ordinanza n. 82 del 2021, declinandoli con particolare riguardo alla proroga della disposizione censurata, ritenuta irragionevole e sproporzionata.

Il giudice *a quo* evoca il parametro di cui all'art. 111, secondo comma, Cost., oltre che sotto il profilo dell'alterazione della "parità delle armi" tra parte pubblica e parte privata, anche per la negativa incidenza che il "blocco" spiega sulla ragionevole durata del processo esecutivo.

Quanto alla proroga della misura, il rimettente denuncia la violazione dell'art. 3 Cost., poiché sarebbe stato irragionevolmente superato lo stesso termine finale dello stato di emergenza e comunque quello stabilito per analoghe fattispecie di sospensione delle esecuzioni, ciò peraltro, contraddittoriamente, anche in danno di creditori partecipi dello sforzo collettivo di contrasto alla pandemia.

Anche il Tribunale ordinario di Benevento (ord. n. 153 del 2021) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020.

La Corte costituzionale ha stabilito che sono fondate le questioni sollevate da tutti i rimettenti in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., limitatamente alla proroga dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021, di cui all'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020.

Occorre quindi verificare se l'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020 violi i parametri di cui agli artt. 24 e 111 Cost. nell'estensione cronologica determinata dall'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020.

In altri termini, la Corte è chiamata a verificare se gli artt. 24 e 111 Cost. (tutela giudiziaria e "giusto processo") siano violati dalla disposizione che stabilisce che nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale non possano essere intraprese o proseguite azioni esecutive, anche alla luce del fatto che la "durata" di tale previsione è stata prorogata da un DL successivo.

La Corte si è già pronunciata sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni di sospensione delle procedure esecutive, emanate nell'ambito della legislazione emergenziale seguita al diffondersi della pandemia da COVID-19.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di un'altra norma recante la proroga dal 31 dicembre 2020 al 30 giugno 2021 della sospensione delle procedure aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, nella sentenza n. 128 del 2021 la Corte ha affermato che la tutela *in executivis* è componente essenziale del diritto di accesso al giudice, sicché la sospensione delle procedure esecutive deve costituire un evento eccezionale, sorretto da un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto.

Tale sentenza ha rimarcato che, se l'irrompere dell'emergenza pandemica da COVID-19 può aver giustificato in una prima fase il sacrificio dei creditori procedenti sulla base di un criterio applicativo "a maglie larghe", la proroga della misura nelle fasi successive avrebbe richiesto da parte del legislatore una riedizione e un affinamento del bilanciamento sotteso alla misura, poiché la sua invarianza cristallizza un pregiudizio individuale che dovrebbe essere invece strettamente limitato nel tempo.

Il differente esito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 13, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito, e dell'art. 40-*quater* del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41 – recanti la proroga al 30 giugno 2021 e poi al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo – è stato motivato dalla sentenza n. 213 del 2021 appunto in ragione della "progressiva e differenziata riduzione dell'ambito di applicazione della misura in esame, in simmetria con l'allentamento dell'emergenza sanitaria".

Infatti, la restrizione della prima proroga alla sospensione dell'esecuzione dei soli provvedimenti di rilascio per morosità e la graduazione dell'ulteriore proroga in rapporto alla data di adozione del provvedimento medesimo hanno identificato ragionevoli punti di caduta di "un progressivo adattamento della misura emergenziale".

La sentenza n. 186 del 2013 ha affermato che uno svuotamento legislativo degli effetti di un titolo esecutivo giudiziale non è compatibile con l'art. 24 Cost. se non è limitato ad un ristretto periodo temporale ovvero controbilanciato da disposizioni di carattere sostanziale che garantiscano per altra via l'effettiva realizzazione del diritto di credito.

In difetto di queste cautele, la disposizione legislativa vulnera il diritto di azione e si risolve altresì in uno *ius singulare* che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco, esentando quella pubblica, di cui lo Stato risponde economicamente, dagli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria, con violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111 Cost.

L'originaria durata del "blocco" delle esecuzioni e dell'inefficacia dei pignoramenti disposti dall'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020 era contenuta in poco più di sette mesi, dall'entrata in vigore del 19 maggio 2020 fino al 31 dicembre dello stesso anno.

La misura si esauriva quindi nella prima fase dell'emergenza pandemica da COVID-19 – quella più acuta e destabilizzante –, allorché una sospensione indistinta e generalizzata delle procedure esecutive nei confronti degli enti sanitari poteva dirsi ragionevole e proporzionata, "per agevolare una regolare programmazione e gestione amministrativa e contabile dei pagamenti", come si esprime la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 34 del 2020.

Sono pertanto non fondate le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, come convertito, nella sua formulazione originaria.

Nonostante l'evoluzione dell'emergenza sanitaria e la possibilità di ricalibrare su di essa la programmazione di cassa, l'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020 ha prorogato la misura in danno dei creditori per un intero anno senza alcun aggiornamento della valutazione comparativa tra i loro diritti giudizialmente accertati e gli interessi dell'esecutato pubblico.

In tal modo, gli effetti negativi della protrazione del "blocco" delle esecuzioni sono stati lasciati invariabilmente a carico dei creditori, tra i quali pure possono trovarsi anche soggetti cui è stato riconosciuto un risarcimento in quanto gravemente danneggiati nella salute o operatori economici a rischio di espulsione dal mercato.

Costituzionalmente tollerabile *ab origine*, la misura è divenuta sproporzionata e irragionevole per effetto di una proroga di lungo corso e non bilanciata da una più specifica ponderazione degli interessi in gioco, che ha leso il diritto di tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. nonché, al contempo, la parità delle parti e la ragionevole durata del processo esecutivo.

