amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2019

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

N. 4/2019

Sommario

1. **Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione.**
di Marco Tiberii……..……..pag. 484

2. **Il giudice amministrativo di fronte ai diritti fondamentali tra legalità e giustizia.**
di Ferdinado Pinto…….....pag. 495

3. **Brevi riflessioni sull'istituto della concessione alla luce del diritto comunitario.**
di Francesco Zammartino e Rosa Lucia De Monaco …….pag. 505

4. **El procedimiento aplicable a la revocación del reconocimiento e inscripción de las Federaciones deportivas (I): análisis de legalidad.**
di Javier Rodríguez Ten…..……...pag. 531

5. **Il silenzio assenso "orizzontale" della Soprintendenza nel procedimento "pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica dopo la Legge Madia.**
di Lorenzo Bruno Molinaro……...pag. 555

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il ruolo degli enti no profit nell'attività pubblica di programmazione e co-progettazione.

di Marco Tiberii

(Professore ordinario di Diritto amministrativo)

Sommario

1. L'evoluzione del rapporto pubblico-privato ed il principio di sussidiarietà. – 2. Le forme di collaborazione tra gli enti pubblici ed enti no profit nella disciplina precedente al codice del terzo settore. - 3. I rapporti tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore alla luce del nuovo codice. – 4. La partecipazione alla programmazione. - 5. La co-progettazione. - 6. L'accreditamento. – 7. Conclusioni.

Abstract

This article examines the forms of cooperation between Public Entities and no profit organizations, focusing on the difference among the previous legislation and the latest Code of the Third Sector.
In particular, such study fosuses on the legal tools of programming, co-planning and accreditation.

1. L'evoluzione del rapporto pubblico-privato ed il principio di sussidiarietà.

Il modello tradizionale di una pubblica amministrazione autoritativa, in seguito alla crisi economico-finanziaria di questi ultimi anni, ha lasciato spazio a forme di cooperazione a lungo termine tra pubblico e privato[1] nell'ambito del Partenariato pubblico-privato[2].

Termine quest'ultimo che implica un rapporto tra soggetti che si collocano sullo stesso piano. Il privato, dunque, non è piú mero destinatario di decisioni unilaterali, ma diviene "*partner*" della p.a., espletando un ruolo da protagonista ad es. nelle fasi di realizzazione dell'opera e/o dei servizi pubblici[3].

Il Partenariato comprende numerose forme di cooperazione tra p.a. e imprese private, l'elenco previsto nel codice dei contratti pubblici è soltanto indicativo[4]. Non sembra escluso, dunque, il ricorso a contratti atipici anche alla luce dei principi di autonomia negoziale[5] e di cooperazione, quest'ultimo di origine comunitaria[6].

Le forme della cooperazione tra pubblico e privato rappresentano, come è stato evidenziato, non soltanto strumenti alternativi al raggiungimento dell'interesse

---

[1] Sul partenariato pubblico-privato, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

[2] Si cfr. sul tema in esame si rinvia a M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *Sharing Economy profili giuridici* (a cura di) D. DI SABATO e A. LEPORE, Napoli, 2018 p. 256.

[3] In particolare sulla finanza di progetto nel codice degli appalti si cfr. ancora M. TIBERII, *op. ult. cit.*, p. 253; V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, 2016.

[4] In particolare, il Codice degli appalti (D.lg., 18.4.2016, n. 50) disciplina il contratto di PPP agli artt. 180 e ss. e ne fornisce una definizione nell'art. 3, co. 1, lett. eee), ai sensi del quale s'intende «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o piú stazioni appaltanti conferiscono a uno o piú operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». La dottrina rileva che il codice individua «una tipologia contrattuale aperta, ove rientrano figure contrattuali e societarie stipulabili tra soggetti pubblici e soggetti privati, modalità di affidamento e di finanziamento da parte di privati, nonché progettazione di fattibilità tecnico ed economica e progettazione definitiva delle opere o dei servizi» (cosí L. POLIZZI, *Cosa si intende per Partenariato Pubblico Privato? La situazione dopo il Codice degli appalti*, in *Giurdanella.it*).

[5] Sul concetto di autonomia privata, senza pretesa di esaustività, si rinvia ai fondamentali contributi di: G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1929, 6, p. 815 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 44 ss.; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim.*, 1957, p. 129 ss.; F. GALGANO, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.

[6] R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., non trascura di rilevare che: «i contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato».

pubblico, ma anche espressione del principio di sussidiarietà[7] di recente recepito nella Costituzione (cfr. art. 118 Cost. l. n. 3 del 2001).
Nel caso in esame ciò che rileva non è la sussidiarietà cd. verticale[8], , ma la sussidiarietà "*orizzontale*", la quale riguarda i rapporti tra Stato e società civile ed impone a tutti gli enti pubblici il rispetto dell'autonomia privata, al fine di favorire l'iniziativa dei cittadini, in forma singola o associata, per il perseguimento di obiettivi di interesse generale.
La sussidiarietà orizzontale, pertanto, induce un cambiamento del ruolo della p.a. che, nell'espletamento della sua attività, limita il suo intervento per consentire una più incisiva partecipazione del privato.
Tale diversa prospettiva comporta una novità radicale, nella misura in cui l'amministrazione non deve più necessariamente perseguire direttamente ed autonomamente i propri fini, ma può "*servirsi*" del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione[9].

2. Le forme di collaborazione tra gli enti pubblici ed enti no profit nella disciplina precedente al codice del terzo settore.
Nella normativa si rinvengono in tale direzione numerosi esempi di collaborazione tra gli enti pubblici e gli enti cd. no *profit*. Sin dalla l. n. 266 del 1991, si è previsto, infatti, che gli enti pubblici possano «*stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'art. 6 e che dimostrino attitudine e capacità operative*», all'interno delle quali si devono inserire delle «*disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti della dignità degli utenti*»[10] (così l'art. 7).
Similmente la l. n. 381 del 1991 ha riconosciuto la medesima possibilità in favore delle cooperative sociali, che perseguono lo scopo d'interesse generale della

[7] Si cfr. sul tema del collegamento tra il principio di sussidiarietà ed il partenariato A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 26, dove si osserva che il principio di sussidiarietà «esprime l'esigenza che le attività d'interesse generale e quindi pubbliche (anche se in senso solamente oggettivo) debbano essere preferenzialmente svolte dalle figure della società civile (persone fisiche e giuridiche sia come singoli che come gruppi) e non dai pubblici poteri».

[8] Quest'ultima comporta – nell'àmbito dei rapporti tra i diversi livelli di governo – l'assegnazione delle competenze agli enti piú vicini alla comunità locale, consentendo l'intervento dei livelli di governo superiori soltanto nel caso d'inadeguatezza di quelli inferiori.

[9] In questa direzione M.R. SPASIANO, *Interesse pubblico e interesse privato: verso il declino della grande dicotomia*, in *Riv. dir. amm.*, 1995, p. 45.

[10] La norma citata, inoltre, prevedeva che si dovevano stabilire: «forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. La copertura assicurativa di cui all'art. 4 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell'ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima».

promozione umana e dell'integrazione sociale dei cittadini, «*in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione*» quando sussistano i seguenti presupposti:

a) si tratti della fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici;

b) tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, co. 1[11].

Nella stessa direzione si può citare l'art. 5 della l. n. 328 del 2000, nella parte in cui con riferimento ai servizi sociali ha previsto che gli enti pubblici possano procedere ad affidamento nei confronti degli «*enti del terzo settore*» sia con il ricorso a «*forme di aggiudicazione*», sia «*negoziali*»[12].

Infine, la l. n. 383 del 2000, ha confermato che anche nel settore delle associazioni di promozione sociale, rivolte al perseguimento di utilità sociali senza scopo di lucro, gli enti pubblici possono «*stipulare convenzioni*» *(cfr. art. 30)*[13].

---

[11] In tale ipotesi, la norma precisava che le convenzioni: «sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza» (co. così mod. dall'art. 1, comma 610, legge n. 190 del 2014).

Viceversa per le medesime tipologie di forniture di beni o servizi il cui importo sia pari o superiore alle soglie prescritte dalle direttive comunitarie gli enti pubblici nei bandi di gara e nei capitolati si prevedeva che le amministrazioni: «possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo» (cfr. l'art. 5).

[12] In particolare, l'art. 5, l. n. 328/2000 prevede che: «1. Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea. 2. Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale. 3. Le regioni, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le modalità previste dall'art. 8, comma 2, della presente legge, adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. 4. Le regioni disciplinano altresì, sulla base dei princìpi della presente legge e degli indirizzi assunti con le modalità previste al comma 3, le modalità per valorizzare l'apporto del volontariato nell'erogazione dei servizi».

[13] Così prosegue la disposizione citata: «Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività stabilite dalle convenzioni stesse. Devono inoltre prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese. 3. Le associazioni di promozione sociale che svolgono attività mediante convenzioni devono assicurare i propri aderenti che prestano tale attività contro gli infortuni e le malattie connessi con lo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi. 4. Con decreto del Ministro per la solidarietà sociale, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati meccanismi assicurativi semplificati con polizze anche numeriche o collettive e sono disciplinati i relativi controlli. 5. La copertura assicurativa di cui al

3. I rapporti tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore alla luce del nuovo codice.

In questo contesto si deve dunque collocare anche la disciplina introdotta con il codice del Terzo settore[14], approvato con il d.lgs. n. 117 del 2017 e successivamente aggiornato con il d.lgs. 3 agosto 2018 n. 105, ed in particolare il Titolo VII dedicato al tema dei "*Rapporti con gli enti pubblici*".

Questa parte della normativa in esame[15], infatti, si distingue per aver, ai sensi dell'art. 55, co.1, richiesto agli enti pubblici di assicurare, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione ed organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi, il coinvolgimento degli enti del Terzo Settore: «*attraverso forme di programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona*».

L'utilizzo di tali forme di collaborazione tra le pp.aa. e gli enti del terzo settore è posto in stretto collegamento con l'esigenza di attuare i "*principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia ed efficienza ed economicità*", che come si è anticipato rappresentano le coordinate fondamentali del quadro giuridico attuale.

Il merito di tale disposizione, è stato evidenziato, non risiede nell'individuazione di forme giuridiche nuove, atteso che gli strumenti della coprogrammazione, coprogettazione ed accreditamento risultavano già applicati nell'ambito della disciplina dei servizi sociali.

In tal senso, già l'art. 1, co. 4 della l. n. 328 del 2000, aveva riconosciuto che gli «*gli organismi non lucrativi di utilità sociale*» stipulano «*patti, accordi o intese operanti nel*

---

comma 3 è elemento essenziale della convenzione e gli oneri relativi sono a carico dell'ente con il quale viene stipulata la convenzione medesima. 6. Le prescrizioni di cui al presente articolo si applicano alle convenzioni stipulate o rinnovate successivamente alla data di entrata in vigore della presente».

[14] Per un'analisi generale del Codice si rinvia a M. N. IANNACCONE, *Prime considerazioni sul Codice del terzo settore*, in *Coop. enti non profit*, 10/2017; F. PACINI, *L'impianto del Codice del terzo settore*, in *Non Prof.*, fasc. 3, 2017, pp. 17-28; VISCONTI, *Riforma del Terzo settore: lo stato dell'arte*, in *Coop. enti non profit*, fasc. 11-12, pp. 19-30; M. CEOLIN, *Il c.d. Codice del terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata*?, *Nuove legg. civ. comm.*, fasc. 1, 2018, pag. 1 – 39. Sul tema del Registro Unico Nazionale, quale pilastro del sistema introdotto dal Codice, si cfr. R. RANUCCI, *La pubblicità degli enti del terzo settore: il Registro Unico Nazionale (e parallelismi con il Registro delle imprese)*, in *For. It. (Il)*, fasc. 12, 2018, pp. 394-399.

[15] Per un'analisi del Codice del Terzo settore si rinvia a M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il Codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?, Relazione in occasione del Seminario di Alta Formazione su "La riforma del Terzo Settore, Bologna, 9 febbraio 2019*, su www.spisa.unibo.it; sul tema invece delle agevolazioni in materia di appalti per i servizi sociali si cfr. L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo – "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. App.*, 8-9/2016, p. 1001-1013; Sulla partecipazione di società non lucrative nelle procedure di gara si veda M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2-2018. Sul punto si rinvia altresì a M. PIGNATTI, *La partecipazione delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (onlus) alle procedure di scelta del contraente e le attività delle centrali di committenza*, in *For. Amm. (II)*, fasc. 1, 2015, p. 42; G. MAROCCHI, *Pubbliche amministrazioni e terzo settore tra competizione e collaborazione*, in *Welfare oggi*, 2/2018. In merito alla possibilità di qualificare quali imprese soggetti *non profit* si rinvia a P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti "disomogenei"*, in *Urb. App.*, 3/2011, p. 335.

settore della programmazione, organizzazione e gestione del sistema integrato degli interventi e servizi sociali»[16].

Al riguardo, l'Anac aveva sottolineato che, ai sensi della normativa sopra citata, gli enti locali associati devono adottare i piani di zona dei servizi sociali mediante lo strumento dell'accordo di programma al quale partecipano «*i comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato… che, attraverso forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsti nel piano*».[17]

L'art. 55, co. 1, del d.lgs. n. 117 del 2017, si segnala, dunque, per aver esteso il raggio di applicazione degli istituti in esame oltre il confine ristretto del settore dei servizi sociali, trasformando tali strumenti in una sorta di modello generale, applicabile a tutto il campo del Terzo Settore, che come noto ricomprende gli enti che esercitano in via esclusiva o principale «*una o più attività d'interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*»[18].

Si tratta, dunque, di un ambito molto più esteso di quello circoscritto soltanto ai servizi sociali di cui alla l. n. 328 del 2000 (lett. a dell'art. 5) [19], che include, infatti, anche i seguenti interventi e prestazioni nei settori: sanitari (cfr. lett. b dell'art. 5); socio-sanitari (lett. c dell'art. 5); dell'educazione, istruzione e formazione professionale (lett. d dell'art. 5); della salvaguardia dell'ambiente (lett. e dell'art. 5); della tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio (lett. f dell'art. 5); g) della formazione universitaria e post-universitaria (lett. g dell'art. 5); della ricerca scientifica di particolare interesse sociale (lett. h dell'art. 5); dell'organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche e ricreative di interesse sociale (lett. i del'art. 5); della radiodiffusione sonora (lett. J dell'art. 5); dell'organizzazione e gestione di attività turistiche d'interesse sociale (lett. K dell'art. 5); l) della formazione extra-scolastica per il recupero scolastico (lett. l dell'art. 5); dei

[16] Per completezza l'art. 1, co. 4, l. n. 328 del 2000 specifica che: «Gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato, degli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali».

[17] Così Autorità Nazionale Anticorruzione Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 p. 8 e ss.

[18] Si cfr. in merito L. GILI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, in *Urb. e app.*, n.1/2018, p. 2 e ss.; laddove l'autore sul punto evidenzia che occorre domandarsi cosa il legislatore intenda per enti del terzo settore, concludendo che tutti gli enti tipici o atipici: «per essere ritenuti ETS devono perseguire finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria e di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità di produzione o scambio di beni o servizi». Riguardo all'art. 55 del Codice si rinvia altresì a E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, fasc. 3, 2017, pp. 157-172.

[19] Per quanto concerne, in generale, i servizi sociali alla persona si rinvia a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo,* in *Riv. It. Dir. Pubb. Com*, fasc. 5, 1/2017, p. 1115.

servizi strumentali ad enti del terzo settore (lett. m dell'art. 5); della cooperazione allo sviluppo (lett. n dell'art. 5) ecc[20].

4. La partecipazione alla programmazione.

La disciplina della programmazione appare limitata dalla norma in esame a poche e scarne disposizioni, tuttavia la centralità dell'uso di tale strumento appare evidente ove si consideri che esso consente di assicurare il buon funzionamento dell'azione amministrativa, realizzando l'esigenza di una pianificazione strategica che sappia individuare e soddisfare gradualmente i bisogni d'interesse pubblico prioritari.

Come è stato, infatti, evidenziato[21] la programmazione consente di evitare il continuo ricorso alle procedure di urgenza, le quali spesso comportano oltre ad una deroga alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica anche degli standard di qualità dei servizi insufficienti e delle spese impreviste, che rischiano di tradursi in debiti fuori bilancio.

Del resto, la sinteticità della disposizione è in qualche modo sanata dal rinvio alla l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché alle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla *"programmazione sociale di zona"*.

Il tema può essere, dunque, ricondotto alla disciplina contenuta nell'art. 13 della l. n. 241 del 1990, secondo cui le disposizioni contenute nel capo della partecipazione del privato all'attività amministrativa *«non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»*[22].

La norma in esame, dunque, legittima la partecipazione degli enti del terzo settore agli atti generali di programmazione, nei confronti dei quali in assenza di tale

[20] La norma per esteso ricomprende altresì: «…o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106; q) alloggio sociale; r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; s) agricoltura sociale (…); t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166 (…) ; v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata; w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, (…); x) cura di procedure di adozione internazionale (…); y) protezione civile (…); z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata».

[21] Sul punto si cfr. C.d.C., Sez. Reg. contro Basilicata deliberazione n. 57/2015/PAR del 30.7.2015.