Il protratto sacrificio imposto ai creditori sul piano della tutela giurisdizionale avrebbe potuto essere ricondotto a conformità con i parametri costituzionali ove fosse stata approntata una tutela alternativa di contenuto sostanziale.

La Corte dichiara quindi l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., con assorbimento della questione di cui all'art. 3 Cost.

2. Il diritto europeo non osta a una disposizione nazionale che non consente di contestare la conformità all'UE della decisione di un organo supremo della giustizia amministrativa

Con sentenza del 21 dicembre 2021 nella causa C-497/20, Randstad Italia, su rinvio del nostro Consiglio di Stato, la Corte di giustizia ha escluso che, per assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, quest'ultimo imponga all'ordinamento nazionale di prevedere l'impugnazione, dinanzi alla Corte di cassazione, dei provvedimenti emessi dall'organo di vertice della giurisdizione amministrativa (Consiglio di Stato). Al contempo, non ha escluso che una tale possibilità di impugnazione sia comunque consentita.

Da molti anni ormai il tema dell'assoggettabilità a ricorso per Cassazione delle decisioni del giudice amministrativo (e contabile) di ultima istanza costituisce il terreno di una sorta di "guerra delle corti", combattuta sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione, che quel ricorso ammette "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

Vi è stato, infatti, un tentativo della Corte di cassazione di ampliare la sfera del proprio sindacato di legittimità nei confronti dei provvedimenti di ultima istanza del giudice amministrativo, ricomprendendovi non solo le vertenze in cui si tratti di individuare i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale o il giudice al quale di volta in volta tale potere compete ma anche, almeno in certe situazioni, la verifica delle forme in cui la tutela giurisdizionale concretamente si esplica.

Con l'ordinanza interlocutoria n. 19598/2020, nel caso Randstad Italia, decisa dalle SS. UU. civili della Corte di Cassazione il 7 luglio 2020 e depositata il 18 settembre successivo, la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata interrogata, nel quadro di un contenzioso in materia di appalti pubblici, quanto alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea di norme (costituzionali e ordinarie), come interpretate da parte delle giurisdizioni italiane.

L'attesa sentenza, pubblicata il 21 dicembre 2021, ha esaminato il rinvio pregiudiziale proposto dalle Sezioni Unite della Cassazione civile con l'ormai nota ordinanza n. 19598/2020, con la quale si chiedeva, tra l'altro, di valutare la compatibilità con il principio di effettività di matrice UE del sistema giurisdizionale interno - assestandosi sui principi resi dalla sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale - che esclude il riesame da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, sotto il paradigma dell'art. 111, c. 8, Cost., delle sentenze del giudice speciale che diano luogo a una violazione del diritto UE capace di vulnerare l'uniforme applicazione del diritto euro-nazionale e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Per dare un quadro di contesto, pare utile ricordare come, negli ultimi quindici anni, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione è andata delineando un concetto ampio di giurisdizione, ai fini del sindacato a essa riservato sulle decisioni dei giudici speciali di

ultima istanza dall'art. 111, c. 8, Cost., al cui interno inquadrare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano “i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale”, ma anche quelle che stabiliscono “le forme di tutela” attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, nei casi nei quali la violazione delle stesse comporti un diniego di giustizia.

A tanto sono giunte, le Sezioni Unite, ricorrendo a una nozione di giurisdizione “dinamica” (o “evolutiva”), secondo cui risulterebbe sindacabile anche la violazione di legge (sostanziale e/o processuale) in relazione alla giurisdizione, qualora sia conseguenza di un'interpretazione “abnorme o anomala”.

A giustificazione di tale indirizzo sulla portata di senso del concetto di giurisdizione sono stati via via evocati la primazia del diritto comunitario, il giusto processo, il principio di effettività della tutela, il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva.

A tali conclusioni avevano dato un decisivo impulso alcune decisioni delle stesse Sezioni Unite, con cui, tra l'altro, esse erano giunte a riconoscere il proprio sindacato in punto di giurisdizione nei confronti di una pronuncia del Consiglio di Stato distonica rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di aggiudicazione di appalti, resa però in epoca successiva alla decisione del giudice amministrativo (di seguito anche: g.a.).

L'ampliamento del controllo sull'operato del g.a. era stato, in tale ultima occasione, ritenuto doveroso, in relazione alla peculiarità del caso concreto, nel quale l'intervento interpretativo della Corte di giustizia era giunto in epoca successiva alla decisione del Consiglio di Stato a esso non conforme, oltre che al fine di delineare gli ambiti giurisdizionali del g.a. nel senso voluto dalla normativa europea, anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Da qui la posizione espressa dalla Cassazione che, non ritenendo di potere ‘disapplicare’ il giudicato interno, si rivolse alla Corte costituzionale, ipotizzando un contrasto fra la norma interna - art.69, c.7, d. lgs. n.165/2001- sulla quale si era fondato il giudicato amministrativo nazionale e i parametri convenzionali che la Corte EDU aveva riconosciuto violati con le sentenze rese nei casi *Stabbiano c. Italia* e *Mottola c. Italia* del 4.2.2014. Fu proprio nel “rispondere” a tale questione di costituzionalità che la Corte, con la sentenza n. 6/2018, determinò una forte battuta di arresto all'idea di giurisdizione dinamica, di fatto comprimendo in modo significativo la portata del sindacato previsto dall'art. 117, c. 8, Cost.

In tal modo, la Corte costituzionale si è attenuta a una lettura il più restrittiva possibile dell'ottavo comma dell'art. 111, riconducendo il sindacato delle Sezioni unite sulle decisioni del giudice amministrativo entro i limiti del mero riparto di giurisdizione o dello sconfinamento della giurisdizione in territori ad essa estranei senza ammettere eccezioni o aperture di sorta.

Questo è dunque, per sommi capi, prima dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale delle Sezioni Unite n.19598/2020, il quadro dei principi espressi dalle Sezioni Unite della Cassazione in

tema di eccesso di potere giurisdizionale, con particolare riferimento alle violazioni di diritto UE a carico del giudice speciale.

Così facendo, tuttavia, si è spezzato il filo del dialogo tra le corti nazionali e l'ordinanza poc'anzi citata è parsa quasi un tentativo di invocare la CGUE per risolvere una contesa domestica: in sostanza, infatti, si richiede ai giudici di Lussemburgo la corretta interpretazione non tanto di una qualche norma di diritto europeo quanto piuttosto di una disposizione della Costituzione italiana, sulla quale la Corte costituzionale si era già pronunciata.

Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE ha ritenuto conforme al diritto europeo la normativa interna nella parte in cui produce l'effetto che i singoli, ad esempio gli offerenti che hanno partecipato all'aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro (Consiglio di Stato) dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro (Corte di Cassazione).

Il Collegio, dopo aver analizzato l'oggetto della controversia e i fatti rilevanti, ha fatto una serie di osservazioni.

La prima questione proposta riguarda la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione e in particolare è diretta a chiarire se tale tutela sia pregiudicata qualora l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non sia competente ad annullare una sentenza pronunciata in violazione del diritto dell'Unione dal supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro.

La prima questione deve pertanto essere diretta a stabilire se l'art. 4, par. 3, e l'art. 19, par. 1, TUE, nonché l'art. 1, par. 1 e 3, della direttiva 89/665, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso innanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro.

Le norme di diritto interno, anche di rango costituzionale, non possono pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione e gli effetti di tale principio si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali possano opporvisi.

Di conseguenza, in caso di accertata violazione di una disposizione unionale che pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato chiaro e preciso, i giudici nazionali devono disapplicare, se necessario, le disposizioni di diritto interno che comportano tale violazione, quand'anche tali disposizioni abbiano natura costituzionale, ovvero qualora l'incompatibilità tragga origine da un'interpretazione accolta da un giudice dello Stato membro interessato.

Nel caso di specie, occorre verificare se una limitazione della possibilità di ricorrere in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale, sia in contrasto con i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva imposti dal diritto dell'Unione e quindi con l'unità e l'efficacia di tale diritto.

L'art. 10, par. 1, secondo comma, TUE obbliga gli Stati membri a stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, il rispetto del loro diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Quest'ultimo rappresenta un principio generale del diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Spetta, tuttavia, all'ordinamento interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali, a condizione che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno - principio di equivalenza - e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione - principio di effettività. Il diritto dell'Unione non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza.

L'art. 111, ottavo comma, Cost., per come interpretato dalla Corte costituzionale, non viola il principio di equivalenza, in quanto la disposizione si applica, con le medesime modalità, sia per i ricorsi basati su disposizioni di diritto nazionale che su disposizioni di diritto dell'Unione. Con riferimento al principio di effettività, il diritto dell'Unione non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già previsti dal diritto interno, a meno che, tuttavia, dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione.

È perfettamente ammissibile, quindi, che lo Stato membro interessato “conferisca al supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire, di conseguenza, che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello stesso Stato”.

Ne consegue che, a condizione che sia accertata l'esistenza di un rimedio giurisdizionale come quello descritto, una norma di diritto interno quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, nell'interpretazione che dello stesso ha dato la sentenza n. 6/2018, non pregiudica neppure il principio di effettività e non rivela alcun elemento da cui risulti la violazione del diritto dell'Unione. D'altra parte, l'art. 4, par. 3, TUE, non può essere interpretato nel senso che esso obbliga gli Stati membri a istituire nuovi rimedi giurisdizionali.

La ricevibilità dei ricorsi di cui all'art. 1 della direttiva 89/665 non può essere subordinata alla condizione che il ricorrente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice, in caso di accoglimento del ricorso, sarà indotta a ripetere la procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. L'esistenza di una tale possibilità deve essere considerata sufficiente.

A tal proposito ne consegue che in un caso come quello in esame in cui la ricorrente, in qualità di offerente escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, ha proposto dinanzi al giudice amministrativo un ricorso di primo grado fondato su motivi intesi a dimostrare l'irregolarità di tale procedura, detto ricorso deve essere esaminato nel merito. Per quanto riguarda gli offerenti esclusi dalla procedura, questi non sono più considerati interessati e non devono ricevere comunicazione della decisione di aggiudicazione se la loro esclusione è divenuta definitiva. Al contrario, qualora tali offerenti non siano ancora stati definitivamente esclusi, la decisione di aggiudicazione deve essere loro comunicata.

L'esclusione di un offerente è definitiva se gli è stata comunicata ed è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può essere oggetto di una procedura di ricorso.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato, ritenendo irricevibili i motivi diretti a contestare la decisione di aggiudicazione, sulla base del fatto che la ricorrente era stata esclusa dalla procedura, ha violato le direttive UE nella parte in cui prevedono che solo l'esclusione definitiva può avere l'effetto di privare un offerente della sua legittimazione ad agire contro la decisione di aggiudicazione.