[22] Sul tema in generale si cfr. M. COCCONI, *La partecipazione agli attività amministrativa generale*, Padova, 2010; nonché S. SALVI - F. SARPI, *La nuova direttiva sulla consultazione pubblica: quello che resta da fare*, in *Urb. e app.*, 2017, p. 743 e P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali*, in *Dir. Ec.* n. 1/2018.

disposizione non sarebbe stato possibile, sulla base del precetto contenuto nel suindicato all'art. 13, consentire alcuna forma di partecipazione.
Si tratta probabilmente di una forma di partecipazione che si può definire consultiva e non co-decisoria[23], atteso che il ruolo di questi soggetti nell'ambito del procedimento programmatorio dovrebbe essere limitato ad una mera collaborazione rivolta a garantire una migliore e più adeguata qualità e completezza dell'istruttoria.
Tuttavia, il richiamo anche alla disciplina degli altri procedimenti speciali ed in particolare ai piani di zona potrebbe anche consentire, specie nel settore dei servizi sociali, d'intendere la partecipazione come una forma di collaborazione finalizzata ad una decisione concordata.
In tal senso, infatti, occorre osservare che l'art. 3, co. 2 lett. b), della l. n. 328 del 2000, contenente la disciplina sulla programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali, prevede espressamente la possibilità della «*concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali*», nonché tra «*questi ed i soggetti di cui all'articolo 1, co. 4*» nell'ambito dei quali si ricomprendono anche gli «*organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale*».
In ogni caso, si deve precisare che il rispetto dei principi della l. n. 241 del 1990, tra i quali spiccano imparzialità, pubblicità e trasparenza[24], impongono che l'avvio del procedimento di programmazione sia preceduto da un avviso pubblico[25], che consenta a tutti i soggetti interessati, che si trovino in possesso dei requisiti richiesti, di avanzare la propria candidatura.

5. La co-progettazione.
Lo strumento della co-progettazione si colloca su un livello successivo ed attuativo rispetto alla fase cd. della programmazione. Mentre in quest'ultima, infatti, vengono definiti gli obiettivi-bisogni da soddisfare, gli interventi necessari e le relative coperture economiche, nella prima ossia nella co-progettazione, come recita il co. 3 dell'art. 55, viene definita la «*realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2*».
Si tratta, dunque, di un segmento dell'attività amministrativa che si colloca su un piano esecutivo delle scelte generali. In particolare, secondo l'Anac in questa fase attuativa, pur favorendo la partecipazione dei privati, occorre che le amministrazioni

[23] Si cfr. in merito L. GILLI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, *Urb. e app.*, n.1/2018, p. 3 e ss.
[24] In relazione agli obblighi di pubblicità e trasparenza degli ETS si rinvia a S. AGOSTINI, *Obblighi di pubblicità e trasparenza per ETS e cooperative sociali,* in *Coop. enti non profit*, n. 2/2019, p. 12.
[25] Si cfr. in merito L. GILLI, *op.ult.cit.*, p. 3 e ss.

conservino la titolarità delle scelte redigendo quella che è stata definita una progettazione di massima[26].
Soltanto, infatti, su queste basi, sarà possibile consentire attraverso la pubblicazione di un avviso ai soggetti interessati, che risultino in possesso dei requisiti di ordine generale, tecnici, professionali e sociali di presentare una propria proposta progettuale, che potrà successivamente essere oggetto di eventuali variazioni ed ove prescelta confluire nella stipula di una convenzione.
Sul punto occorre citare anche l'art. 7 del d.P.C.M. 30 marzo 2001, laddove si afferma che: «*al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi*».
Sulla natura giuridica della co-progettazione si sono contrapposte due tesi.
Sulla base di un primo indirizzo questo strumento può essere incluso nell'ambito della categoria degli «*accordi procedimentali di collaborazione*»[27] per la realizzazione di interventi innovativi e complessi ossia in una ipotesi di «*partenariato tra amministrazioni e privato sociale*»[28].
Secondo un altro orientamento di carattere giurisprudenziale[29], che si è pronunciato sul carattere della co-progettazione nel settore dei servizi sociali di cui alla l. n. 328 del 2000, si tratterebbe invece di un contratto di appalto, come sarebbe dimostrato dalla necessità di applicare in questi il casi il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a., del resto come è stato sottolineato in dottrina tale istituto si avvicina maggiormente all'area del mercato[30].

6. L'accreditamento.

Il carattere collaborativo e/o concordato del contenuto della co-progettazione sembra confermato anche dal successivo co. 4 dell'art. 55, laddove si considera "*l'accreditamento*" come una delle forme mediante le quali si può procedere all'individuazione «*degli enti del terzo settore con cui attivare il partenariato*» di cui al precedente comma 3.
Quest'ultima disposizione, infatti, riconosce espressamente che la co-progettazione rappresenta un'ipotesi di partenariato pubblico-privato e pertanto, in linea con il tenore complessivo della norma, richiede anche sotto questo diverso profilo che siano predeterminati gli obiettivi generali e specifici dell'intervento (durata,

[26] Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.
[27] Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.
[28] Autorità Nazionale Anticorruzione Determinazione 20 gennaio 2016, n. 32.
[29] Cfr. Tar Lombardia Milano, Sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 in www.giustizia-amminnistartiva.it; nonché Tar Lombardia Brescia, Sez. II, 28 giugno 2016, n. 890.
[30] Si cfr. in merito L. GILLI, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la p.a.*, *Urb. e app.*, n.1/2018, p. 4 e ss

caratteristiche), nonché i criteri per l'individuazione degli enti partner che debbono essere comunque scelti nel rispetto «*dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento*»[31].

Come noto il regime dell'accreditamento presuppone il rilascio di un'autorizzazione che rappresenta un'abilitazione dei soggetti privati che vogliono svolgere ad esempio dei servizi sociali (si cfr. l'art. 11 della l. n. 328 del 2000 [32]).

L'accreditamento, dunque, richiedendo standard qualitativi ulteriori rispetto all'autorizzazione, rappresenta una sorta di abilitazione di secondo grado «*con una funzione collaborativa e promozionale, essendo volto ad instaurare un rapporto tra accreditante ed accreditato, ispirato ad una logica di sussidiarietà. Gli enti accreditati, infatti, vengono inseriti nella rete dei servizi sociali e possono ricevere contributi e sovvenzioni per lo svolgimento di attività rivolte al pubblico*»[33].

---

[31] Secondo A. PALMACCIO, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti e del codice del terzo settore*, in *Nomos* n. 3-2017, «l'accreditamento, almeno con riferimento ai servizi gestiti per conto dell'amministrazione, non può costituire anche la modalità di scelta del contraente. Il comma 4 dell'articolo in commento, ai fini della scelta degli enti del terzo settore con cui attivare il partenariato "anche attraverso forme di accreditamento" prevede, infatti, il "rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner"».

[32] In particolare, l'articolo citato così recita: «1. I servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o dei soggetti di cui all'art. 1, comma 5, sono autorizzati dai comuni. L'autorizzazione è rilasciata in conformità ai requisiti stabiliti dalla legge regionale, che recepisce e integra, in relazione alle esigenze locali, i requisiti minimi nazionali determinati ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera c), con decreto del Ministro per la solidarietà sociale, sentiti i Ministri interessati e la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. 2. I requisiti minimi nazionali trovano immediata applicazione per servizi e strutture di nuova istituzione; per i servizi e le strutture operanti alla data di entrata in vigore della presente legge, i comuni provvedono a concedere autorizzazioni provvisorie, prevedendo l'adeguamento ai requisiti regionali e nazionali nel termine stabilito da ciascuna regione e in ogni caso non oltre il termine di cinque anni. 3. I comuni provvedono all'accreditamento, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lettera c), e corrispondono ai soggetti accreditati tariffe per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione regionale e locale sulla base delle determinazioni di cui all'art. 8, comma 3, lettera n). 4. Le regioni, nell'ambito degli indirizzi definiti dal Piano nazionale ai sensi dell'art. 18, comma 3, lettera e), disciplinano le modalità per il rilascio da parte dei comuni ai soggetti di cui all'art. 1, comma 5, delle autorizzazioni alla erogazione di servizi sperimentali e innovativi, per un periodo massimo di tre anni, in deroga ai requisiti di cui al comma 1. Le regioni, con il medesimo provvedimento di cui al comma 1, definiscono gli strumenti per la verifica dei risultati».

[33] Cfr. l'Autorità Nazionale Anticorruzione, delibera n. 32 del 30 gennaio 2016, che sul punto aggiunge che: «Le regioni in virtù della propria autonomia hanno allargato il campo di applicazione dell'istituto dell'accreditamento anche ad altri servizi, attribuendo allo stesso anche altre finalità: 1. Regolazione dell'ingresso nel mercato di soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico. In tal caso, l'accreditamento serve per accedere alle procedure di selezione operate dall'amministrazione…». In tema di accreditamento si veda altresì A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettiva*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018, p. 10 e ss.

Inoltre, si è anche rilevato che nella prassi l'istituto è stato applicato in diversi modi: «1. Modello del governo pubblico, caratterizzato dalla limitazione del numero dei soggetti accreditabili sulla base della programmazione regionale…; 2. Modello dell'accreditamento libero, caratterizzato dalla concessione dell'accreditamento a tutte le strutture che ne facciano richiesta e siano in possesso dei requisiti…; 3. Modello degli accordi contrattuali in cui l'accreditamento viene sostituito da accordi negoziali con i soggetti erogatori dei sevizi».

7. Conclusioni.

In questi ultimi anni le crisi finanziarie hanno aggravato i bilanci pubblici, provocando delle politiche di rigore rivolte alla riduzione non soltanto degli enti, degli apparati e dei compiti della p.a., ma anche della spesa sociale.

Le ricerca di nuove forme giuridiche e di nuovi assetti tra i diversi soggetti (pubblici e privati) nasce dunque dall'esigenza di offrire delle risposte concrete ai bisogni impellenti delle persone e trova terreno fertile nel mondo dell'associazionismo e del no *profit*, che tante volte ha dimostrato di essere la risorsa più sana dalla quale ripartire per incrementare la rete dei servizi sociali.

In tale contesto, ad esempio, dunque le cooperative sociali sono considerate come un rimedio al fallimento dello Stato sociale e del mercato: «*nell'erogazione dei servizi sociali, in quanto, da una parte, ampliano il sistema dell'offerta pubblica da sola incapace di soddisfare la domanda di servizi sociali e, dall'altra, non perseguendo finalità di lucro e non agendo in condizioni di asimmetria informativa, rassicurano i possibili clienti e ne ottengono la fiducia*».

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il giudice amministrativo di fronte ai diritti fondamentali tra legalità e giustizia

di Ferdinando Pinto

(Professore ordinario di diritto amministrativo)

Sommario

1. Il giudice amministrativo nel mondo moderno 2. Fare ciò che è giusto 3. Norme e valori 4. Il pro-rompere del fatto come giustizia del concreto 5. La giurisprudenza amministrativa italiana 6. ….e quella europea 7. Il moderno monito di un maestro antico

Abstract

The contribution addresses a fundamental theme such as that of health, making a general reflection on the function of the judge when he addresses such a central theme in the life of all of us and, ultimately, of the very essence of the modern state. These reflections are particularly necessary, because the matter we are dealing with today can represent a sort of window of how the lawyer sees the profession of the judge today. At the same time, the moment becomes for the lawyer to better understand his role, in a sort of collective self-awareness in which judge and lawyer participate in the ancient rite of doing justice.
To do justice, not to apply the law.

1. Il giudice amministrativo nel mondo moderno

Mi sono domandato, a lungo, quale impronta dare al tema che mi è stato assegnato.

Non credo, infatti, che siamo qui solo per un esame delle più recenti tendenze della giurisprudenza in tema di sanità, che pure alla fine farò, o, almeno, non credo che siamo qui solo per questo.

Credo che sia utile, a tutti noi, fare qualche riflessione più generale sulla funzione del giudice quando affronta un tema così centrale nella vita di tutti noi e, in definitiva, della stessa essenza dello stato moderno. Queste riflessioni - di cui sono evidentemente unico responsabile - mi sembrano particolarmente necessarie, perché la materia di cui ci occupiamo oggi può rappresentare una sorta di finestra di come l'avvocato vede oggi il mestiere del giudice. Allo stesso tempo, diviene per l'avvocato il momento per meglio comprendere il proprio ruolo, in una sorta di autocoscienza collettiva in cui giudice e avvocato partecipano all'antico rito di rendere giustizia.

Rendere giustizia, non applicare il diritto.

Le parole pesano e non sono usate a caso.

Nel chiuso della camera di consiglio, sollecitato da istanze che, sempre più, cercano di trascinare nelle aule giudiziarie conflitti, che forse andrebbero risolti altrove, il giudice appare oggi sempre più tentato dall'assumere il ruolo di chi fa giustizia, di chi risponde, cioè, a bisogni sostanziali, sentendo di incarnare - e forse è - l'espressione di un potere legittimato direttamente dalla legge - e dunque, con qualche semplificazione, direttamente dal popolo - nel momento in cui gli ha attribuito la funzione.

Centrale diviene allora la funzione, come legittimazione astratta, e non la regola che si è chiamati ad applicare.

La chiave di lettura per rispondere ai problemi che il giudice deve affrontare, quando gli vengono posti i problemi dei deboli - come spesso accade per i temi della salute e, più in generale, della sicurezza sociale - diviene, allora, la risposta sostanziale ai bisogni concreti che gli vengono posti innanzi: Di qui la convinzione, più o meno consapevolmente sentita e più o meno effettivamente partecipata, di fare soprattutto giustizia in senso sostanziale.

Credo che sia venuto il tempo di prendere atto di questo e di cambiare il nostro stesso modo, come operatori del diritto, di avvicinarci alle norme.

Il tema è antico e ha agitato il dibattito culturale dello scorso secolo. Oggi, sembra quasi sparito, ma viene il dubbio che, forse, la sua sparizione sia dovuta proprio al fatto che ormai abbia prevalso, su ogni altra, quell'idea di giustizia come aspirazione di una società che, concretamente, risponde ai bisogni e come ogni altra strada appaia un po' retrò, figlia di un mondo antico che persiste solo nel ricordo dei più anziani tra noi.

Manca evidentemente il tempo per approfondire quello che sto dicendo, ma credo che sia sotto gli occhi di tutti quanto - rispetto alla complessità moderna - sia stato semplice quel secolo breve che da poco - e sembra invece tanto - è scomparso. Quanto, cioè, sia stato facile adagiarsi e legarsi a certezze che, all'epoca, apparivano, inevitabilmente, moderne.
La costruzioni delle fonti kelseniana era, in definitiva,lineare nella sua costruzione e facile nella sua percezione: "la giustizia è principalmente una possibile (ma non necessaria) qualità di un ordinamento sociale che regoli le relazioni reciproche tra gli uomini. Essa è, soltanto subordinatamente, anche una virtù dell'uomo: un uomo è giusto, infatti, se il suo comportamento si conforma alle norme di un ordinamento sociale che si ritiene essere giusto".
E' sufficiente per un uomo - e il giudice è tale - che voglia essere considerato giusto e che voglia adottare atti giusti conformarsi alla norma.
Assunto chiaro e, in definitiva salvifico, in cui la norma, per come gli uomini l'hanno scritta, diviene il fondamento dell'azione e esaurisce in sé qualsiasi altra pulsione. Ma cosa accade se la norma non consente l'assistenza alle famiglie con figli che hanno bisogno del sostegno scolastico? se l'applicazione dei tetti di spesa fa chiudere ospedali e strutture dell'assistenza? se il trasporto sanitario non è assistenza all'ammalato, ma solo uno dei tanti aspetti del libero mercato?

2. Fare ciò che è giusto

Già nei manuali di alcuni decenni fa si ritrovava una figura che, da giovane studente, condizionato al sistema crisafulliano delle fonti, stentavo a comprendere e che - in qualche modo - ho imparato ad apprezzare, nella sua problematicità, solo in seguito.
Era, ed è, la figura dell'ingiustizia manifesta, limite estremo dell'eccesso di potere, e limite ultimo del sindacato del giudice il quale la sanziona «quando l'atto sia talmente iniquo da risolversi in un insanabile contrasto con i principi dell'equità e del diritto". Figura, allora talmente controversa che vi era chi ne criticava l'eccessivo utilizzo (Bassi) e chi invece la riteneva un mero esercizio accademico (Cerulli Irelli)
Era quella una generazione in cui l'istituto non poteva essere compreso perché, si sciveva, "verificare se la scelta dell'amministrazione sia giusta o ingiusta è un'operazione che si pone ai confini del giudizio di merito" (Villata). Questo non era il compito né del giudice, né dell'avvocato, che restavano lontani dalla giustizia nella sua accezione di provvedimento singolare, ancorati come erano, e in parte sono ancora, forse giustamente, solo alla norma, come idea generale, e non alla giustizia, come pratica concreta.
Non si vuole - è bene subito dirlo - con questo tornare all'esaltazione di Schmitt dei *Dialoghi sul Potere* e all'idea di un potere che è al di là della norma, né all'idea della necessità come fonte autonoma del diritto che fu di Carlo Esposito, e meno che mai tornare all'antico conflitto tra Atene e Gerusalemme, ma solo sottolineare il problema

di un giudice che, quando discute e giudica dei grandi temi che direttamente impattano sulla vita di ciascuno di noi, e quello della salute è forse il primo, resta sostanzialmente solo, privo di certezze e chiamato, comunque, a rendere un provvedimento che egli sa che sarà, nell'epoca che viviamo, letto solo in chiave di giustizia, in cui "non c'è nulla che sia più ingiusto quanto far parti uguali fra disuguali" (Lorenzo Milani). Affermazione questa agli antipodi dell'eguaglianza forme alla legge e al sui dettato.
Il giudice oggi è solo, del tutto privo dei punti di riferimento che aveva in passato e lo è anche se volesse utilizzare le vecchie armi dell'interpretazione sistematica. Ad una struttura piramidale delle fonti, e delle sue certezze, si è sostituito, infatti, un modello "a rete " o dell'"arcipelago", caratterizzati da un "policentrismo normativo]" il cui effetto è - come qualcuno ha efficacemente sottolineato - il "disordine delle fonti".
Anche se volesse tornare indietro, insomma, il giudice non lo potrebbe fare.
Logicamente anche la dottrina ci ha messo del suo nella costruzione dell'amministrazione per risultati (Immordino, Police) seguita, nell'esaltazione dei principi come l'efficienza, la produttività, e lo sviluppo, intesi quali nuovi principi, espressione di una moderna visione della pubblica amministrazione (Cons. St. sez cons. 9 giugno 2009 n. 19439). Ancora una volta, analizzare il risultato si traduce nello spostare l'attenzione del giudizio sui temi di ciò che è giusto - seppur nascosto dietro i concetti tradizionali dell'efficienza e del buon andamento - non di ciò che è legale.