In particolare, sia nel momento in cui la ricorrente aveva proposto ricorso dinanzi al TAR competente, sia nel momento in cui questo ha deciso, la decisione della commissione di gara di escluderla dalla procedura non era ancora stata ritenuta legittima da quest'ultimo giudice o da qualsiasi altro organo di ricorso indipendente. Pertanto, la riforma della sentenza del TAR da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato irricevibile la parte del ricorso con cui era contestata l'aggiudicazione del contratto a un terzo, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 1, par. 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 2-bis, par. 2, di quest'ultima e, di conseguenza, la sentenza non è neanche conforme all'art. 47, primo comma, della Carta.

Tuttavia, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui, fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio, il diritto processuale nazionale consente, di per sé, agli interessati di proporre un ricorso dinanzi ad un giudice indipendente e imparziale e di far valere in modo effettivo dinanzi a esso una violazione del diritto dell'Unione, nonché delle disposizioni nazionali che recepiscono quest'ultimo nell'ordinamento interno, ma in cui il supremo organo della giustizia amministrativa dello Stato membro interessato subordina indebitamente la ricevibilità di tale ricorso a condizioni che hanno l'effetto di privare tali interessati del loro diritto a un ricorso effettivo, il diritto dell'Unione non impone a tale Stato membro di prevedere, per rimediare alla violazione di tale diritto a un ricorso effettivo, la possibilità di impugnare, dinanzi all'organo giurisdizionale supremo, tali decisioni di

irricevibilità adottate dal supremo giudice amministrativo, qualora il diritto nazionale di detto Stato non preveda un siffatto mezzo di impugnazione.

In una situazione del genere, il rimedio contro la violazione del diritto europeo derivante dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro.

I singoli eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado possono inoltre far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso.

In conclusione, la Corte di Giustizia non ha accettato di svolgere il ruolo arbitrale che le veniva richiesto e il suo verdetto sembra chiudere la questione in ambito europeo. Se, da un lato, l'iniziativa della Corte di cassazione si è dimostrata per certi aspetti velleitaria, dall'altro lato i giudici europei non hanno mancato di rilevare che la decisione del Consiglio di Stato impugnata dinanzi alla Corte di cassazione si poneva in contrasto con il diritto dell'Unione europea, non per questo imponendo di assoggettarla al sindacato della Corte di cassazione, ma col risultato di esporre lo Stato italiano al rischio di doverne rispondere.

3. La Plenaria interviene sulla giurisdizione del g.a. in caso di risarcimento da annullamento provvedimento e sui limiti della tutela risarcitoria

Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 20/2021) sussiste la giurisdizione amministrativa sulla domanda risarcitoria proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione, sia in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva di merito. La Plenaria interviene poi sul tema della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale, evidenziando che la relativa tutela è esclusa in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento.

L'Adunanza plenaria ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1. sussiste la giurisdizione amministrativa sulla domanda risarcitoria proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione tanto in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nella specie si verteva in materia di urbanistica e edilizia ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f) del codice del processo amministrativo);
2. la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento.

Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha formulato i principi di diritto di cui in massima relativi alla estensione della giurisdizione del giudice amministrativo in caso di domanda di risarcimento dei danni da annullamento di provvedimento favorevole, nonché in ordine alle condizioni e ai limiti entro i quali può riconoscersi tutela risarcitoria in caso di lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un provvedimento favorevole della stessa amministrazione.

Il Collegio ha osservato che nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione, sia in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo:

1. la giurisdizione amministrativa ha fondamento costituzionale nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi: al giudice ordinario è devoluta la giurisdizione sui diritti

soggettivi e al giudice amministrativo sugli interessi legittimi salve le materie di giurisdizione esclusiva;

2. la Corte costituzionale (ha al riguardo affermato che la Costituzione “ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l’art. 2 della legge del 1865; così come di questa legge ha, con quello che sarebbe diventato l’art. 113 Cost., recepito il principio – “e fu per questo ritenuta una conquista liberale di grande importanza” – “per il quale, quando un diritto civile o politico viene leso da un atto della pubblica amministrazione, questo diritto si può far valere di fronte all’Autorità giudiziaria ordinaria, in modo che la pubblica amministrazione davanti ai giudici ordinari viene a trovarsi, in questi casi, come un qualsiasi litigante privato soggetto alla giurisdizione ... principio fondamentale che è stato completato poi con l’istituzione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato dell’unicità della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione”;
3. la stessa Corte ha precisato che la giurisdizione non è devoluta al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, dal momento che il risarcimento non è oggetto di un diritto soggettivo, ma è uno dei rimedi a tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciuto al singolo. Il giudizio amministrativo assicura la tutela di ogni diritto in coerenza con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost. e consente di concentrare davanti a un unico giudice l’intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica;
4. l’art. 7 c.p.a. è espressione a livello normativo primario del descritto assetto e devolve al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

Dunque, nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l’affidamento:

- a) il quale non è una posizione giuridica autonoma distinta dalle due, ma può riferirsi alternativamente ad esse;
- b) è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all’esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull’esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata;
- c) del quale costituiscono espressione le seguenti disposizioni: la regola possesso vale titolo di cui all’art. 1153 c.c.; l’acquisto dell’erede apparente di cui all’art. 534 c.c.; il pagamento al creditore apparente di cui all’art. 1189 c.c.; l’acquisto dei diritti dal titolare apparente ai sensi degli artt. 1415 e 1416 c.c. in tema di simulazione;

- d) oggi l'istituto ha assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche di quelli di diritto amministrativo. Nella giurisprudenza amministrativa si osserva che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività.

La giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, specie quanto questo afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva:

- “La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la “fiducia” su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un “mero comportamento” - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”;
- la giurisdizione è del giudice amministrativo perché anche quando il comportamento non si è manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile all'amministrazione che agisce in veste di autorità e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo – interesse legittimo, il cui giudice naturale è, per Costituzione, il giudice amministrativo;
- tale conclusione vale sia “che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa”;
- non sembra quindi condivisibile interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa, in quanto “Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo)”;
- non può quindi essere seguita l'impostazione secondo cui quando il potere amministrativo non si è manifestato in un provvedimento tipico, ma è rimasto a livello di

comportamento la giurisdizione sarebbe devoluta al giudice ordinario, che è invece ipotizzabile solo per comportamenti “meri”, non riconducibili al pubblico potere;

- una conferma normativa di tali argomentazioni si può ricavare dall’art. 1, comma 2-bis, della l. 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi del quale i “rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede” (comma aggiunto dall’art. 12, comma 1, lettera 0a), legge 11 settembre 2020, n. 120; di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76);
- non è quindi possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri in esame al diritto comune, dal momento che gli stessi sono invece comuni al diritto civile e al diritto amministrativo, ossia ai rapporti paritetici di diritto soggettivo così come a quelli originati dall’esistenza e dall’esercizio in concreto del pubblico potere. La mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell’amministrazione in violazione dei principi di affidamento può determinare una lesione della situazione giuridica soggettiva del privato che afferisce pur sempre all’esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell’esercizio di quel potere e la cui natura resta qualificata dall’inerenza al pubblico potere. “Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad «interessi legittimi (...) concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo» ai sensi dell’art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo. Come infatti testualmente previsto dalla disposizione in parola, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo non solo nel caso in cui il potere sia stato esercitato, ma anche nel caso contrario di mancato esercizio. Non è conseguentemente possibile scindere sul piano del riparto giurisdizionale le due ipotesi, che peraltro possono in astratto dare luogo a profili diversi di addebito sul piano diacronico (per il fatto, ad esempio, di avere esercitato il potere tardivamente e di averlo poi esercitato illegittimamente), la cui cognizione va concentrata presso un unico giudice, ovvero quello amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa”;
- tali principi trovano conferma nei precedenti della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità precontrattuale proposta dall’aggiudicataria di una procedura di affidamento nei confronti dell’amministrazione per revoca legittima della gara. In tali precedenti si è chiarito che le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l’altro fonte di responsabilità per l’amministrazione. “Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l’accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l’amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi, anche per violazione degli connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento”;
- nell’autonomia dei due ordini di regole operanti con riguardo all’esercizio della funzione pubblica – validità degli atti e comportamento complessivo dell’amministrazione – si colloca l’affidamento del privato, il quale si proietta sulla positiva conclusione del

procedimento e, dunque, sull'attuazione dell'interesse legittimo di cui il medesimo privato è portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l'amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento, a prescindere dal fatto che il bene della vita fosse dovuto e anche se si accertasse in positivo che non era dovuto;

- è devoluta quindi alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole;
- il possibile contrasto del principio di diritto con l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Con riferimento ai limiti entro i quali è ravvisabile un affidamento incolpevole del privato sulla legittimità del provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale, il Consiglio di Stato afferma che:

1. l'affidamento tutelabile deve essere ragionevole e, quindi, incolpevole;
2. esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento o con il suo comportamento correlato al pubblico potere e in cui il privato abbia senza colpa confidato. "La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse";
3. in tale prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione – da intendersi come la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile – rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento; "per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell'amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l'illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole";
4. la tutela dell'affidamento si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere, ma anche la posizione del privato, con la conseguenza che tale tutela postula che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità ottenuta sia sorretta da circostanze che obiettivamente la giustificano;
5. un affidamento incolpevole non è predicabile innanzitutto nel caso estremo in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento o, ancora, nelle ipotesi in cui l'illegittimità del provvedimento era evidente e avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario, in conformità a una regola di carattere generale, espressamente richiamata in ambito civilistico dall'art. 1147, comma 2, c.c., secondo cui la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave;

6. l'atteggiamento psicologico del privato, pertanto, può essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in tali ipotesi e non ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto. In sostanza non ogni apporto del privato all'emanazione dell'atto può condurre a configurare, automaticamente, una colpa in grado di escludere un affidamento tutelabile sulla sua legittimità; si giungerebbe altrimenti a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che i provvedimenti amministrativi favorevoli, ampliativi della sfera giuridica del destinatario, sono sempre emessi a iniziativa di quest'ultimo;
7. il privato, sebbene possa attivare il procedimento amministrativo e fornire ogni apporto utile alla sua conclusione in senso per sé favorevole, persegue il proprio esclusivo interesse di realizzare il proprio utile; è, invece, sempre l'amministrazione che rimane titolare della cura dell'interesse pubblico e che è dunque tenuta a darvi piena attuazione, se del caso sacrificando l'interesse privato;
8. "con riguardo a gradi della colpa inferiore a quello «grave», non possono nemmeno essere trascurati i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce, per un verso, ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da lui avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso, porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio";
9. non ha carattere esimente il fatto che l'amministrazione abbia tutelato la posizione del beneficiario dell'atto nei confronti delle iniziative del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento. Ciò che ha rilievo per configurare un affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto favorevole, la cui frustrazione può essere fonte di responsabilità per l'amministrazione nei confronti del destinatario, è la riconducibilità dell'illegittimità a quest'ultimo;
10. allo stesso modo non può ritenersi che dal principio di non contraddizione possa pervenirsi alla conseguenza per cui non vi potrebbe essere un affidamento tutelabile del destinatario dell'atto, nella sua qualità di controinteressato soccombente. "L'assunto sovrappone i piani, che invece in precedenza si è precisato essere distinti, della legittimità dell'atto e delle regole di validità ad esso relative, da un lato, e dall'altro lato della correttezza e buona fede del comportamento nell'esercizio del potere pubblico, con le connesse responsabilità dell'amministrazione. Per converso, va escluso l'opposto

estremismo per cui ogni atto illegittimo e annullato in sede giurisdizionale è per l'amministrazione fonte di responsabilità nei confronti sia del soggetto originariamente beneficiario, sia del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento, con la conseguenza che l'amministrazione si troverebbe in tal caso sempre e comunque esposta alle azioni di entrambi i soggetti coinvolti nell'esercizio del potere pubblico”;

11. non costituisce elemento costitutivo dell'affidamento il fattore temporale, che in astratto è configurabile già al momento in cui è presentata l'istanza per il rilascio del provvedimento favorevole. Il tempo trascorso può costituire fattore che fonda l'interesse oppositivo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e che con le modifiche apportate all'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, da originaria regola di comportamento dell'amministrazione, espressa con carattere generale dal principio di ragionevolezza del tempo in cui viene esercitato il potere di autotutela, è stato incorporato nell'ambito delle regole di validità dell'atto, attraverso la previsione di un termine massimo.

Nel caso di specie, la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento sulla legittimità del provvedimento è stata proposta non dal destinatario di quest'ultimo, ma dalla sua avente causa, la quale non ha partecipato al procedimento di adozione della variante urbanistica che ha reso edificabile l'area poi da essa acquistata e quindi, al momento dell'acquisto del terreno, poteva confidare sulla destinazione impressa da tale variante, salvo che in punto di fatto non risulti accertato che la stessa potesse essere a conoscenza dei profili di illegittimità della variante che hanno portato poi al suo annullamento. Sembrerebbero dunque profilarsi tutti gli elementi idonei a ritenere che, attraverso l'esercizio della potestà di pianificazione urbanistica da parte del Comune, possa essersi ingenerata nella ricorrente la ragionevole convinzione sulla destinazione edificatoria dell'area e che perciò fosse equo il prezzo di acquisto come area edificabile anziché come terreno agricolo. Della differenza tra i due valori l'amministrazione comunale può dunque essere ritenuta responsabile, al pari del venditore, secondo gli ordinari strumenti di tutela civilistica.

L'eventuale responsabilità dell'amministrazione non può essere esclusa dalla eventualmente concorrente responsabilità del venditore, in quanto diversi sono i titoli di responsabilità:

- la responsabilità dell'amministrazione si fonda sull'apparenza ingenerata al di fuori di ogni rapporto con l'acquirente, e dunque sul piano extracontrattuale;
- la responsabilità del venditore per il difettoso risultato traslativo si fonda su un titolo contrattuale;
- la possibilità di ravvisare un concorso di diversi soggetti nel medesimo fatto illecito per diversi titoli di responsabilità è affermata da consolidata giurisprudenza di legittimità;
- il concorso di cause è a sua volta fonte di responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c., fermo il diritto di regresso di ciascun condebitore solidale nei confronti dell'altro.



Nel restituire gli atti alla sezione rimettente ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., il collegio osserva che, con riferimento alla posta risarcitoria relativa all'inutile attività edificatoria intrapresa dalla ricorrente e dagli oneri da questa sostenuti per la demolizione, costituisce profilo rilevante verificare quando la stessa abbia avuto conoscenza del contenzioso che ha poi portato all'annullamento della variante urbanistica e in via derivata dei titoli ad edificare rilasciati sulla base di quest'ultima.

4. Interdittiva antimafia emessa nei confronti della persona fisica che non riveste la qualità di titolare di impresa o di società

Con la sentenza n. 3 del 2022, il TAR Reggio Calabria ha affermato che è illegittima l'informazione interdittiva applicata a una persona fisica non imprenditore, non rinvenendosi nel Codice antimafia, il riferimento all'adozione di informazioni interdittive antimafia nei confronti della persona fisica slegata da qualsivoglia attività imprenditoriale.

Fatto e diritto

Una persona fisica ha impugnato l'interdittiva antimafia adottata nei suoi confronti dal Prefetto di Reggio Calabria ai sensi degli artt. 89 bis e 91 comma 5 del D.lgs n. 159/2011 (d'ora in avanti, c.a.m.) e la presupposta richiesta di comunicazione antimafia inoltrata dalla Camera di Commercio di Catanzaro ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali di una società che lo aveva indicato come responsabile tecnico.

A sostegno dell'illegittimità della misura interdittiva il ricorrente deduce:

1. la violazione degli artt. 83, 85, 91 c.a.m, in quanto l'informazione interdittiva sarebbe stata ingiustamente applicata ad una persona fisica non imprenditore, mentre la richiesta della Camera di Commercio di Catanzaro sarebbe stata attivata fuori dalle ipotesi previste dall'art. 85 c.a.m;
2. l'eccesso di potere per travisamento dei fatti della valutazione prefettizia, non sussistendo validi elementi indiziari - all'infuori dei rapporti di parentela con gli stretti familiari - da far ragionevolmente supporre il pericolo di condizionamento mafioso in una qualche attività di impresa, singola ed associata, nel caso di specie del tutto inesistente.