3. Norme e valori

Quanto si è appena detto - con tutte le approssimazioni dovute alla brevità - presenta un ulteriore corollario che diviene anche esso fondamentale per comprendere l'approccio al tema della sanità e delle tutele del cittadino, espressione, peraltro, questa che, già di per sé, rappresenta una scelta di campo nella identificazione del focus.
L'ulteriore corollario è la centralità del fatto, poiché è nel fatto che emerge l'oggetto sostanziale delle tutele.
Quando buona parte di noi hanno iniziato gli studi giuridici esisteva un'idea quasi sacrale del diritto. Il diritto si sintetizzava in una regola, generale ed astratta, che si applicava al caso concreto. Il fatto veniva sempre dopo la regola ed era condizionato dalla regola,come si è detto generale e astratta, di cui semplicemente costituiva - questa era l'illusione tipica della cultura illuminista - il prodotto.
Ovviamente tutto questo era una illusione, e già uno straordinario giurista come Santi Romano - forse uno dei più moderni presidente del Consiglio di Stato - aveva intuito come l'ordinamento giuridico producesse, nello stesso tempo in cui viene ad esistenza, la norma, che non è un prima, ma è la condizione stessa del sistema delle regole. Il fatto produce la regola di condotta (è Costantino Mortati a teorizzarlo, già

nel 1940 a Napoli, dove insegnava,) nella misura in cui presuppone l'aderenza a valori sentiti da condividere, da coloro che ne sono i destinatari, ma che, appunto per questo, ne divengono allo stesso tempo i protagonisti.
Una norma è tale solo se e in quanto percepita coma giusta e, come tale, adempiuta.

Ancora una volta il dilemma, tra fatto e norma, è dilemma antico.
Già nella costituzione repubblica del 1948 la modernità si esprime - al suo livello forse più alto - nell'apparente contrasto, ma, in realtà, nella sua aspirazione alla sintesi, tra i principi della eguaglianza formale e della eguaglianza sostanziale contenuti nel suo art. 3.
Nuovamente, all'attenzione del legislatore torna l'idea che si debba realizzare non qualcosa di astrattamente corretto, ma qualcosa di concretamente giusto, come riassumeva Calamandrei quando, commentando l'introduzione dei diritti sociali nella carta costituzionale, affermava: «Questa Costituzione è il punto di partenza di una rivoluzione che si mette in cammino».

4. Il pro-rompere del fatto come giustizia del concreto
Soprattutto, il prorompere della centralità del fatto, come momento imprescindibile della regolamentazione, e dunque anche del processo amministrativo, è facilmente verificabile nella attuale evoluzione dei moderni sistemi di comunicazione e di come, soprattutto, la percezione del fatto sia, oggi, immediatamente collegata a ciò che è, nello stesso istante in cui si verifica.
L'identità tra il fatto e la sua percezione, senza la mediazione del tempo necessario alla sua metabolizzazione, modifica la stessa possibilità di costruire la regola di condotta in quanto la regola si sintetizza nel fatto e come tale è percepita dall'operatore del diritto.
Un esempio può farse servire per comprendere meglio l'assunto.
In passato, il rapporto tra dottrina e giurisprudenza - per usare terminologie che, ancora una volta, risentono di tutta l'approssimazione della brevità - era - grosso modo e in linea di massima - un rapporto in cui la prima precedeva o almeno era in contemporanea alla seconda. Oggi il rapporto si è sostanzialmente invertito e la teorizzazione quasi sempre segue la disciplina del caso concreto, giurisprudenziale appunto.
La regola sul fatto e del fatto precede la regola di diritto
Di qui una centralità del giudice che in passato neppure esisteva - o almeno non nei termini attuali - e la sua funzione - definita - con termine oscuro come in tutti i rituali - nomopoietica.
Certe variazione - anche repentine della giurisprudenza - che spesso suscitano sconcerto e meraviglia sono solo figlie di questo nuovo ruolo del giudice, nella misura in cui i fatti, e le regole, (ritenute) giuste che ne conseguono, sono destinate

continuamente a cambiare e a prodursi sempre in maniera diversa, poiché il fatto non si ripete mai esattamente eguale al precedente.
Qui peraltro si realizza il paradosso di un giudice, a cui si chiede giustizia, ma che è allo stesso tempo travolto dalla polemica sulle classi dirigenti, figlia del nostro tempo.
In passato, le classi dirigenti formavano ed erano motori di una realtà che trasformavano o aspiravano a trasformare; oggi sono tali se adeguatamente si limitano a rappresentarla. Di qui un giudice che è immediatamente, a sua volta, giudicato nella espressione della sua funzione e della conformità del suo operato alla giustizia , concreta e sostanziale, che con esso si esprime, fino ad arrivare all'assurdo di proporre non l'aumento delle tutele che nel giudice si incarnano - e dunque la giustizia di cui è portatore - ma addirittura la sua abolizione.
Il punto vero è che l'evoluzione della posizione del giudice come portatore di giustizia - e paradossalmente della sua solitudine a cui ha accennato di recente Giuliano Amato - mentre è esperienza comune nei sistemi di common law, è assai più recente nei sistemi di civil law e, in particolare, nel nostro in cui la giurisprudenza amministrativa quando, per esempio, è chiamata a discutere dei moderni sistemi di comunicazione, invece di affrontare la novità delle sue sfide, si limita a definirli "fastidiosi cinguettii".
Soprattutto non spazi ma praterie sterminate si presentano al concetto di giustizia se applicato a quel misterioso mondo del soft law composto da quelli che qualcuno (Bin) ha definito "ectoplasmi normativi". Qui le intenzioni soggettive del legislatore cedono il campo alle finalità "oggettive" cui assolve la norma ("eterogenesi dei fini" è la locuzione che esprime questo mutamento di prospettiva), e le finalità oggettive non possono che essere quelle giuste, pena lo stesso dissolversi o arretrare dello stato moderno.
Logicamente un sistema che si evolve verso la giustizia direttamente prodotta dal fatto presenta rischi enormi e se ne parlerà, magari, in altra sede.
In questo momento proverò solo a cercare qualche conferma di quello che ho detto.

5. La giurisprudenza amministrativa italiana

Come esempio, ho preso alcune recenti sentenze della giustizia amministrativa che davvero piuttosto che semplicemente applicare la legge sembrano forse abbiano soprattutto fatto giustizia.
Nel primo caso (Tar Lombardia sentenza n. 422 del 2019) veniva all'attenzione del giudice un provvedimento con cui un comune delle provincia di Milano, che aveva assistito, fino ad allora, un soggetto con una grave disabilità, presso un Centro Diurno per Persone Disabili del comune confinante, aveva deciso di trasferire il disabile presso il proprio centro.

A fondamento del trasferimento, esigenze di carattere finanziario, in quanto era del tutto evidente che il costo in altra struttura, piuttosto che in quella gestita direttamente dal comune di residenza, avrebbe comportato un maggior esborso finanziario.
Nel centro, dove veniva svolta l'attività rieducativa, il paziente aveva però, evidentemente, maturato rapporti e percorsi formativi che il trasferimento avrebbe bruscamente interrotto.
Qui il Tribunale, ponendo a base della sua decisione, il principio della libera scelta della struttura socio-sanitaria a cui affidarsi, compie davvero un bilanciamento dei valori che si può cogliere, nella sua essenza, solo adoperando la chiave di lettura di cui si è detto in precedenza.
Da un lato infatti - è il giudice che parla - "l'interesse delle amministrazioni locali ad evitare eccessivi esborsi legati a scelte poco oculate del cittadino bisognoso", dall'altro, l'esigenza di garantire il principio della libera scelta in una situazione, che, con il protrarsi del tempo, aveva finito per determinare un assestamento della sfera personale del soggetto debole, che ne aveva tratto evidente giovamento
Di qui l'affermazione secondo cui il primo valore non può che essere considerato regressivo rispetto al secondo, in un tipico bilanciamento in cui la chiave di lettura è spesso metagiuridica e rimessa alla valutazione che, in concreto, e non in astratto, il giudice compie.
A considerazioni analoghe è, d'altro canto, giunta anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha, più volte, ribadito la centralità della scelta libera del soggetto che ha diritto alla erogazione del beneficio, scelta che non può essere messa in discussione dal'amministrazione (Cons, St.n. 4085 del 2012). Le pronunzie soprattutto chiariscono che il fondamento di ogni decisione in merito non può che essere "il diritto inviolabile alla salute e all'assistenza (ed evitare) la lesione del principio di eguaglianza sostanziale (si sottolinea sostanziale) a tutti costituzionalmente garantiti (Cons.St sentenza n. 1774 del 2014).
Ancora più evidente una ulteriore pronunzia (Tar Marche n. 427 del 2018) in cui veniva chiesta l'integrazione - da parte dell'amministratore di sostegno - della retta per il ricovero in una struttura residenziale protetta. L'amministrazione comunale la aveva negata - nel rispetto del regolamento comunale - sul presupposto che i parenti del richiedente, tenuti agli alimenti, avrebbero avuto la disponibilità di redditi sufficienti per la copertura di quanto dovuto.
Il punto affrontato è - almeno apparentemente - in mero diritto, in quanto si discute se la valutazione dei presupposti per la concessione dell'intervento pubblico debba essere valutata con riferimento a tutti i soggetti tenuti agli alimenti ex art. 433 del codice civile o se, invece, si debba tener conto dei soli soggetti valutabili ai fini dell'ISEE. La pronunzia opta per questi ultimi, attraverso una puntuale ricostruzione della normativa vigente. Pur tuttavia, non si ci può sottrarre dal notare che, anche in

questo caso - in cui come detto la soluzione avviene tutta all'interno della norma formale - il giudice abbia sentito l'esigenza di qualificare esplicitamente il proprio operato come "attuazione doverosa del principio dell'art. 38 della costituzione". Il fondamento è dunque quello secondo cui «il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti» (Corte Cost. sent. n. 509/2000).
Un diritto insomma comunemente percepito come giusto.
Bilanciamento che non è mai possibile avvenga, e si traduca, in pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto fondamentale alla salute di cui siamo noi tutti - quali persone - titolari.
Non è possibile che ciò avvenga perché non sarebbe giusto.
A riprova di come il giudice costruisca il diritto alla salute come un diritto fondamentale incomprimibile e, dunque, come un diritto giusto, e talmente giusto da dover far recedere ogni altro diritto, anche la recente affermazione secondo cui esso prevale quando si trovi in conflitto con un altro diritto che - mi si permetta il gioco di parole - pur altrettanto costituzionalmente garantito, non appare altrettanto giusto.
Il che significa - l'ipotesi riguardava l'accreditamento delle strutture sanitarie - che "quando ricorrono specifici obiettivi di interesse pubblico da perseguire ed è imperativa la necessità di tutelare bisogni sociali aventi pari o superiore rilievo costituzionale, rispetto all'autonomia di mercato, il legislatore può legittimamente intervenire sulle attività imprenditoriali, riducendo il margine di autonomia delle imprese ed indirizzare quindi l'attività economica a fini sociali" (Tar Lazio sent n. 10976 del 2013 conf, Cos St. sent 3917 del 2014).
Gli esempi potrebbero continuare, ne manca il tempo, ma ve ne è uno che voglio ancora ricordare.
Il caso è quello del parziale annullamento (Tar Lazio sentenza n. 2458 del 2015) del regolamento n. 159 del 2013 con cui venivano indicati - tra gli altri - i fattori che avrebbero determinato L'ISEE (Indicatore della Situazione Economica Equivalente).
Manca il tempo per un esame approfondito della decisione, ma, ancora una volta, preme sottolineare la "cifra" di principio su cui la decisione si fonda che, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata rispetto agli artt. 3, 32 e 38 Cost., porta a correggere lo stesso metodo di calcolo del reddito, sul presupposto che più che da un risparmio di spesa, l' impostazione normativa - quella ricostruita dall'interprete - avrebbe dovuto rispettare un principio di uguaglianza e proporzionalità in quanto unica a consentire o, meglio, realizzare il rispetto dell'art. 38 Cost., legato alla "emersione" di situazioni solo apparentemente equivalenti ad assenza di reddito effettivo. Di qui la conseguenza che il provvedimento impugnato per non incorrere nella violazione di legge, e nella ancor più diretta violazione delle norme costituzionali sopra richiamate, avrebbe dovuto appunto dare luogo ad una

applicazione orientate in tale senso. La conseguenza è l'esame in concreto del ventaglio delle possibilità di sottoporre la componente di reddito ai fini ISEE agli indici "dell'effettiva ricchezza". Il principio non solo ha trovato conferma definitiva (Cons. St. n.838 del 2016), ma, in sede di conferma, si è degradato quasi ad un accidente, privo di qualsiasi considerazione, l'osservazione secondo cui l'annullamento avrebbe comportato un vuoto normativo difficilmente colmabile.
Si sa ciò che è giusto non tollera obiezioni del genere, proprio perché si esaurisce nell'affermazione della sua esistenza.

6. ….e quella europea

Se rivolgiamo lo sguardo alla giurisprudenza dell'Unione Europea, non si affermano chiavi di lettura diverse rispetto a quelle che si è cercato, seppur brevemente, di delineare.
Il caso emblematico è quello del trasporto dei pazienti utilizzando una ambulanza (Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez III 28 febbraio 2019 n. 465), in cui, ancora una volta, vengono utilizzati termini che lasciano intendere come il focus della decisione sia più la sostanza dei bisogni che le regole formali che si è chiamati ad applicare.
Intendiamoci, non si tratta ora di ritornare al tema di fondo su cui si è cercato di ragionare sulla stessa funzione dell'interpretazione della norma giuridica, e sugli effetti metodologici che ne conseguono, in quanto, a leggere la decisione, assai rigoroso sembra l'argomentare formale.
Pur tuttavia, l'utilizzo di alcuni termini e alcuni passaggi della motivazione lasciano intendere che il giudice abbia prima voluto rendersi conto della realtà del fatto nel suo essere oggettivo e, solo dopo, costruire l'interpretazione della norma. Questo nell'identificare un obiettivo da perseguire - ritenuto giusto - su cui costruire la regola e su cui, solo dopo, orientare l'interpretazione.
Il caso è noto.
Un comune tedesco, dovendo aggiudicare l'appalto per i servizi di soccorso, non aveva pubblicato alcun bando di gara, limitandosi ad invitare quattro associazioni di pubblica utilità. Di qui il ricorso degli esclusi, che avevano ritenuto non conformi al trattato le norme su cui il comune aveva basato la procedura.
La decisione muove dalla premessa che per "prevenzione contro i pericoli" - presupposto base per la procedura semplificata - non si possa far riferimento soltanto ai casi delle calamità collettive, ma che, nel concetto, possano essere incluse anche le situazioni relative a singoli soggetti. L'affermazione pare condivisibile, anche se in verità, davvero frutto di una evidente attività maieutica del giudice. Il punto è però che il giudice, per evitare il rischio di una eccessiva dilatazione delle deroghe ai principi generali in tema di affidamento dei servizi pubblici, introduce - a rigore

interpreta - un ulteriore principio e cioè - la affermazione è testuale - che "l'eccezione non deve essere estesa oltre lo stretto necessario".
Deve insomma essere giusta
Di qui la necessità, evidentemente, di costruire cosa debba intendersi per "strettamente necessario".
Pare evidente come, per rendere chiara la norma, si introduca un elemento che, a sua volta. avrebbe bisogno di ulteriore specificazione e che, per sua stessa natura, non può che trovare nel fatto il suo autonomo contenuto. La deroga troverebbe infatti applicazione in tutti i casi in cui l'assistenza sia prestata "a pazienti in una situazione di emergenza" e " a pazienti per i quali esista un rischio di peggioramento durante il trasporto". Il tutto sempre a condizione che il trasporto sia "effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso".
A parte gli altri aspetti, pure rilevanti, della decisione sulla qualificazione dei soggetti che possono esercitare il servizio, sembra evidente che il giudice abbia inteso tutelare innanzitutto la salute del paziente - si direbbe senza se e senza ma - a cui va evitato il benché minimo rischio durante il trasporto e ciò anche in sacrificio di una certezza delle norme - che sarebbe derivata dal rispetto del principio della eguaglianza formale tra coloro che aspirano all'esercizio del servizio e che avrebbe comportato l'annullamento dell'atto impugnato - che diviene, addirittura, un disvalore se non tutela appunto la salute del singolo intesa in senso sostanziale.
Il paziente che corre un rischio deve essere, nel trasporto, assistito adeguatamente: questa è una soluzione giusta ed è il fulcro della decisione adottata. La norma non può che tutelare questo e non può che essere interpretata per realizzare questo obiettivo

7. Il moderno monito di un maestro antico

Concludo ricordando uno dei padri della nostra cultura giuridica "tener conto della singolarità irriducibile delle situazioni umane non significa disintegrare le strutture dello ordinamento giuridico, ma al contrario significa realizzare una effettiva solidarietà sociale, che nasca dall'interiore consentimento dei consociati e non da una imposizione esteriore, in altre parole significa inserire la giustizia nel diritto positivo" (Carnelutti).