Il punto risolutivo della controversia verte unicamente sulla questione se la persona fisica che non riveste la qualità di titolare di impresa o di società, possa essere destinatario di una informativa antimafia di tipo interdittivo.

Il TAR ritiene che, dovendosi dare risposta negativa al suddetto interrogativo, il ricorso sia fondato e meriti di essere accolto.

Infatti, il sistema della documentazione antimafia, previsto dal D.lgs. n. 159/11 (c.d. Codice antimafia), si basa sulla distinzione tra le fondamentali misure di prevenzione amministrative: le comunicazioni antimafia (artt. 87-89) - richieste per l'esercizio di qualsivoglia attività dei privati soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA) e c.d. silenzio assenso - e le informazioni antimafia (artt. 90-95), operanti nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni (es. contratti pubblici, concessioni e finanziamenti).

In particolare, la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione, a carico di determinati soggetti individuati dall'art. 85 del D.lgs. n. 159/11, della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 (art. 84, comma 2), mentre l'informazione antimafia consiste *“nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4”*, (art. 84, comma 3).

Ai sensi dell'art. 10 comma 4 del D.M. n. 120/2014, le imprese e gli enti che fanno richiesta di iscrizione all'Albo devono nominare, a pena di improcedibilità della domanda, almeno un responsabile tecnico in possesso dei requisiti professionali stabiliti dal Comitato nazionale e di alcuni requisiti. In particolare, che non devono sussistere, nei confronti del titolare dell'impresa (nel caso di impresa individuale) o del legale rappresentante, *“le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*;

Il citato art. 67 prevede che l'applicazione di una misura di prevenzione impedisce di ottenere *“iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati”* e che il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto da tali autorizzazioni.

La richiesta di comunicazione antimafia, sollecitata dalla Camera di Commercio di Catanzaro, era dovuta, in quanto rivolta a verificare la sussistenza del requisito di moralità professionale del ricorrente, coinvolto nella sua qualità di responsabile tecnico della società richiedente l'iscrizione all'albo dei Gestori Ambientali che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 83 e 67 cod. antimafia, presuppone l'esibizione della documentazione antimafia.

Le informative interdittive sono applicabili, infatti, anche ai provvedimenti di tipo abilitativo-autorizzativo, nei quali rientra l'iscrizione all'albo Nazionale Gestori Ambientali, la quale abilita l'operatore economico allo svolgimento delle attività individuate nel D.M. n. 120 del 2014.

Purtuttavia, l'accertamento antimafia sulla persona fisica (direttore tecnico, dipendente, socio ed amministratore) è pur sempre funzionale ad una valutazione di permeabilità criminosa dell'impresa individuale o societaria cui la medesima è collegata e che abbia chiesto una licenza, una concessione, un'autorizzazione o di contrattare con la P.A. ovvero, come nel caso concreto, l'iscrizione ad un Albo.

Depongono in tal senso elementi di carattere testuale e logico-sistematico:

1. la definizione di informativa antimafia interdittiva, emergente dal tenore letterale del menzionato art. 84 c.a.m. che, rispetto alla comunicazione, *“presenta un quid pluris individuabile nella valutazione discrezionale da parte del Prefetto del rischio di permeabilità mafiosa capace di condizionare le scelte e gli indirizzi*

dell'impresa...interdicendole l'inizio o la prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione”;

2. l'elenco tipizzato dei soggetti sottoposti a verifica antimafia indicato nell'art. 85 c.a.m a seconda che i destinatari dell'interdittiva siano un'impresa individuale (comma 1) ovvero associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese (comma 2).

La sottoposizione a verifica antimafia di una persona fisica, quindi, deve essere necessariamente funzionale a significare eventuali condizionamenti criminosi nei confronti di un'impresa individuale o societaria organizzati dalla mafia, onde prevenire il rischio di inquinamento dell'economia legale; ed infatti, per la ditta individuale si richiede la sottoposizione a verifica del titolare o del direttore tecnico o dei familiari conviventi; per le società, associazioni, consorzi, la platea di soggetti sottoposti a verifica è estesa ad altre categorie di persone, quali i soci, i legali rappresentanti, i membri dei collegi sindacali, oltre a tutti i familiari conviventi (si veda l'art. 91 c.a.m. secondo cui che *“il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa, ampliando le categorie dei soggetti sottoposti a verifica a coloro che non fanno parte dell'impresa”*).

Come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'informazione interdittiva antimafia è un provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.; costituisce una misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione. Tale provvedimento, infatti, mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica amministrazione e si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

L'interdittiva esclude, dunque, che un imprenditore, persona fisica o giuridica, pur dotato di adeguati mezzi economici e di una altrettanto adeguata organizzazione, meriti la fiducia delle istituzioni (sia cioè da queste da considerarsi come “affidabile”) e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con le predette amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge.

Ciò sta a significare che le informazioni antimafia interdittive, attestanti la sussistenza di possibili tentativi di infiltrazione mafiosa, riguardano specificamente soggetti che sono ascrivibili alla categoria degli “operatori economici”, comprensiva delle persone giuridiche (società, imprese, associazioni) ovvero a quella delle ditte individuali, laddove la ditta coincide con la persona fisica.

Non si rinviene, invece, nella normativa, il riferimento all'adozione di informazioni interdittive antimafia nei confronti della persona fisica slegata da qualsivoglia attività imprenditoriale.

La *ratio* va ricercata nella funzione assoluta dall'accertamento antimafia sulla persona fisica che è quella di misurare il grado di probabile inquinamento mafioso dell'impresa in cui essa risulta inserita o collegata al punto da impedire a quest'ultima di avere rapporti con la P.A. o di ottenere "*iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati*".

Ipotizzare l'interdicibilità di una persona fisica non imprenditore significherebbe forzare inammissibilmente la tenuta costituzionale del sistema antimafia, fuoriuscendo dai limiti "strutturali" dell'istituto dell'informazione interdittiva che da misura amministrativa di tipo cautelare e preventivo finirebbe per tramutarsi in una sorta di anticipazione di pena accessoria tipica dell'ordinamento penale, in violazione di ogni principio di legalità formale e sostanziale e di "prevedibilità" della sanzione;

Si rivela pertanto non costituzionalmente né convenzionalmente orientata la tesi esegetica della difesa che, predicando l'assenza di limiti oggettivi e soggettivi nell'art. 89 bis c.a.m, estende, nell'ambito dei provvedimenti *lato sensu* autorizzatori, la portata espansiva e lesiva dell'informativa antimafia anche alla semplice persona fisica.

Anche la giurisprudenza del Tribunale di Prevenzione sembra escludere che la persona fisica possa essere direttamente colpita, all'infuori della sua qualità di imprenditore o di operatore economico, da un'informazione interdittiva, avendo osservato che "*il sistema normativo non consente l'avvio della procedura sul controllo giudiziario sulla persona fisica, per come emerge dall'art. 34 bis D.lgs n. 159/2011 (il quale, pur adoperando la terminologia più ampia possibile, includendo diverse categorie di operatori economici quali "attività economiche, "aziende", e "imprese" fa comunque riferimento ad un ente imprenditoriale, distinto dalla persona fisica*".

Nel caso di specie, non v'è ragione di giustificare, all'infuori dell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 c.a.m, l'adozione di un provvedimento come quello impugnato, così gravemente pregiudizievole della sfera giuridica del singolo, sia a livello economico (si pensi all'impossibilità di reperire un posto di lavoro o di presentare una semplice SCIA) che a livello personale e sociale, con conseguente distorsione della finalità dell'informazione interdittiva orientata alla tutela dell'ordine pubblico economico e della libera concorrenza del mercato e non a "punire" la vita privata del singolo;

Il ricorso è pertanto fondato nella parte in cui solleva la questione della soggettività passiva del destinatario di un'informazione interdittiva che sia una persona fisica ancorché non imprenditore e che quindi meriti di essere accolto.

5. Obbligo di vaccinazione degli infermieri

Il TAR Catanzaro, con ordinanza n. 7 del 2022, ha affermato che non deve essere sospesa la delibera del Consiglio dell'Ordine delle Professioni Infermieristiche, che ha sospeso dall'Albo un infermiere sottrattosi all'obbligo vaccinale senza addurre una motivazione ostativa, bensì la mancanza di un atto formale di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte della competente Azienda Sanitaria e l'impossibilità, da parte dell'Ordine, di surrogarsi a tale Azienda nel compito di accertare un fatto (la mancata sottoposizione a vaccinazione) le cui conseguenze sono determinate dal legislatore.

Diritto

Il TAR ritiene che sia fuori discussione l'inosservanza, da parte del ricorrente, dell'obbligo, sancito dall'art. 4 d.l. 1° aprile 2021, n. 44, di sottoporsi alla vaccinazione anti Covid-19, obbligo della cui conformità a Costituzione il Tribunale (così come la più autorevole giurisprudenza sin qui pronunciata: Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045) non dubita, essendo coerente con i migliori approdi conoscitivi cui è pervenuta la comunità scientifica e costituendo espressione del principio di solidarietà sociale.

Inoltre, il ricorrente non ha dedotto la sussistenza di elementi ostativi alla sottoposizione, da parte sua, alla vaccinazione obbligatoria.

Il ricorso si incentra solo sulla mancanza di un atto formale di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale da parte della competente Azienda Sanitaria Provinciale e sull'impossibilità, da parte dell'Ordine professionale, di surrogarsi a detta azienda nel compito di accertare un fatto (la mancata sottoposizione a vaccinazione) le cui conseguenze sono vincolativamente determinate dal legislatore.

Il TAR ritiene, alla stregua di tali rilievi, che la domanda cautelare non possa trovare accoglimento; non sussiste, infatti, per il ricorrente il pericolo di un danno grave e irreparabile: egli, infatti, potrà agevolmente rimuovere gli effetti negativi dell'atto impugnato sottoponendosi alla vaccinazione anti Covid-19, così adempiendo a un preciso obbligo derivante dalla legge e, ancor prima, dal giuramento professionale. Osserva, d'altra parte, che nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, quello del ricorrente all'esercizio dell'attività sanitaria e alla correlativa percezione della remunerazione in violazione dell'obbligo vaccinale è destinato a soccombere a fronte delle pressanti esigenze di tutela della salute pubblica e, soprattutto della salute di chi si rivolga al personale sanitario.

Richiama, in proposito, la giurisprudenza secondo cui il diritto soggettivo individuale al lavoro ed alla conseguente retribuzione è sì meritevole di protezione, ma solo fino all'estremo limite in cui la sua tutela non sia suscettibile di arrecare un pregiudizio all'interesse generale (nella specie, la salute pubblica), di fronte al quale è destinato inesorabilmente a soccombere, sicché, ove il singolo intenda consapevolmente tenere

comportamenti potenzialmente dannosi per la collettività, violando una disposizione di legge che quell'interesse miri specificamente a proteggere, deve sopportarne le inevitabili conseguenze.

Per tali ragioni, rigetta l'istanza di tutela cautelare.