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Brevi riflessioni sull'istituto della concessione alla luce del diritto comunitario

di Francesco Zammartino e Rosa Lucia De Monaco

(Professore associato di Diritto amministrativo) (Dottore in Scienze economiche, giuridiche e comportamentali)

Sommario

1. Introduzione 2. Breve quadro ricostruttivo dell'istituto a livello europeo 3. L'istituto della concessione nella disciplina europea: il difficile rapporto tra interesse pubblico e vicende di natura economica 4. Profili processuali e di giurisdizione: quali scenari

Abstract

In the last decades, a recurring affirmation to almost all the studies reserved by the doctrine on the subject of concessions is that of a substantial generality of the notion. Sometimes accused of being characterized by a high degree of indeterminacy, or qualified as a generous expression, the notion of concession therefore represents one of those figures of public law with the most uncertain borders.

1. Introduzione

Negli ultimi decenni costituisce affermazione ricorrente a quasi tutti gli studi riservati dalla dottrina al tema delle concessioni quella di una sostanziale *genericità* della nozione.

Talvolta accusata di essere caratterizzata da un elevato grado di *indeterminatezza*, ovvero qualificata come generosa espressione, la nozione di concessione rappresenta, quindi, ancora una di quelle figure del diritto pubblico dai confini più incerti[1].

Individuare le ragioni di questo stato di fatto non rappresenta, di per sé, un compito facile.

Anzitutto, ci si trova in presenza di una formulazione che il legislatore è venuto man mano utilizzando in un numero ormai significativi di casi senza offrire, se non una definizione dell'istituto, delle indicazioni univoche e concordanti atte a consentirne una ricostruzione sistematica in termini di diritto positivo.

Basti rilevare, per esempio, come la stessa espressione risulta sicuramente mutuata dal campo della scienza economica e finanziaria nel corso del XX secolo. In questo ambito, infatti, il rapporto fra concedente e concessionario è stato (ed è) regolato prevalentemente dal diritto privato.

Utilizzandosi spesso le norme disposte consensualmente nelle clausole contrattuali, il rapporto tra amministrazione e concessionario ha subito delle variazioni; la disciplina sostanzialmente paritaria e consensuale delle concessioni, infatti, si tramuta di frequente in una posizione di sovraordinazione del concessionario, e l'amministrazione non sempre risulta sufficientemente capace di esercitare la vigilanza e i poteri di controllo sullo svolgimento delle attività del concessionario[2].

Si pensi alle concessioni di pubblico servizio nelle quali si rilevano gli estremi di veri e propri rapporti giuridici patrimoniali, atteso che la tipicità dell'oggetto non può certo condurre a evitare il fatto che il concedente e il concessionario si accordino a

---

- Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune, pur potendosi attribuire a Francesco Zammartino la stesura dei paragrafi 1 e 3, e a Rosa Lucia De Monaco 2 e 4.

[1] Sulle concessioni, *ex plurimis*, O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, pt. I, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in Giur.it, XVLVI, 1894, IV, pp. 7-83; F. GULLO, ***Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative***, Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 71 ss.; M. D'ALBERTI, voce «*Concessioni amministrative*», in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII. p. 1; D. SORACE - C. MARZUOLI, voce «*Concessioni amministrative*», in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, pp. 280 ss.; E. CROCI - G. PERICU, voce «*Sovvenzioni (diritto amministrativo)*», in Enc. dir., Milano, 1990, XLIII, pp. 243 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 651 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 ss; F. BENVENUTI, ***Appunti di diritto amministrativo***, in ***Scritti Giuridici***, Milano, 2006, pp. 524-525; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali , vol. I, Milano 2007, pp. 250 ss.; A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in *Dir. amm.*, IV, 2012, p. 567; M.A. SANDULLI, *Le concessioni aeroportuali di gestione totale fra tradizione e prospettive*, in *Federalismi.it*, 2014.

[2] Si rinvia a M. D'ALBERTI, *Concessione e concorrenza*, Roma, AGCM, 1998.

che fra di loro scaturisca un rapporto giuridico patrimoniale, inteso quale rapporto giuridico suscettibile di valutazione economica. Sia che l'affidamento di un pubblico servizio si stabilisca attraverso la stipula di un contratto di appalto, sia che ciò succeda per il tramite di una concessione, rimane la circostanza che la volontà del concedente e del concessionario s'incrociano nell'accettare obbligazioni biunivoche valutabili economicamente[3].

Ora, può essere interessante rimarcare, a questo proposito, che se una nozione così ampia e generica non si presta ad essere trasferita meccanicamente in sede giuridica[4], a meno di non voler risolvere l'intera attività amministrativa in quella di produzione ed erogazione di pubblici servizi[5], è anche vero però che — proprio movendo dalla considerazione dell'origine economicistica della nozione di servizio pubblico — si è venuta sviluppando una corrente dottrinale che non riconosce alla nozione in parola il valore di istituto giuridico, individuando in essa un'attività economica suscettibile di provocare specifici procedimenti giuridici che hanno per fine di definire i soggetti più idonei a gestire l'attività medesima[6].

Come è facilmente individuabile, si è quindi in presenza di una nozione la cui natura si è arricchita di nuovi significati, e a cui il dibattitto dottrinale negli ultimi anni non sembra aver contribuito a fare chiarezza[7].

Non è questa, per economia di tempo, la sede per riannodare le fila di una compiuta ricostruzione della nozione; in sintesi, tuttavia, si può affermare che da un lato le concessioni, che comunque hanno come effetto quello di ampliare la sfera giuridica del destinatario, vengono talvolta inquadrate come atto avente natura provvedimentale, poiché è solo l'Amministrazione ad essere depositaria della miglior cura dell'interesse pubblico, e solo un provvedimento amministrativo può avere "oggetto pubblico"; dall'altro lato, non mancano sostenitori della natura contrattuale della concessione, poiché altrimenti non sarebbe possibile spiegare la necessità del consenso del privato ai fini della nascita del rapporto concessorio[8].

Infine, talune ricostruzioni inquadrano l'istituto nell'ambito degli accordi di cui all'art. 11 della l.n. 241/1990[9].

---

[3] In tema si cfr., G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001.

[4] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, pp. 429 ss.

[5] Si cfr. B. MAMELI, ***Concessioni amministrative***, in ***Dizionario di diritto pubblico***, a cura di S. CASSESE,, Milano, 2006, vol. II, pp. 1111 e ss.

[6] M. D' ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; contra, F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988.

[7] F. BENVENUTI, ***Disegno dell'Amministrazione Italiana***, Padova, 1996, p. 343

[8] E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*. Milano, 2013, p. 37.

[9] G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 385.; M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, IV - *Le tipologie contrattuali*, Parte II - *Le*

2. Breve quadro ricostruttivo dell'istituto a livello europeo

Dinnanzi al quadro appena delineato, non sembra affatto peregrino domandarci lo stato dell'arte dell'istituto nel diritto europeo.

C'è da dire che solo di recente il diritto comunitario ha inteso disciplinare organicamente l'istituto delle concessioni; infatti, in passato, oggetto di interesse del legislatore comunitario sono state principalmente le concessioni di lavori pubblici, la cui disciplina era contenuta nella direttiva 93/37/CEE, che si limitava, però, solo a imporre una pubblicità preliminare per il loro affidamento, senza intervenire incisivamente come avvenuto, invece, in tema di disciplina degli appalti pubblici[10].

Una tappa importante in tema di concessioni, in ambito comunitario, è rappresentata dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000 che ha visto tra gli attori del confronto sul tema gli operatori economici, i rappresentanti di interessi collettivi, le autorità pubbliche e i privati.

In tale Comunicazione si prendeva atto della circostanza che le concessioni «sono uno strumento che alcuni Stati membri usano da tempo, soprattutto per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura».

Veniva specificato che la caratteristica propria delle concessioni, che la distingueva dagli appalti pubblici, era la delega di servizi d'interesse generale effettuata da questo tipo di cooperazione. Tracciata poi la linea di confine tra la concessione di lavori e quella di servizi[11] veniva rilevato che il trattato non limita la facoltà degli Stati membri di ricorrere a delle concessioni, purché le modalità della scelta siano compatibili con il diritto comunitario[12].

La comunicazione in questione, dunque, sottolineava che l'affidamento delle concessioni dovesse essere comunque rispettoso dei principi comunitari, e in particolare, dei principi che presiedono alla tematica degli affidamenti, soffermandosi su quelli di *parità di trattamento*, di *trasparenza*, di *proporzionalità* e di *mutuo riconoscimento*.

In essa venivano, infine, definite la caratteristiche del rischio e dell'alea di gestione che mediante tale istituto sarebbero state trasferite in capo al concessionario, e veniva

---

procedure di affidamento, l'aggiudicazione, le tipologie contrattuali, Capitolo 15 - *Le concessioni di lavori pubblici*, Milano, 2008, *passim*;. cfr., inoltre, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.

[10] Si rinvia a L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, pp. 15 ss.

[11] Viene rilevato che "*un contratto di concessione che contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio o riguardi unicamente la gestione di un'opera esistente, va trattato come una concessione di servizi*".

[12] In tal senso, G. GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993; G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, 2006, n. 7, pp. 851 ss..

altresì rilevata la possibilità per il concessionario di ottenere il corrispettivo attraverso i proventi corrisposti dall'utente[13].
Tale comunicazione veniva richiamata dalla giurisprudenza del giudice nazionale per fornire una definizione delle concessioni dei servizi pubblici e per sottolineare la loro distinzione dagli appalti di pubblici servizi. Tale distinzione, di rilevanza pratica, quindi utile non unicamente a fini descrittivi, acquistava infatti una particolare importanza per la determinazione della disciplina applicabile alle due fattispecie.
Era, dunque, necessario stabilire, nell'ordinamento interno, alla luce della disciplina sovranazionale, se alle concessioni di servizi fosse applicabile la normativa prevista in tema di appalti, e se, quindi, nella scelta dell'affidatario del servizio pubblico, l'amministrazione fosse tenuta ad applicare una procedura a evidenza pubblica.
Veniva riconosciuto[14] che tale argomento era stato trattato dalla Commissione Europea, nell'anzidetta Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, e, successivamente, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la circolare n. 3944/2002 del 1 marzo 2002.
Più in particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri con la circolare n. 3944/2002, forniva elementi interpretativi che chiarivano la normativa comunitaria applicabile nella materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 e della più recente giurisprudenza comunitaria[15].
Veniva sottolineato che il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consisteva proprio nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che avrebbe consentito al concessionario di riscuotere direttamente dall'utente i proventi, a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera, per un determinato periodo di tempo. Chiaramente il diritto di gestione avrebbe implicato anche il trasferimento della responsabilità di gestione.
In tale contesto normativo la distinzione tra concessione e appalti di lavori pubblici non rilevava, comunque, ai fini della tutela giurisdizionale poiché l'art. 31-bis, comma 4, della legge n. 109 del 1994 equiparava le due figure sotto tale aspetto[16].
Anche nella suddetta circolare veniva evidenziato che al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo.

[13] L'esempio espressamente riportato nella Comunicazione di concessione di lavori pubblici è il contratto mediante il quale uno Stato attribuisce ad una società il diritto di costruire e di gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente.

[14] C. d. S., Sez. V, 30/4/2002, n. 2294.

[15] Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria.

[16] Tale disposizione prevede che "*ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti*".

Proprio in considerazione di ciò la Corte di giustizia aveva escluso che le concessioni di servizi potessero rientrare nella sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti, ed in particolare della direttiva n. 93/38 CE, qualora la controprestazione fornita dall'amministrazione all'impresa privata consista nell'ottenimento da parte di quest'ultima del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione[17]. In presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.
Le modalità di remunerazione dell'operatore era utilizzato, come nel caso della concessione di lavori, come criterio utile a stabilire l'assunzione del rischio di gestione.
Per quanto riguarda la specifica disciplina applicabile alle concessioni, la circolare chiariva che, la direttiva lavori (93/37/CEE) trovava applicazione solo per le concessioni di lavori, ma non per le concessioni di servizi.
Veniva comunque evidenziato che era indispensabile rispettare sempre i principi del diritto comunitario, desunti dal Trattato e dalle pronunce della Corte di Giustizia. Il ricorso all'istituto concessorio da parte degli Stati, perciò, pur non essendo puntualmente disciplinato, non rendeva libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione.
Conseguentemente, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario doveva essere a valle di una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicare le proprie *chances* partecipative.
Nel sistema comunitario, infatti, il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai summenzionati principi, può avvenire solo in via eccezionale, per far fronte a ragioni tecniche ed economiche che impediscano l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Ciò accade anche in costanza della proroga delle concessioni già rese, essendo sancita dal diritto comunitario l'equiparazione tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza.
Un ulteriore tentativo di regolazione organica della materia in ambito comunitario fu avviato in occasione dell'approvazione delle Direttive del 2004 ma si concluse con un sostanziale *nulla di fatto*[18], a fronte dell'opposizione di quei Paesi (con la Francia in prima linea) i quali temevano che un tentativo in tal senso li avrebbe privati di adeguati spazi di manovra in particolare per quanto riguarda la disciplina dei servizi di interesse economico generale (SIEG) di cui all'art. 106 del TFUE.

[17] Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., punto n. 58
[18] Così C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, p. 933.

Va rilevato, infatti, che il legislatore europeo del 2004, in merito alla differenziazione tra appalto e concessione non si è espresso. Mentre infatti è stata chiarita in maniera inequivocabile la natura contrattuale della concessione, la differenziazione di tale istituto dall'appalto è stata effettuata in termini molto generici. Tale normativa definiva sia gli appalti che le concessioni come contratti a titolo oneroso – stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione/progettazione di lavori o la prestazione di servizi – la differenza tra un appalto pubblico e una concessione veniva rintracciata, anche in tale successivo intervento, nel corrispettivo della prestazione. Quindi, in base alla direttiva 2004/18/CE, mentre l'appalto comportava un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore, nel caso di una concessione il corrispettivo della prestazione consisteva nel diritto di gestire l'opera o i servizi, potendo essere accompagnato, o meno, da un prezzo.
L'elemento del rischio veniva ulteriormente valorizzato quale caratteristica tipizzante delle concessioni dalla Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati del 15 novembre 2005[19]. La conclusione era dunque nel senso di auspicare una normativa riguardante sia le concessioni di lavori sia quelle di servizi, che fornisse una delimitazione chiara tra concessioni e appalti pubblici. Sul punto si richiama la famosa pronuncia "Parking Brixen"[20], in cui viene espressamente chiarita la centralità dell'elemento del rischio di gestione nella costruzione della nozione di concessione, qualificando di conseguenza l'affidamento della gestione di un parcheggio pubblico come concessione di servizi proprio sulla base della presenza di un rischio di gestione in capo al concessionario. Sulla scorta del percorso, piuttosto accidentato, riepilogato sinteticamente, si è così faticosamente giunti alla proposta di direttiva sulle concessioni del 20 dicembre 2011[21]

3. L'istituto della concessione nella disciplina europea: il difficile rapporto tra interesse pubblico e vicende di natura economica

Solo con il processo di riforma degli affidamenti pubblici intervenuto nel 2014, il Legislatore comunitario ha inteso ricostruire una disciplina organica della materia, svincolando l'istituto della concessione, ai fini della definizione, dagli appalti[22].

---

[19] Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni (COM/2005/569) in *www.eur-lex.europa.eu*

[20] Corte giustizia UE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458, in *Foro amm. - CDS*, 2005, 10, 2804.

[21] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM/2011/897). in *www.europarl.europa.eu*. A riguardo v. M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement* e S. LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), Milano, 2013.

[22] Tra gli altri, si vedano i commenti di M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appal*ti, 7, 2014, p. 745; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari (The new EU directive on procurement services and supplies in the ordinary sectors).* Relazione per il LXI Convegno di Studi Amministrativi "*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra*

La definizione contenuta nel considerando 11 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, secondo cui «le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici», sembra propendere per l'archiviazione definitiva della teoria pan-pubblicistica affermando la natura contrattuale dell'istituto, che deve essere caratterizzato dalla corrispettività e dall'onerosità («il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo»).
Rispetto al passato, con le direttive del 2014 si è finalmente giunti anche ad introdurre un regime comune alla concessioni, anche quelle di servizi, la cui regolazione, rispetto alle concessioni di lavori era scarna e incerta. La direttiva ha rappresentato, dunque, un punto di approdo significativo[23].
Il nuovo codice dei contratti pubblici, dedica un'apposita parte ai contratti di concessione e il legislatore delegato ha recepito doviziosamente i principi e criteri direttivi della legge delega e le regole poste dalla direttiva europea, fornendo un'organica sistemazione alla materia delle concessioni di lavori e di servizi, distinguendole dagli appalti[24], ponendo l'accento sul rischio operativo, caratteristica, come detto, tradizionale dell'istituto[25].
La chiarezza definitoria dell'ultimo intervento euronitario sembra, però, non tener conto delle difficoltà che si riscontrano nel tracciare il limite, nell'utilizzo di tale istituto, tra la cura e il perseguimento dell'interesse pubblico e le vicende di natura economica, regolate dal diritto civile, che interessano il privato concessionario, che ha ragione di perseguire prioritariamente il proprio interesse[26].
Per il diritto comunitario, tenendo in disparte la fase a evidenza pubblica di scelta della parte privata, sussiste un rapporto di pariteticità tra la P.A. e il concessionario[27], e la stessa Direttiva concessioni (v. considerando 75, dir. 2014/23/UE) si occupa

---

esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna,17-19 settembre 2015 in *Diritto amministrativo*, 2015, fasc. 2-3, pp. 291-34; M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti e contratti*, 2016, fasc. 11, pp. 22-32.

[23] "Al di là delle concessioni di lavori - già note da alcuni lustri nell'esperienza nazionale -) il "Codice" del 2006 dedicò un solo articolo (il 30) alla materia delle concessioni di servizi, limitandosi peraltro in massima parte a recepire i pregressi acquis giurisprudenziali formatisi sul tema", così C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, op. cit. p. 934.

[24] V. FERRARO, ***La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la specialità del regime dei contratti della Pubblica Amministrazione***, in ***Riv. Trim. Dir. Pubb. Com***. 2016, pp. 259 e ss.

[25] G. F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice DeLise* in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8-9, pp. 939-947.

[26] "Tutte le nostre concessioni tradizionali dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva" così G.GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, V, 2015, p. 1095.

[27] B. RAGANELLI, *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina,* in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. 210-248.

specificamente della rinegoziazione del "contratto" ad opera delle parti in costanza di rapporto concessorio, circostanza che non potrebbe verificarsi ove l'Amministrazione abbia il potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del concessionario.

Circa la disciplina dell'istituto si dovrebbe confermare quanto stabilito anche dalla giurisprudenza interna, secondo cui, debbano trovare applicazione le norme contenute nel Libro IV del codice civile, con particolare riferimento alle regole relative all'adempimento delle obbligazioni (titolo I, capo II) e ai contratti in generale (titolo II)[28].

Nell'ambito dell'istituto concessorio i poteri attribuiti alla P.A., secondo tale ricostruzione di derivazione comunitaria, sarebbero destinati ad operare all'interno del rapporto stesso, come gli strumenti di natura strettamente privatistica[29].

Non si può disconoscere, per quel che qui è d'interesse, che l'influenza della disciplina euronitaria su quella interna, in considerazione anche del divieto di *gold plating* sancito dal processo di riforma avvenuto con le Direttive del 2014, sarà decisiva ai fini dell'inquadramento giuridico dell'istituto.

Inquadramento giuridico dell'istituto cui non sembra abbia ultimamente contribuito la Corte di Lussemburgo, la quale con la sentenza del 14 luglio del 2017 ricorda che ai sensi dell'art. 4 punto 6 della Direttiva servizi, è "autorizzazione" "qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio".

Ciò induce a pensare che la Corte faccia rientrare nell'alveo dell'autorizzazione pure la concessione, giacché titolo rilasciato dall'autorità competente per accedere ad una attività di servizio.

La concessione, scaturente oramai da un rapporto giuridico unitario di natura contrattuale, al contrario, dovrebbe incidere inevitabilmente su una serie di prerogative tradizionalmente riconosciute all'Amministrazione e- unilateralmente- imposte al concessionario[30].

Invero, non si può disconoscere che da tale ricostruzione – di derivazione comunitaria, come detto- discendono conseguenze rilevanti anche in tema di giurisdizione e di autotutela.

---

[28] V. C.d.S., sez. IV, 4 /5/2010, n. 2568, in Riv. giur. ed., 2010, 4, I, p. 1156.

[29] Cfr. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune, in Dir. amm.*, 4, 2012, p. 567. Si tenga in considerazione che "per i contratti, accordi o convenzioni, che dir si voglia, le diverse valutazioni dell'amministrazione non possono quindi portare alla autotutela provvedimentale o procedimentale tramite un atto di secondo grado, ma devono essere fatte valere attraverso gli strumenti negoziali o giudiziali", così M. CERUTI, *Le Concessioni tra Contratto, Accordo e Provvedimento Amministrativo, in Urbanistica e appalti*, 2016, 6, p. 637.

[30] Il nuovo Codice ha espressamente incluso l'applicazione dell'art. 1453 del codice civile.

4. Profili processuali e di giurisdizione: quali scenari

Se da un punto di vista sostanziale l'intervento del Legislatore comunitario ha dato l'avvio a un processo di armonizzazione e ridefinizione dell'istituto, nei termini in cui si è detto, e teso senz'altro ad avvicinare la disciplina nazionale a quella euronitaria, dal punto di vista processuale, e in punto di giurisdizione, sussistono delle profonde incertezze.

Le controversie relative a rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, a prescindere dalla natura delle posizioni giuridiche interessate sono state tradizionalmente devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[31], si considerino gli artt. 5-7 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034[32].

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel tempo hanno confermato la sussistenza di tale giurisdizione anche nell'ipotesi in cui sia richiesta la risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi assunti, sia che l'ente concedente non faccia ricorso a poteri autoritativi per revocare la concessione, bensì faccia valere, ad esempio, una clausola di disdetta[33], sia nell'ipotesi in cui il concessionario chieda la risoluzione del rapporto per pretese inadempienze dell'ente concedente, nonché la condanna di quest'ultimo al ristoro dei danni relativi[34].

Recentemente, riferendosi al servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani la giurisprudenza della Corte di Cassazione[35] ha ribadito che le relative controversie – ivi comprese quelle aventi ad oggetto il risarcimento dei danni – appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo sin da epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, d.l. 23/05/2008, n. 90 (conv. mod. legge 14/07/2008, n. 123), norma che – sebbene abrogata dall'art. 4 coord. cod. proc. amm. (all. 4) – è riprodotta nell'art. 133, comma 1, lett. p), cod. proc. amm., nulla essendosi innovato rispetto al passato, con la suesposta sequenza di disposizioni, in ordine al riparto della giurisdizione in detta materia[36], pure con riguardo all'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm..

Per cui la Corte costituzionale ha ricordato che vengono attratte nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie relative ai comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo[37]. Il che comporta che la cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, può avere

[31] Sulla legittimazione da parte dei terzi estranei al rapporto concessorio all'impugnazione degli atti a valle di tale rapporto e sulla relativa giurisdizione Cfr., *ex plurimis*, C.d.S., VI, 04/07/2011, n. 3997; Cass. civ. sez. un., 28/1/2011, n. 2062.

[32] Cass. Civ. Sez. Un., 19/07/1995, n. 7816.

[33] Cass. Civ. Sez. Un., 11/5/1998, n. 4749.

[34] Cass. Civ. Sez. Un., 17/11/1998, n. 11578.

[35] Cass. Civ. Sez. Un., 26/9/2017 n. 22357.

[36] Cass. Civ. Sez. Un., 28/06/2013, n. 16304.

[37] Corte cost., sent. 13/01/ 2010 n. 35.

ad oggetto (nel necessario concorso degli altri requisiti enunciati), persino unicamente diritti soggettivi[38].

Non può essere trascurata la circostanza che l'art. 133 del Codice del processo amministrativo, elenchi tra le "particolari materie" devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie riguardanti le concessioni (ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi) e non gli appalti, se non per delimitati aspetti, mentre la fase dell'esecuzione del contratto di appalto è appannaggio della giurisdizione ordinaria. Sulla fase dell'esecuzione della concessione il Codice non si esprime.

Se il Legislatore, come osservato, non si è espressamente conformato alla definizione euronitaria di concessione è il caso, però, di rilevare che il Giudice amministrativo sembra aver sancito la natura contrattuale della stessa, quantomento per quanto riguarda le conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, e la assimilata al contratto di appalto per quel che concerne la fase esecutiva.

Di recente, analogamente a quanto accade in materia di contratto d'appalto, infatti, è stato riconosciuto che la giurisdizione del giudice amministrativo può configurarsi solo ove il preteso inadempimento del gestore riguardi una concessione di bene pubblico -secondo quanto previsto dall'art. 133, comma 1, lett. c), del c.p.a.- mentre nelle altri ipotesi citate (concessione di servizi e concessione di lavori), che non sono destinatarie di analoga previsione normativa, «la giurisdizione sulla fase esecutiva appartiene notoriamente al giudice ordinario in base al generale criterio di riparto "diritti/interessi" non essendo dato rinvenire, in relazione alle concessioni di sevizi, alcuna norma di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui profili esecutivi del rapporto»[39].

Se in passato la dottrina e la giurisprudenza[40] ritenevano valida la clausola compromissoria soltanto per gli appalti, non anche per le concessioni, e dunque solo per i primi, ma non per le seconde, era possibile deferire ad arbitri le liti di esclusivo appannaggio della giurisdizione del giudice ordinario, lo scenario sembra essere mutato.

La recente giurisprudenza[41], infatti, nell'istituto concessorio ravvisa la presenza di diritti soggettivi e non interessi legittimi, arrivando a sostenere la possibilità di deferire ad arbitri le controversie relative a beni pubblici considerando le fattispecie contrattuali di carattere negoziale.

Nelle decisioni menzionate non si fa affatto riferimento a controversie riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi, si tratta dell'adempimento del contratto e

[38] Corte cost., sent. 23/09/ 2009 n. 259.

[39] TAR Sardegna, sez. I, 18/6/2019 n. 547.

[40] Cass. Civ. Sez. Un., 18/5/2000, n. 366, Foro It. 2001, I, 205 (con nota di L. Carrozza e F. Fracchia, *Controversie in tema di concessioni di costruzione e gestione di lavori pubblici: quale giurisdizione*?).

[41] C.d.S, *Sez. IV, 2/7/ 2018, n. 4005 che riforma* T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 746/2016.

delle relative obbligazioni. Ebbene, non può a questo punto riconoscersi che nel nostro ordinamento la concessione viene qualificata in termini pattizi, e che oramai al momento tipicamente procedimentale e autoritativo segue un momento negoziale[42].
L'adesione, dunque, nell'ordinamento interno alla tesi della natura contrattuale della concessione ridimensionerebbe anche la possibilità di riconoscere al concedente poteri di primazia impliciti nella propria natura soggettiva o nella peculiarità dell'oggetto dedotto in contratto.

[42] Anche la fase c.d. "autoritativa" posta a monte del contratto sembrerebbe temperata, posto che l'attuale disciplina mostra infatti aperture verso modelli flessibili quali il dialogo competitivo v. sul punto G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE, in Riv. it. dir. pubb. com.*, I, 2015, 101.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

El procedimiento aplicable a la revocación del reconocimiento e inscripción de las Federaciones deportivas (I): análisis de legalidad

di Javier Rodríguez Ten

(Abogado - Universidad San Jorge)

Sumario

1. La revisión de oficio de los actos administrativos en el Ordenamiento jurídico español. 1.1. Consideraciones generales 1.2. Antecedentes próximos. 1.3. Regulación vigente: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. 1.4. A modo de recapitulación o resumen. 2. Las Federaciones deportivas en España: régimen jurídico y singularidades. En particular, reconocimiento y revocación. 3. La revocación del reconocimiento de una Federación por la Administración que lo acordó: procedimiento aplicable y problemática. 4. A modo de ejemplo: la desinscripción de la Federación gallega de fútbol-sala, un ejemplo práctico en litispendencia 4.1. Antecedentes. 4.2. Iter procedimental. 4.3. Los argumentos de la Xunta de Galicia para defender la inaplicabilidad del procedimiento administrativo de revisión de oficio. 5. Conclusiones. Bibliografía y recursos utilizados

Abstract

Sport Federations are in Spain private associations with delegated public functions, subject to intense administrative control and interventionism. Its recognition and registration is made through administrative acts, the same way to revoke that recognition. This paper addresses, from an exclusive legal perspective, if the common administrative procedure can be used for this purpose or must be through the specifically procedure provided for ex officio review of administrative acts.

1. La revisión de oficio de los actos administrativos en el Ordenamiento jurídico español

1.1. Consideraciones generales

En la actualidad, el Ordenamiento jurídico-administrativo español se encuentra regulado con carácter genérico por dos disposiciones legales con rango de Ley: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Ambas disposiciones cuentan como título habilitante con el artículo 149.1.18 de la Constitución, que reconoce como competencia exclusiva del Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

Estas dos disposiciones actualizan la regulación administrativa básica que con anterioridad se encontraba regulada en una sola Ley, la 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo, que a su vez era heredera de la regulación prevista en dos leyes: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Previamente, ya *ab initio*, hemos de referirnos a la Ley de Bases de Procedimiento administrativo, de 19 de octubre de 1889 (Ley "Azcárate"), y el Real Decreto de 23 de marzo de 1886, sobre la vía gubernativa previa a la judicial.

La regulación de los actos administrativos en el Ordenamiento jurídico español, más allá de los cambios de disposiciones legales y de modificaciones de su contenido, ha venido manteniendo su esencia respecto del procedimiento de elaboración, la posibilidad de participar en ella, de interponer recursos… y de que un acto administrativo firme pueda ser objeto de impugnación o desaparecer del Ordenamiento jurídico por decisión de la Administración. Y ello a través de las figuras del recurso de revisión y de la revisión de oficio.

En palabras de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012, citando la de 17 de enero de 2006), la revisión de los actos administrativos firmes "se sitúa en dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda Ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el

ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguarda de la seguridad jurídica y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros".

1.2. Antecedentes próximos

Dejaremos de lado las primeras leyes de procedimiento administrativo, aprobadas en el siglo XIX, y tomaremoso como punto de partida la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA).

1.2.1. La Ley de procedimiento administrativo de 1958

La Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 incorpora de manera general y unificada la regulación de los supuestos en que la Administración puede actuar respecto de sus propios actos. Esta circunstancia, que acontece en la etapa más rígida del franquismo, es más propia de una democracia avanzada que de una dictadura, pero la realidad es que es a finales de los años cincuenta cuando pasa a formar parte del día a día de la Administración.

La Exposición de Motivos de la Ley, en concreto en el punto 1 de su apartado VI ("Revisión de los actos administrativos"), destaca que es la primera vez que el Ordenamiento jurídico español aborda las potestades de la Administración respecto de sus propios actos, distinguiendo los supuestos de nulidad, anulación. Revocación v rectificación de errores materiales y de hecho. Se establecía así un modelo en el que a la Administración se le reconocía expresamente la facultad de declarar en cualquier momento la nulidad de sus actos en los casos taxativamente enumerados, si bien con la garantía que supone el previo dictamen del Consejo de Estado; adicionalmente, el administrado podía instar la declaración de nulidad sin limitación de plazo. Y, por otra parte, se reconocía también a la Administración la potestad de anular sus propios actos declarativos de derechos en iguales términos a los consagrados ya en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: en un plazo de cuatro años y previo dictamen conforme del Consejo de Estado, siendo en el resto de casos la jurisdicción contencioso - administrativa la competente para decidir en el proceso de lesividad incoado por la propia Administración autora de los mismos. Por último, la Ley consagró la posibilidad de que la Administración rectifique en cualquier momento errores materiales o de hecho y aritméticos.

En su articulado, el Título V de la Ley incorporó (artículos 109-112) la regulación indicada, consistente en:

- Que la Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47[1] (artículo 109).

- Que la Administración sólo podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos cuando infrinjan manifiestamente la Ley, previo dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados (artículo 110.1). Y que fuera de dichos supuestos, para conseguir la anulación la Administración deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 110.2).

- Que la Administración puede rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos en cualquier momento (artículo 111).

- Que las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes (artículo 112).

1.2.2. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre

Ya en la etapa democrática y constitucional, la Ley 30/1992 unifica en una sola disposición la regulación administrativa. Respecto de la materia que nos ocupa, el apartado 16 de su Exposición de Motivos aclara que el sistema de revisión de la actividad de las Administraciones Públicas que la Ley establece se organiza en torno a dos líneas básicas: la unificación de los recursos ordinarios y el reforzamiento de la revisión de oficio por causa de nulidad, configurada como un verdadero

[1] En contraposición al artículo 48, que contenía los supuestos de actos anulables, el artículo 47 tenía el siguiente contenido:

"Uno. Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.

b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.

c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Dos. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado".

El artículo 48 indicaba lo siguiente:

"Uno. Son anuladles, utilizando /os medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta Ley, los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento* jurídico, incluso la desviación, de poder.

Dos. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados".

procedimiento de nulidad cuando se funde en esta causa, recogiendo la unanimidad de la doctrina jurisprudencial y científica.
Y en el Título VII ("de la revisión de los actos en vía administrativa") se establece la regulación, con alguna otra referencia puntual (como la relativa a la necesaria motivación de este tipo de actos, en el artículo 54.1.b). Es la siguiente[2]:

Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos.
1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.
2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.
3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.
4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.
5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.
Jurisprudencia.

Artículo 103. Declaración de lesividad de actos anulables.
1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de

[2] Incorporamos textos vigentes a fecha de la derogación del texto legal, que por tanto incorporan las modificaciones que se produjeron durante su vigencia, destacando las efectuadas por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.
3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.
4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.
5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

Artículo 104. Suspensión.

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Artículo 105. Revocación de actos y rectificación de errores.

1. Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Artículo 106. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Se puede apreciar la continuidad conceptual respecto de la legislación precedente, que como veremos también se mantendrá en la actualmente vigente, que comentamos en el siguiente apartado.

1.3. Regulación vigente: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas

1.3.1. Revisión de oficio de los actos administrativos

En el año 2015 se volvió al modelo dual, derogándose la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que pasó a escindirse en dos nuevos textos legales, actualmente vigentes: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Centrándonos en la primera de ellas, por ser donde queda ubicada la regulación que nos interesa, ya el apartado V de la Exposición de Motivos nos anuncia la continuidad regulatoria a la que hemos venido aludiendo, obviamente con algún matiz o singularidad lógicas de todo cambio o actualización legislativa. Al referirse al Título V de la Ley, alude a que respecto de la revisión de los actos en vía administrativa se mantienen las mismas vías previstas en la Ley 30/1992, manteniéndose la revisión de oficio y la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión), si bien con la posibilidad de acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que se resuelvan los recursos judiciales interpuestos contra la resolución expresa o la desestimación presunta recaída en el procedimiento.

Y lo cierto es que es así, porque la regulación actualmente vigente de la revisión de los actos administrativos queda actualmente de la siguiente manera:

Artículo 106. Revisión de disposiciones y actos nulos.

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1[3].

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad

[3] "Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley".

Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2[4].
3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.
4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.
5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

Artículo 107. Declaración de lesividad de actos anulables.

1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48[5]*, previa su declaración de lesividad para el interés público.*
2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.
Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

---

[4] "También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

[5] "*Artículo 48. Anulabilidad.*
1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.
4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.
5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

Artículo 108. Suspensión.

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Artículo 109. Revocación de actos y rectificación de errores.

1. Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Artículo 110. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Artículo 111. Competencia para la revisión de oficio de las disposiciones y de actos nulos y anulables en la Administración General del Estado.

En el ámbito estatal, serán competentes para la revisión de oficio de las disposiciones y los actos administrativos nulos y anulables:
A) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y disposiciones y de los actos y disposiciones dictados por los Ministros.
B) En la Administración General del Estado:
1.º Los Ministros, respecto de los actos y disposiciones de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado.

2.º Los Secretarios de Estado, respecto de los actos y disposiciones dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.
C) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado:
1.º Los órganos a los que estén adscritos los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por el máximo órgano rector de éstos.
2.º Los máximos órganos rectores de los Organismos públicos y entidades de derecho público, respecto de los actos y disposiciones dictados por los órganos de ellos dependientes.
Ha de indicarse que el concepto "revisión de oficio" (que consta en la denominación del Capítulo) es general, alude tanto a la de los actos nulos (la propiamente dicha) como a la de los actos anulables (recurso de lesividad), circunstancia que se aclara porque terminológicamente puede generar algún malentendido.
Esta regulación ha de complementarse con algunos otros preceptos. Así, entre otros, el artículo 24 establece que el sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados es negativo o desestimatorio. El artículo 35.1.b) obliga a que los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje, y los que declaren su inadmisión, deben ser motivados.

1.3.2. El recurso extraordinario de revisión
Hemos de aludir también, y lo haremos exclusivamente al abordar la legislación vigente, por no prolongar más la extensión de este trabajo, otro mecanismo de solventar errores pasados transcurridos ya los plazos de impugnación o recurso: el recurso extraordinario de revisión.
El artículo 113 de la Ley 39/2015 establece que se trata de un recurso administrativo (y no de una actuación de la Administración, instada o no por un particular) contra un acto firme en vía administrativa, y que solo cabe interponerlo cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1.
Se encuentra regulado en los artículos 125 y 126 de la Ley.
El primero de ellos, tras definirlo como el recurso a interponer contra los actos firmes en vía administrativa, dispone que se presentará ante el órgano administrativo que los dictó, que será el competente para su resolución, y que se limita a cuatro supuestos:
A) Error de hecho, que resulte de los documentos incorporados al expediente.
B) Aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
C) Incidencia decisiva de documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

D) Existencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible así declarada por sentencia judicial firme.

El precepto establece como plazo máximo de interposición los tres meses desde que pudo hacerse (es decir, desde que se tuvo conocimiento de los documentos o se declaró firme la Sentencia), salvo cuando la causa es error de hecho, en cuyo caso se amplía a cuatro años. Y salva el derecho de los interesados a efectuar, previa o paralelamente, la revisión de oficio, revocación de actos o rectificación de errores ya expresadas.
A su vez, el artículo 126 contempla la posible inadmisión a trámite del recurso, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas tasadas, o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales. Y fija en tres meses el plazo de silencio administrativo desestimatorio.

1.4. A modo de recapitulación o resumen
La existencia de plazos para interponer acciones impugnatorias es común a todas las áreas del Ordenamiento jurídico, en virtud del principio de seguridad jurídica. Las actuaciones privadas o públicas no pueden encontrarse en litispendencia permanente, perpetua, siendo exigible a los actores desplegar una diligencia mínima establecida en la legislación aplicable y que implica reaccionar frente a los incumplimientos o la aprobación de disposiciones generales o actos administrativos en un tiempo razonable, cuya extensión puede discutirse, pero no la necesidad de dicha limitación para un adecuado funcionamiento de la actividad de los particulares y de las Administraciones Públicas.
Siendo esto así como regla general, la legislación establece en determinados supuestos mecanismos correctores de anomalías que pasaron desapercibidas en su momento, o que fueron descubiertas con posterioridad. Se trata de supuestos de entidad (nulidad de pleno Derecho o anulabilidad), y en ocasiones se incorporan requisitos adicionales para poder accionar (un plazo, una causa, legitimación restringida, etc.).
En el ámbito del Derecho administrativo, se permite que sea la Administración la que actúa por propia iniciativa en reparación de su error, pero también que lo haga a instancia de administrados, articulándose a tal fin dos mecanismos principales: el recurso extraordinario de revisión y la revisión de oficio.
El recurso extraordinario de revisión es un recurso administrativo contra un acto firme en vía administrativa, interpuesto ante el propio órgano que lo dictó más allá de los plazos establecidos, sujeto a causas tasadas y a nuevos plazos a computar desde que se tuvo conocimiento de la existencia de las causas que pueden

fundamentarlo. Puede incorporar la solicitud de medidas cautelares *ex* artículo 117 y es compatible con instar el procedimiento de revisión de oficio.

El procedimiento de revisión de oficio, que exige Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, incorpora expresamente la posibilidad de adopción de medidas cautelares de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, puede ser iniciado contra un acto firme en vía administrativa por la Administración por propia iniciativa o a instancia de interesado si se trata de un supuesto de nulidad de pleno Derecho de un acto administrativo del artículo 47.1, o de oficio si está referido a una disposición administrativa que incurra en nulidad del artículo 47.2. Si se trata de un vicio de anulabilidad de un acto favorable a un administrado, la iniciativa corresponde a la Administración (aunque nada obsta para que se le solicite), la revisión está sujeta a plazo, exige la declaración previa de lesividad previa audiencia de los interesados (sujeta a plazo de caducidad, en manos de la propia administración) y se tramita ante el orden contencioso-administrativo.

En conclusión, cuando la Administración dicta un acto administrativo y éste adquiere firmeza en vía administrativa, es posible plantear su ineficacia y hacerlo desaparecer del Ordenamiento jurídico, pero ello no cabe efectuarlo, simplemente, mediante un acto de contenido inverso, siguiendo el procedimiento administrativo común. Porque de ser así, la Ley 39/2015 (y sus predecesoras) no habrían incorporado procedimientos específicamente dirigidos a ello, en defensa tanto de la seguridad jurídica como de la interdicción de las potestades discrecionales y arbitrariedades de la Administración. Cuando la Administración actúa, y en especial cuando se hace otorgando facultades o derechos y su actuación pasa a ser firme, el proceder contra los actos propios por razones de oportunidad (sencillas de enmascarar bajo causas simuladas de nulidad o anulabilidad) o por vicios o errores en el procedimiento seguido exige un procedimiento mucho más garantista, por excepcional.

Obviamente, para la Administración resulta mucho más sencillo y rápido, cuando tiene intención o interés en revocar un acto previo, especialmente a instancia de un interesado, considerar la solicitud como de iniciación de un procedimiento administrativo ordinario y proceder a dictar otro acto administrativo que deja sin efecto el primero. Sin embargo, esta actuación resulta extralimitada y es constitutiva de causa de nulidad de pleno Derecho del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, por apartarse completamente del procedimiento legalmente establecido, que como hemos visto incorpora una serie de garantías previas (dictamen del Consejo de Estado, declaración de lesividad e intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, etc.) Que se omiten en el procedimiento administrativo común. Cabiendo incluso que por la naturaleza del acto, el tiempo transcurrido, la buena fe del interesado, etc. Sea inviable dicha actuación.

2. Las Federaciones deportivas en España: régimen jurídico y singularidades. En particular, reconocimiento y revocación

De conformidad con la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, las Federaciones deportivas españolas son entidades privadas, de configuración legal, integradas por diferentes sectores, que gestionan una modalidad deportiva y que para ello ejercen funciones propias y otras de carácter público administrativo.

En particular, el artículo 30 establece que las Federaciones deportivas españolas son entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte, y que además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública.

No resulta de especial interés para el tema que nos ocupa la concreción de las funciones públicas ejercidas, que constan en el artículo 33 de la Ley. Sí lo hace la singularidad de su procedimiento de reconocimiento y constitución, que es específico y por lo tanto muy diferente al previsto para las asociaciones ordinarias, las creadas al amparo del artículo 22 de la Constitución (Sentencia 67/1985 del Tribunal Constitucional, entre muchas otras resoluciones jurisdiccionales en esta línea, y artículo 1.3 de la propia Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que las excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 1.3).

Y es que precisamente el hecho de que sean agentes administrativos delegados posibilita que sean reguladas de manera específica, que el intervencionismo administrativo (en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte; en sus reglamentos de desarrollo y en especial en el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, e incluso en Órdenes Ministeriales como la que regula el procedimiento electoral federativo) llegue hasta prever su estructura interna, restringir su capacidad de decisión en materia económica, imponer la previa aprobación administrativa de sus Estatutos y Reglamentos y de sus modificaciones, definir cómo deben ser los procesos electorales o establecer un régimen de tutela, control y supervisión por parte del Consejo Superior de Deportes. Con respaldo jurisprudencial reiterado (a modo de ejemplo, Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2010, que confirma la legalidad de la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, reguladora de los procesos electorales en las Federaciones deportivas españolas). Y, también, al procedimiento y requisitos para su reconocimiento y constitución.

Si bien la legislación estatal y autonómica deportiva consideran a las Federaciones deportivas asociaciones privadas, lo cierto es que, como hemos visto, ejercen

funciones públicas delegadas y están sujetas a un elevado nivel de intervencionismo administrativo, incluso a revisión administrativa de sus actos disciplinarios y electorales por el Tribunal Administrativo del Deporte, y del resto de actos publificados por el Consejo Superior de Deportes. Ello hace pensar que, *de facto*, se trata de corporaciones o de una subespecie *sui generis* de éstas[6].

Esta concepción y regulación acontece de igual manera en las diferentes legislaciones autonómicas, incluso en algunos casos de manera más intensa (llegándose a establecer la posible "intervención" administrativa de la Federación por parte de la Administración, ejerciendo sus funciones o efectuando sus actos omitidos[7]). Si bien en este apartado ejemplificaremos en el modelo estatal.

El reconocimiento y constitución de una Federación deportiva es competencia de la Administración territorial actuante, y por lo tanto el acuerdo adoptado al respecto es un acto administrativo. En el caso de las Federaciones deportivas españolas, es competencia de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes (artículos 8.a y 10.2.a de la Ley 10/1990), una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el enrevesado y deficiente artículo 8 del Real Decreto 1835/1991, que básicamente consisten en:

1) El reconocimiento previo de la existencia de una modalidad deportiva, es decir, de una actividad que pueda ser calificada jurídicamente como "deporte" y dar lugar a la creación de una Federación que la gestione, por delegación de la Administración. No nos detendremos en este aspecto, muy interesante pero que excede del objeto del presente trabajo.
2) La solicitud de un grupo de promotores (que debe alcanzar unas cifras mínimas en número de practicantes, expansión territorial, adhesiones) que realicen notarialmente un acta fundacional a la que se incorpore un proyecto de Estatutos y diferente documentación.

La decisión (que se define como "autorización o denegación") se adoptará atendiendo a los criterios establecidos en el primer apartado del mencionado artículo 8:

a) Existencia de la correspondiente Federación internacional, reconocida por el Comité Olímpico Internacional, y con suficiente implantación en el entorno europeo y mundial.
b) El interés deportivo nacional o internacional de la modalidad.
c) La existencia de competiciones de ámbito internacional con un número significativo de participantes en las mismas y convocatorias celebradas.

[6] No es una novedad nuestra. Entre otros defensores de esta naturaleza de las Federaciones se encuentra, de manera destacada y a modo de ejemplo, J. Espartero Casado.

[7] A modo de ejemplo, artículo 62 de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del deporte de Andalucía.

d) La implantación real de la modalidad deportiva en el país, así como su extensión, es decir, el número de practicantes existentes en España y su distribución en el territorio nacional.
e) El reconocimiento previo por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes de la modalidad de que se trate.
f) La viabilidad económica de la nueva Federación.
g) En el caso de que la constitución de una nueva Federación deportiva española provenga de la segregación de otra federación preexistente, se solicitará informe de la misma, a los efectos de lo previsto en el presente apartado.

La decisión de autorización es objeto de un primer acto administrativo, que es el de estimación de la solicitud. Y con ella se procede a la inscripción de los Estatutos y Reglamentos en el Registro de entidades deportivas (estatal o autonómico, el modelo es idéntico), que genera un segundo acto administrativo de inscripción (artículo 34.2 de la Ley 10/1990) con la asignación de un número de expediente, de inscripción, etc. Ya que conforme al artículo 34.4 la autorización o denegación de inscripción de una Federación deportiva española se producirá en función de criterios de interés deportivo, nacional e internacional, y de la implantación real de la modalidad deportiva. Aunque, como hemos dicho, la regulación es compleja, contradictoria, deficiente y enrevesada.

En cualquier caso, y a diferencia de las asociaciones ordinarias, las Federaciones deportivas, para su constitución, exigen una autorización administrativa previa y la inscripción en un registro administrativo. Sin el cumplimiento de ambos requisitos, no existe una Federación deportiva.

3. La revocación del reconocimiento de una Federación por la Administración que lo acordó: procedimiento aplicable y problemática.

Siendo esto así, debe ser posible también que una Federación deportiva deje de existir o de ser considerable como tal, por voluntad propia o por decisión de la Administración autorizante (con el necesario efecto de su desinscripción del Registro y la pérdida de su condición de tal), bien por causas disciplinarias o por motivos de legalidad u oportunidad.

El objeto del presente trabajo es, precisamente, el análisis de la legislación aplicable a esta actuación administrativa, y lo haremos desde un enfoque exclusivamente legislativo, dejando para una segunda parte, en otro trabajo que será continuación del anterior, el análisis jurisprudencial.

Como hemos visto con anterioridad, cuando se dicta un acto administrativo, y más si es determinante de la adquisición de derechos o facultades (lo es el de constitución y reconocimiento de una Federación deportiva, incuestionablemente), y éste es firme en vía administrativa, la forma de dejarlo sin efecto es a través de los cauces previstos

en la legislación administrativa: recurso extraordinario de revisión o revisión de oficio.

Al respecto, el artículo 34 de la Ley 10/1990 dispone exiguamente que la revocación del reconocimiento de las Federaciones deportivas españolas se producirá por la desaparición de los motivos que dieron lugar al mismo, y el artículo 37 establece que, en caso de disolución de una Federación deportiva española, su patrimonio neto, si lo hubiera, se aplicará a la realización de actividades análogas determinándose por el Consejo Superior de Deportes su destino concreto.

El Real Decreto 1835/1991 dispone en su artículo 11.b) que una de las causas de extinción de una Federación deportiva es la revocación de su reconocimiento, mientras que el artículo 10 establece lo siguiente:

1. En el caso de que desaparecieran las condiciones o motivaciones que dieron lugar al reconocimiento de una Federación deportiva española o la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes estimase el incumplimiento de los objetivos para los que fue creada, se incoará un procedimiento para la revocación del reconocimiento inicial. En la instrucción del mismo será oída la Federación afectada y, en su caso, las Federaciones de ámbito autonómico integradas en ella.

2. El procedimiento se iniciará por acuerdo del órgano competente de oficio o a solicitud de la Asamblea de la propia Federación o a requerimiento del Comité de Disciplina Deportiva o por denuncia motivada.

3. El procedimiento de revocación se ajustará a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicas deportivas.

4. La Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes resolverá motivadamente sobre tal revocación. Contra dicha resolución podrán interponerse los recursos administrativos procedentes.

Analicemos esta previsión regulatoria, para lo cual (curiosamente) lo que parece más acertado sistemáticamente es abordar el contenido del artículo 10 en orden inverso.

En primer lugar (apartado 4), se establece la competencia de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes (el mismo órgano administrativo que acordó el reconocimiento y constitución de la Federación), y se dispone que contra dicho acto se podrán interponer recursos administrativos, lo que descarta que tenga la naturaleza de un recurso de alzada, reposición o extraordinario de revisión. Nos encontramos ante un acto administrativo, ordinario y recurrible (artículo 112 de la Ley 39/2015) o específicamente dictado con ocasión de una solicitud de revisión de oficio de interesado (artículo 106.5 de la Ley 39/2015).

En segundo lugar (apartado 3), en cuanto al procedimiento aplicable se remite a la Ley 30/1992 (actual Ley 39/2015), sin perjuicio de lo dispuesto en las normas deportivas. Siendo esto así, es decir, si estamos ante un acto administrativo que deja sin efecto otro acto administrativo previo, reconocedor de facultades o derechos y

firme en vía administrativa, nada obsta para entender que el procedimiento que más se ajusta a la naturaleza del objeto pretendido es el de revisión de oficio de los actos administrativos, por específico, aunque (eso sí) con una singularidad referida a la concreción competencial del órgano que debe resolver, que prevalece.

Desde luego, si alguien pretende buscar en la Ley 39/2015 un procedimiento de revocación específico, puede encontrarlo en el artículo 109, pero se encontrará (de manera manifiestamente inaplicable al caso que nos ocupa) con un artículo únicamente aplicable a actos de gravamen o desfavorables (siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción y la revocación no esté prohibida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, el interés público o el Ordenamiento jurídico).

En tercer lugar (apartado 2), se concreta que el procedimiento puede iniciarse de oficio por la propia Administración (Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes) o previa solicitud de la Federación interesada, el Comité de Disciplina Deportiva (actual Tribunal Administrativo del Deporte) o denuncia motivada. Nada que no encaje con la solicitud de revisión de oficio que puede acordar la Administración, por propia iniciativa, de oficio, o a solicitud de interesado (denunciante).

Finalmente, la causa de la revocación ha de ser la desaparición de alguno de los requisitos, condiciones o motivaciones, o el incumplimiento de los objetivos para los que fue creada. Si se considera que ello acontece, se inicia un procedimiento (no dice cuál, pero vista la remisión a la Ley 30/1992, el de revisión de oficio es el más adecuado), en el que tendrá audiencia la Federación interesada (qué menos) y las Federaciones autonómicas integradas.

A tenor de las consideraciones anteriores, parece claro que el cauce procedimental adecuado para tramitar la revocación del reconocimiento de una Federación deportiva es el de la revisión de oficio de los actos administrativos previsto en la Ley 39/2015, teniendo como singularidad que el órgano competente es la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes (la audiencia a los interesados se presume, no es especialidad).

4. A modo de ejemplo: la desinscripción de la Federación gallega de fútbol-sala, un ejemplo práctico en litispendencia

El parecer expresado no parece ser compartido por las Administraciones Públicas, que para revocar el reconocimiento e inscripción de una Federación prefieren optar por un procedimiento administrativo simple u ordinario, por razones que nos reservamos para el apartado final de conclusiones.

Ejemplificaremos en al que ahora mismo se encuentra vigente en Galicia respecto de la revocación de su Federación autonómica de fútbol-sala, pendiente de resolución judicial.

4.1. Antecedentes

La Federación gallega de fútbol-sala (FGFS) es una asociación deportiva que fue reconocida como Federación deportiva gallega por la Administración autonómica de Galicia e inscrita el 10 de octubre de 1983 en el Registro de entidades deportivas de Galicia con el número F-01077.

Su existencia se encuentra necesariamente vinculada al previo reconocimiento administrativo que efectuó la Xunta de Galicia del fútbol-sala como modalidad deportiva, diferente e independiente al fútbol, después de haber efectuado en el seno del oportuno procedimiento las comprobaciones y estudios técnicos pertinentes.

Dicho reconocimiento de modalidad deportiva fue una decisión que adoptó la Administración autonómica al amparo de la competencia exclusiva sobre deporte, en su territorio, atribuida por el artículo 27.22 de su Estatuto de Autonomía, de conformidad con el artículo 148.1.19 de la Constitución española.

De conformidad con el artículo 51.5 de la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia, y en la línea presente en la legislación deportiva estatal (y en la legislación deportiva autonómica) el reconocimiento e inscripción de la FGFS implica la atribución, en régimen de monopolio o exclusividad, de la gestión oficial del fútbol-sala en Galicia. Esta circunstancia constaba también en su precedente Ley 11/1997, de 22 de agosto.

Y aunque en otras Comunidades Autónomas en que también se decidió que el fútbol-sala fuera una modalidad independiente del fútbol la Federación autonómica preexistente de fútbol impugnó dicho acto administrativo, en el caso gallego (donde ya existía la Federación Gallega de Fútbol) no fue así; ni el reconocimiento del fútbol–sala como modalidad deportiva, ni el reconocimiento e inscripción de la FGFS fueron impugnados, tratándose de actos firmes y consentidos. Por tanto, la existencia de Sentencias dictadas en otros Tribunales Superiores de Justicia, y del Tribunal Supremo, no es trasladable, al menos automáticamente, a este supuesto que traemos como ejemplo.

Prueba de ello es que ambas Federaciones venían coexistiendo pacíficamente, gestionando cada una su ámbito competicional específico (el fútbol y el fútbol sala territorial gallego respectivamente); desde 1983, mediante relaciones de buena voluntad; a partir de 2012, mediante Convenio, prorrogable en tanto no existiera. Los clubes gallegos de fútbol-sala que ascendían a categoría nacional, competencia de la Real Federación Española de Fútbol (en el ámbito estatal, la modalidad de fútbol-sala no existe, considerándose una especialidad del fútbol gestionada por la Real Federación Española de Fútbol), se adscribían a ésta y gestionaban sus relaciones a través de la Federación Gallega de Fútbol sin ningún problema. Esta circunstancia no era exclusiva de Galicia, dado que en otras Comunidades Autónomas (como Madrid y Cataluña), dos de las que mayor número de clubes y licencias tienen en toda España, funcionaba perfectamente.

Con fecha 27 de diciembre de 2016 la Federación Gallega de Fútbol, con un nuevo presidente, solicitó a la Secretaría General del Deporte de Galicia la desinscripción de la FGFS en el Registro de entidades deportivas de Galicia y la integración del fútbol-sala en esta Federación. La consecuencia inmediata sería que todo el fútbol-sala gallego pasaría a ser gestionado por ella, incrementando sus recursos económicos (tasas, sanciones y subvenciones, tanto autonómicas como derivadas del reparto acordado por el novedoso Real Decreto Ley 5/2015, de 30 de abril).

4.2. Iter procedimental

La Xunta de Galicia, en vez de entender que dicha solicitud tiene por objeto la revocación de un acto administrativo firme, consentido por el solicitante, que en su momento fue favorable y determinante de la concesión de derechos a la FGFS y a sus integrantes (clubes, jugadores, entrenadores, árbitros, etc. Que en su momento lo solicitaron y que, hasta la fecha, no han pedido integrarse en la Federación gallega de fútbol), es decir, una evidente solicitud de revisión de oficio, la considera una solicitud de iniciación ordinaria. Por ello aplica a ésta las reglas de tramitación del procedimiento administrativo común, considerando interesada en el procedimiento a la FGFS y tras sus alegaciones y aportación y propuesta de prueba, resolver. Es decir, dictar un acto administrativo que deja sin efecto otro acto administrativo anterior por el que se adquirieron derechos y facultades.

Pero ello debería ser, como hemos indicado anteriormente, objeto de un procedimiento administrativo específico, mucho más dilatado y garantista, que es el de revisión de oficio previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y en la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 (referido ahora a la Ley 39/2015). Procedimiento que por razones obvias se elude seguir. Y ello, máxime, teniendo en cuenta la existencia de un tercer acto administrativo, que consideró ajustada a Derecho la inscripción de la Federación Gallega de Fútbol-Sala, firme y que tampoco fue recurrido en vía jurisdiccional por la Federación Gallega de Fútbol: la resolución del Comité Gallego de Justicia Deportiva de 2 de febrero de 1996. El segundo acto sería la inscripción en el Registro de entidades deportivas de Galicia.

Es más, a todo lo anterior hay que añadir que la Federación Gallega de Fútbol denuncia el Convenio con la FGFS más de cuatro meses después de haber solicitado su revocación y desinscripción como Federación gallega. Sin la estimación de la solicitud planteada, la única consecuencia que ello habría tenido es que el fútbol-sala gallego mantendría el régimen imperante entre 1983 y 2012, amplio periodo en el que, sin Convenio, los clubes gallegos de fútbol-sala habían participado en las competiciones autonómicas y nacionales y los deportistas, técnicos y árbitros participado en éstas y en las selecciones autonómicas y nacionales de la modalidad,

sin ningún problema. Sí quedarían sin efecto las medidas simplificadoras acordadas en su beneficio para el tránsito competicional, generando una pequeña carga administrativa que desde 1983 se venía asumiendo sin ningún problema.
Con fecha 30 de junio de 2017, la Secretaría General para el deporte de Galicia emite Resolución en la que, asumiendo los argumentos de la Federación Gallega de Fútbol, acuerda la revocación del reconocimiento de la Federación Gallega de fútbol-sala como Federación deportiva gallega, la cancelación de su inscripción como tal del Registro de entidades deportivas de Galicia y determinadas actuaciones accesorias. Contra dicha Resolución se interpuso recurso contencioso – administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en litispendencia.

4.3. Los argumentos de la Xunta de Galicia para defender la inaplicabilidad del procedimiento administrativo de revisión de oficio

El ejemplo aportado posibilita conocer las causas por las que la Administración autonómica considera que no es aplicable el procedimiento para la revisión de oficio de los actos administrativos.
Y dichos argumentos son, básicamente, tres. En primer lugar, que concurre la "causa sobrevenida" de que por diferentes pronunciamientos jurisdiccionales el fútbol-sala debe ahora ser considerado una especialidad del fútbol y no una modalidad específica. En segundo lugar, que la revocación del reconocimiento e inscripción no está vinculado a ninguna causa de nulidad, sino al incumplimiento de los requisitos establecidos para ello. Y finalmente, que el artículo 64 de la Ley 3/2012, del deporte de Galicia, no indica que el procedimiento de revocación deba efectuarse a través de una revisión de oficio.
Reiteramos nuestro posicionamiento contrario, y por ello vamos a proceder a intentar desvirtuar el parecer de la Administración actuante, de manera correlativa.

4.3.1. La "causa sobrevenida"

En primer lugar, la Secretaría General para el deporte de Galicia sostiene que por vía jurisprudencial se ha establecido que el requisito que sirvió de base en 1983 para aprobar la constitución e inscripción de la Federación Gallega de fútbol – sala no concurría, al ser éste una especialidad del fútbol y no una modalidad deportiva.
Siendo esto cierto, la realidad es que los pronunciamientos jurisdiccionales existen, pero no están referidos a Galicia porque en Galicia, a diferencia de otros supuestos, dicho acto no fue recurrido. Por tanto, siendo la competencia sobre deporte exclusiva de cada Comunidad Autónoma en su ámbito territorial, la decisión sobre la condición de modalidad o especialidad deportiva del fútbol-sala puede ser perfectamente diferente entre sí, como lo puede ser que en algunas Comunidades Autónomas una disciplina se considere que reúne los requisitos para ser considerado deporte y en otras no. Y al respecto, lo que establezcan los Tribunales Superiores de

Justicia de otras Comunidades Autónomas no vincula a la Administración gallega, no sólo por estar aplicando una legislación diferente, sino por circunstancias claramente determinadas respecto de las partes de los procesos y el ámbito territorial de competencia de Administración y Tribunal.
Por ello se invoca la Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009, asumiendo su contenido como determinante de la estimación de la solicitud formulada por la Federación Gallega de Fútbol; según la Xunta de Galicia un órgano jurisdiccional con competencia sobre todo el territorio nacional ya ha establecido que el fútbol-sala es una especialidad del fútbol, y por ello cabe proceder directamente sobre el particular. "Olvidando" que la Sentencia alude únicamente a un caso concreto (Aragón) y que su contenido queda limitado a las causas tasadas para el recurso de casación, así como a los argumentos de las partes durante dicho proceso. En el supuesto planteado, la Administración autonómica aragonesa consideró al fútbol-sala como una especialidad integrada en el fútbol, pero el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (entendiendo que podía entrar a resolver al tratarse de definir un concepto jurídico indeterminado y no una decisión discrecional) revocó la decisión y estimó el recurso interpuesto, decretando que el fútbol-sala era una modalidad deportiva y que lo gestionaría una Federación de fútbol-sala aragonesa independiente de la de fútbol. El recurso de casación ante el Tribunal Supremo restauró la decisión adoptada en origen por la Comunidad de Aragón, reconociendo la competencia del Estado (Consejo Superior de Deportes) y de las Comunidades Autónomas para decidir sobre el reconocimiento de las modalidades deportivas en su ámbito respectivo, si bien estableciendo una extraña subordinación de éstas a la decisión de la Administración del Estado e incluso a la de organismos privados (las Federaciones internacionales, el Comité Olímpico), una sumisión que entendemos puede recomendarse por motivos de oportunidad pero nunca imponerse por causa de legalidad.
Al respecto, entendemos especialmente relevante que en el caso de Aragón no existiera acuerdo ni conformidad de la Federación aragonesa de fútbol con la de fútbol-sala, de modo que no existían mecanismos de colaboración que posibilitaran el respeto a la decisión competencial diferente del Estado y de la Diputación General de Aragón. En el supuesto planteado sí que existía un problema de gestión del fútbol-sala, toda vez que al no existir Federación española de fútbol-sala los clubes mejor clasificados de categoría territorial no tenían dónde ascender, y los peor clasificados de la última categoría nacional (gestionada por la Real Federación Española de Fútbol) no tenían a dónde descender. O debían hacerlo "en cruzado", prescindiendo de la oficialidad competicional, es decir, que cuando se cambiara de competición nacional a territorial o viceversa se pasaba a participar en una competición federada oficial o a dejar de hacerlo. En el caso de Galicia eso nunca pasó, se coordinaron perfectamente las competencias mediante acuerdos y por ello la Federación gallega

de fútbol nunca impugnó la decisión de la Administración autonómica deportiva (al contrario de lo que sucedió en Aragón).
Y por ello no entendemos determinante dicha alusión a la existencia de jurisprudencia sobre el particular, que por otra parte databa del año 2009, por lo que malamente puede ser calificado como una "causa sobrevenida".

4.3.2. La "inexistente" causa de nulidad de la resolución de 1983
Sostiene la Xunta de Galicia que no cabe utilizar el procedimiento de revisión de oficio para revocar su acto administrativo de 1983 porque no incurre en ninguna causa de nulidad.
Sin embargo, ese argumento sería precisamente el que, reconduciendo la solicitud a la regulación y tramitación aplicable (el procedimiento de revisión de oficio), debería haberse esgrimido para desestimar la pretensión de la Federación gallega de fútbol; es decir, solicitar que la Xunta de Galicia revoque un acto administrativo favorable para la FGFS, dictado en 1983, firme y consentido, sin acreditar la existencia de una causa de nulidad de pleno Derecho de las previstas en el Ordenamiento administrativo.
Precisamente, lo que se hizo en 1983 fue dictar un acto administrativo favorable, determinante de la adquisición de facultades y derechos a la FGFS (la posibilidad de constituirse como Federación deportiva gallega con todos los beneficios inherentes a ello). Y a tal fin, si se considera que, de manera "sobrevenida", uno de los requisitos necesarios para poder dictarlo ha desaparecido, en aplicación de la jurisprudencia existente en supuestos ajenos (reiteramos, algo muy cuestionable), estaríamos ante una nulidad de pleno Derecho "sobrevenida" (en 2009), prevista en la Ley 39/2015 (artículo 47.1.f), o subsidiariamente ante un acto anulable (artículo 48.2), resultando de aplicación en tal caso los artículos 106 o 107 de la Ley 39/2015, respectivamente, es decir, el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos. Que no se extiende únicamente a los que son nulos de pleno Derecho.
Claro está, que en el supuesto de entenderse que la Sentencia del Tribunal Supremo implicaba no la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo de 1983, sino una mera anulabilidad… la Federación gallega de fútbol debiera haber efectuado su solicitud no más tarde de 2013.
Sin olvidar que, a tenor del contenido del artículo 110 de la Ley 39/2015 ("*Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*"), la viabilidad de estimación de la pretensión debería ser inexistente.

4.3.3. La ausencia de determinación de la Ley del deporte de Galicia al respecto

Respecto del último de los argumentos esgrimidos, poco cabe decir. Existiendo un procedimiento administrativo específicamente previsto para la tramitación de determinado tipo de solicitudes y pretensiones (como es el de la revisión de oficio de los actos administrativos), y siendo la Xunta de Galicia (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas) destinataria directa de dicha Ley (de obligado cumplimiento), argumentar que, dado que la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia, no indica expresamente que para la revocación de las Federaciones deportivas gallegas deba seguirse ese procedimiento, no se puede sostener que sea el aplicable, resulta ciertamente sorprendente.

Y ello porque el argumento contrario también es igual de válido (si no indica que no es aplicable, no tiene porqué no serlo), y también porque si la Ley del deporte, preferente por específica, no contiene ninguna referencia al respecto, rige en su plenitud la legislación administrativa común, que es la que debe aplicar la Secretaría General para el deporte de la Xunta de Galicia.

5. Conclusiones

El reconocimiento e inscripción de una Federación deportiva es un acto administrativo favorable, por el que se adquieren derechos y facultades (en particular la de ser agente delegado de funciones públicas administrativas, poder utilizar la bandera y el escudo e himno en la selección, ser declarada de utilidad pública automáticamente, gestionar con carácter de monopolio una modalidad deportiva, etc.).

La revocación del reconocimiento e inscripción de una Federación deportiva es un acto administrativo desfavorable, por el que se deja sin efecto el anterior y se priva de las facultades y derechos adquiridos a una persona jurídica.

La legislación deportiva no prevé el procedimiento aplicable, limitándose a incorporar algunas pautas competenciales o recordatorios procedimentales, siendo de aplicación (por remisión expresa o por la supletoriedad que caracteriza a la Ley 39/2015 en el ámbito administrativo) el contenido de la Ley de procedimiento administrativo vigente. Por otra parte, establecer un procedimiento específico, paralelo al de la Ley de procedimiento administrativo, para poder dejar sin efecto un acto administrativo firme, máxime cuando es declarativo de derechos, con merma de las garantía habilitadas al respecto, sería también de muy dudosa legalidad.

Al no existir referencia expresa sobre cuál de los procedimientos previstos en la Ley 39/2015 debe aplicarse, ha de actuarse atendiendo a la naturaleza y objeto de la pretensión, y al contenido legal aplicable. Sobre dicha base (se pretende dejar sin efecto un acto previo, firme y consentido, mediante una resolución que puede ser objeto de recurso administrativo), hemos de estar al procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos.

Sin embargo, resulta más cómodo y sencillo para los órganos competentes acordar la revocación obviando dicho cauce procedimental y hacerlo mediante el procedimiento administrativo común. Y aquí vamos a ampliar las causas, tal y como hemos indicado en apartados precedentes.

En primer lugar, porque si se invoca nulidad radical se omite el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo. Ello genera un primer efecto inmediato, como es agilizar la tramitación del procedimiento, especialmente cuando se ha iniciado a instancia de un tercero interesado (que aspira a eliminar un competidor para hacerse con su cuota de mercado) y se está de acuerdo con sus intenciones o argumentos. Y además, un importante segundo efecto: la omisión de un informe de terceros, de un prestigioso órgano neutral, que además de preceptivo es vinculante porque debe ser favorable, de tal modo que si no lo es la pretensión deberá ser necesariamente desestimada (en el mejor de los casos, reconducida a causa de anulabilidad vía recurso de lesividad). Mejor poder decidir por sí misma.

En segundo lugar, porque en el caso de que existiera una causa de anulabilidad, la solicitud estaría sujeta al plazo de cuatro años, mientras que si se considera que la solicitud de iniciación lo es de un procedimiento administrativo común, no se cuenta con dicha limitación.

Finalmente, porque incluso en el supuesto de que el Dictamen fuera favorable, que existiera una causa de nulidad o anulabilidad pretérita o sobrevenida, la revocación podría no ser viable "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias", cuando "su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes" (artículo 110 de la Ley 39/2015). Precepto inaplicable si el procedimiento utilizado no es el de revisión de oficio.

En cualquier caso, la doctrina jurídico-deportiva no se ha interesado por este aspecto. Salvo error, no existe debate doctrinal alguno sobre el particular. La revisión bibliográfica efectuada, centrada en trabajos específicamente dirigidos al análisis del régimen federativo, y en particular a las figuras de la constitución y revocación, de los últimos años, no analizan la naturaleza del procedimiento a seguir para la revocación del reconocimiento e inscripción de una Federación deportiva, ni española ni autonómica, y tampoco se plantean si para la extinción de estas asociaciones basta con un sencillo procedimiento con trámite de audiencia o debe utilizarse el procedimiento de revisión de oficio.

Nuestro parecer es que, desde un punto de vista legal, para la revocación del reconocimiento e inscripción de una Federación deportiva ha de seguirse el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos, que prevé mayores garantías para los interesados que en su momento se vieron beneficiados por un acto administrativo favorable.

De la interpretación administrativa y jurisprudencial nos ocuparemos en un segundo trabajo.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il silenzio assenso "orizzontale" della Soprintendenza nel procedimento "pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica dopo la legge Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124, introduttiva dell'art. 17 bis della legge n. 241/90)

di Lorenzo Bruno Molinaro

(Avvocato)

Sommario

1. Premessa. 2. L'applicabilità del silenzio assenso nel procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica con fase co-decisoria pluristrutturata (art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004). 3. L'erronea decisione sul tema del TAR Molise (Sez. I, 8 maggio 2019, n. 179). 4. L'esclusione del silenzio assenso nel procedimento c.d. "verticale" o "monostrutturato": la sentenza Fidenzio della Corte di Cassazione, Sez. III pen., del 9 aprile 2019, n. 15523. 5. Quid iuris in ordine agli effetti del parere della Soprintendenza intervenuto oltre il termine? 6. Conclusioni.

Abstract

The sentence that is noted (TAR Campania Napoli, Section VI, Pres. Passoni, Est. Buonauro, of April 17, 2019, filed on June 7, 2019) represents the first important precedent in Italy, after the introduction, with law no. 124/15 (art. 3), of art. 17 bis of law no. 241/90 (concerning "Delegations to the Government on the reorganization of public administrations. Silence of consent between public administrations and between public administrations and managers of public goods or services"), in relation to the special landscape compatibility assessment procedure of which art. 167 of Legislative Decree no. 42/04.

The ruling has the merit of having given an answer, with lucid and tranchant motivation, to the topic, still subject to interpretative debate, of the application to the landscape assets of the institute of silent assent between public administrations.

1. Premessa.

La sentenza che si annota (TAR Campania Napoli, Sez. VI, Pres. Passoni, Est. Buonauro, del 17 aprile 2019, depositata il 7 giugno 2019) rappresenta il primo importante precedente in Italia, dopo l'introduzione, con legge n. 124/15 (art. 3), dell'art. 17 *bis* della legge n. 241/90 (avente ad oggetto "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*"), in relazione allo speciale procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 42/04.

La sentenza ha il merito di aver dato risposta, con motivazione lucida e *tranchant*, al tema, tuttora oggetto di dibattito interpretativo, dell'applicazione ai beni paesaggistici dell'istituto del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni.

Nel caso esaminato dal TAR, il comune aveva accertato e sanzionato, con un ordine di rimessione in pristino dello stato dei luoghi, l'abusiva trasformazione, ad opera di un privato, del lastrico solare di un locale ad uso deposito in terrazza praticabile mediante la realizzazione di "*pavimentazione con sottostante massetto di pendenza e impermeabilizzazione*" e la successiva apposizione di "*ringhiera in ferro di protezione*".

Proposto tempestivo ricorso, l'interessato aveva impugnato, chiedendone l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, il silenzio rifiuto a suo dire formatosi in conseguenza dell'inutile decorso del termine di novanta giorni assegnato alla Soprintendenza dall'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/04 per la formulazione del parere sulla istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica presentata - per le opere sanzionate - "*ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 42/04*".

Aveva rappresentato, in fatto, il ricorrente che, dopo che il responsabile dello sportello unico per l'edilizia del comune aveva espresso parere di conformità ai fini urbanistici alla sanatoria delle opere ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380/01, anche il responsabile per il paesaggio del medesimo ente aveva, dal canto suo, formulato proposta di accoglimento, considerato che l'intervento rientrava "*nella fattispecie prevista dall'art. 167 comma 4 del d.lg.vo 42/2004*", e disposto, conseguentemente, la trasmissione alla Soprintendenza di "*copia dell'istanza (...) per il parere vincolante*".

Il TAR ha rigettato il ricorso, avendo condivisibilmente ritenuto che, in tali casi, il comportamento inerte della Soprintendenza a fronte della trasmissione dell'istanza da parte del comune non dà luogo a silenzio rifiuto, in quanto, << *a seguito dell'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, viene in rilievo un'ipotesi di silenzio assenso "orizzontale" tra PA, connesso al decorso dello speciale termine di novanta giorni, da ritenersi applicabile al caso di specie in quanto riferita*

(anche) alle autorizzazioni paesaggistiche in procedimento caratterizzato da una fase decisoria pluristrutturata, subordinata ad acquisire un parere vincolante >>.

Tale ultimo passaggio assume particolare rilevanza, poiché il TAR conferma, ove mai ce ne fosse ancora bisogno, che la nuova disciplina - già da tempo efficace, atteso che la disposizione dell'art. 17 bis è entrata in vigore il 28 agosto 2015 - trova piena applicazione anche alla materia del paesaggio notoriamente sottratta in precedenza a misure di semplificazione amministrativa (come si ricava dall'inequivoco tenore delle disposizioni del Codice del 2004, che aveva abrogato le norme sul silenzio assenso introdotte dalla riforma c.d. "*Bassanini*" di cui alla legge n. 127 del 1997, art. 12, commi 5 e 6, della legge n. 127 del 1997, recepite dall'art. 24 del d.lgs. n. 490 del 1999).

Nel suo approdo interpretativo, il TAR suggella, peraltro, implicitamente anche la piena legittimità degli indirizzi applicativi diramati *a caldo* dal MiBACT con circolare del 10 novembre 2015, prot. n. 27158.

La circolare in questione, dopo aver premesso, in generale, che l'istituto del silenzio assenso, di natura endoprocedimentale, nasce quale forma di semplificazione amministrativa, finalizzata a garantire il buon andamento per mezzo di un'accelerazione dell'attività amministrativa, costituendo, secondo la giurisprudenza, un "*modello procedimentale semplificato*", in virtù del principio dell'obbligo di conclusione del procedimento entro un termine certo, e che tale modello "*procedimentale*" dà luogo ad un meccanismo di "*tipizzazione*" legale del silenzio dell'amministrazione, evidenzia che, per il comma 3 dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015 (secondo periodo), "*in tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente*".

La locuzione "*termine diverso*", adoperata dalla legge, fa sì che restino in vigore e prevalgano, in quanto norme speciali, secondo la riferita opzione interpretativa, quelle che prevedono non solo termini più lunghi (rispetto al termine generale di novanta giorni) ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi (come il termine di quarantacinque giorni previsto per il parere del Soprintendente nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica *a regime*, in base all'art. 146, comma 8, del Codice, oppure il termine di trenta giorni per il medesimo procedimento nel caso di interventi di lieve entità, ai sensi e per gli effetti del d.P.R. n. 139 del 2010).

La circolare precisa, infine, che trova applicazione il nuovo art. 17 *bis* in tutti i casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, anche se tale domanda abbia ad oggetto un'autorizzazione paesaggistica e il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un

privato, a nulla rilevando che la domanda di quest'ultimo sia intermediata e veicolata dallo sportello unico comunale.
Tale conclusione è stata successivamente confermata sia dal parere del Consiglio di Stato del 13 luglio 2016, n. 1640, che ha anche determinato il MiBACT a diramare nuovi indirizzi, ad integrazione di quelli resi in precedenza, con circolare del 20 luglio 2016 (con la quale viene ribadito che il silenzio assenso c.d. "*orizzontale*" opera in tutti i procedimenti che prevedano una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, qualunque sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento), sia dal T.A.R. Sardegna, Sez. II, nella sentenza chiarificatrice dell'8 giugno 2017, n. 394 (le cui conclusioni prescindono "*dalla rilevanza e dalla portata che si volesse assegnare alla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 189 del 2016*").

2. L'applicabilità del silenzio assenso nel procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica con fase co-decisoria pluristrutturata (art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004).
Il principio affermato dal TAR Campania nella sentenza in commento rispecchia fedelmente l'attuale ordito normativo circa gli effetti del "*silenzio*" anche per quanto attiene allo speciale procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica.
Infatti, l'art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004, dopo aver stabilito che l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, prevede che, al di fuori dei limitati casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi.
L'art. 167, comma 4, riconosce, invece, la possibilità di procedere, in via eccezionale, all'accertamento *a posteriori* della compatibilità paesaggistica, secondo la scansione procedimentale indicata nel successivo comma 5, solo nei seguenti casi:
- per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;
- per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;
- per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. n. 380 del 2001.
Se le opere rientrano in una delle tipologie indicate, il comma 5 dell'art. 167 prevede, altresì, che « *il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi … presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il*

trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione ».

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 1935 del 13 maggio 2016, depositata il 25 febbraio 2018, ha affermato, con riferimento al caso di un parere negativo rilasciato nel giugno 2010 e, dunque, in presenza di un quadro normativo del tutto diverso poiché relativo ad epoca di gran lunga antecedente alla entrata in vigore del citato art. 17 *bis* della legge n. 241/90, che, « *qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni stabilito dall'art. 167, comma 5, del Codice per il paesaggio, il potere dell'Amministrazione statale continua a sussistere … ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4656 del 18 settembre 2013)* ».

La perentorietà del termine riguarda, invero, «*non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze)*».

Quindi, «*nel caso di superamento del medesimo termine (così come avviene nel caso di superamento del termine di centottanta giorni, fissato dallo stesso art. 167, comma 5, per la conclusione del procedimento, nonché nel caso di superamento di quello di quarantacinque giorni, fissato dall'art. 146, comma 5), il Codice non ha determinato né la perdita del relativo potere né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4656 del 18 settembre 2013 cit.).*

La giurisprudenza più recente di questa Sezione, nell'esaminare la disposizione dettata dall'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica nel procedimento ordinario, ha poi anche sostenuto che, decorso il termine assegnato, l'organo statale conserva la possibilità di rendere il parere ma il parere espresso tardivamente perde il suo valore vincolante e deve essere quindi autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2136 del 27 aprile 2015) ».

Superando la disposizione contenuta nel testo previgente e gli stessi principi affermati dal Consiglio di Stato nella predetta sentenza n. 1935/16, la norma dell'art. 17 *bis* non prevede esclusioni di sorta, né contiene specifiche previsioni in ordine al procedimento disciplinato dall'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004, limitandosi a stabilire, come sopra ricordato, che le disposizioni sulla formazione del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche « *si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nullaosta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti*

termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito» [comma 3 dell'art. 17-bis cit.] (v., sul punto, anche TAR Campania Napoli, Sez. IV, sentenza n. 5499 del 18 luglio 2018, depositata il 10 settembre 2018).
Del medesimo parere, del resto, è anche il MiBACT che, nella circolare del 10 novembre 2015 innanzi citata, evidenzia che il criterio di applicabilità del nuovo silenzio assenso ai rapporti con i privati vale, oltre che per la gestione delle pratiche relative ai condoni edilizi, anche per "*la sanatoria paesaggistica (nei limiti) di cui all'art. 167, comma 4, del codice*".
In entrambi i casi, infatti, il procedimento è rivestito "*dell'involucro formale del parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo*".
È innegabile, poi, come sottolineato dal TAR nella sentenza in rassegna, che il procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica sia di tipo "*pluristrutturato*", risultando anche quest'ultimo, come quello "*a regime*" di cui all'art. 146, caratterizzato da evidente co-gestione del vincolo tra la Soprintendenza e la Regione o ente territoriale subdelegato.
Ad identica conclusione si perviene, infine, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità sottoposti a procedimento semplificato.
Per tali interventi, infatti, l'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017 prevede espressamente che, in caso di mancata formulazione del parere del Soprintendente entro 20 giorni dalla richiesta della Regione o del comune da essa delegato, si forma "*il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*".

3. L'erronea decisione sul tema del TAR Molise (Sez. I, 8 maggio 2019, n. 179).
Sul tema si registra una sentenza del TAR Molise di segno completamente opposto rispetto alla innovativa pronunzia del TAR Campania, di poco antecedente a quest'ultima, risultando depositata il 15 maggio 2019.
In tale sentenza, i giudici molisani affermano che, "*nel caso in cui sia stata presentata una richiesta di sanatoria, il superamento del termine di novanta giorni di cui all'art. 167, co. 5, del d.lgs. 42/2004, previsto per la valutazione di compatibilità paesaggistica, comporta per l'interessato la possibilità di proporre ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione, ma non rende illegittimo il parere tardivo. Invero, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente affermato che "qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni assegnato dall'art. 167, comma 5, del codice dei beni culturali e del paesaggio, per la valutazione di compatibilità paesaggistica delle opere per le quali è stata chiesta la sanatoria, il potere dell'organo ministeriale continua a sussistere, ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimità dell'inerzia. La perentorietà del termine riguarda, in altre parole, non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del*

procedimento, obbligo che, ove rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze (Consiglio di Stato, Sez. VI, 06/02/2019, n. 895)".
Tale decisione è chiaramente erronea in quanto ignora sorprendentemente il disposto del sopravvenuto art. 17 bis della legge n. 241/90 (pur menzionato *en passant* in altro passaggio della sentenza ma solo per dedurre l'inapplicabilità del nuovo istituto del silenzio in caso di preavviso di rigetto) che legittima, come si è visto, l'espressione della volontà procedimentale anche attraverso l'inerzia prolungata entro il termine assegnato, non essendo più la motivazione esplicita richiesta come elemento strutturale dell'atto e potendosi - anzi - ritenere la motivazione stessa insita - sul piano empirico - nell'adesione implicita allo schema di provvedimento formulato dall'amministrazione procedente.
Né può indurre a contrarie conclusioni il richiamo operato dal TAR alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 6 febbraio 2019, n. 895, secondo cui, << *qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni assegnato dall'art. 167, comma 5, del codice dei beni culturali e del paesaggio, per la valutazione di compatibilità paesaggistica delle opere per le quali è stata chiesta la sanatoria, il potere dell'organo ministeriale continua a sussistere, ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimità dell'inerzia. La perentorietà del termine riguarda, in altre parole, non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento, obbligo che, ove rimasto inadempiuto, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; Consiglio di Stato sez. III, 26 aprile 2016, n.1613; Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4656). L'art. 20 della legge n. 241 del 1990, del resto, esclude dall'ambito di applicazione del silenzio-assenso i procedimenti «riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico». In definitiva, il superamento del sopra richiamato termine di novanta giorni consente all'interessato di proporre il ricorso previsto dall'art. 117 del c.p.a. avverso il silenzio dell'amministrazione* >>.
Tale pur autorevole precedente, infatti, è riferito ad una vicenda che trae origine da una istanza di compatibilità paesaggistica presentata dall'interessato in data 29 febbraio 2008, allorquando, cioè, la legge *Madia* era (oltremodo) di là da venire.

4. L'esclusione del silenzio assenso nel procedimento c.d. "verticale" o "monostrutturato": la sentenza Fidenzio della Corte di Cassazione, Sez. III pen., del 9 aprile 2019, n. 15523.
Quanto appena evidenziato in ordine alla operatività del silenzio assenso nel procedimento tra pubbliche amministrazioni (regione o comune subdelegato, da una parte, e Soprintendenza dall'altra) con fase co-decisoria pluristrutturata, non vale nel rapporto "*a valle*", di tipo "*verticale*", tra l'autorità preposta alla gestione del vincolo (regione o comune subdelegato) e il privato che ha chiesto l'autorizzazione paesaggistica.
Nel procedimento c.d. "*verticale*" o "*monostrutturato*", nel quale la domanda proviene direttamente dal privato e non da amministrazioni pubbliche, resta, infatti,

applicabile l'art. 20 della legge n. 241/90, che esclude espressamente, al comma 4, il silenzio assenso per gli "*atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico*".

Anche a seguito dello *ius superveniens* di cui alla richiamata legge *Madia*, ai procedimenti ad istanza di parte privata continua, pertanto, ad applicarsi il previgente regime, ivi compreso l'obbligo di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2 della citata legge n. 241 del 1990, anche nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, ipotesi in cui il procedimento sarà concluso con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata.

Il silenzio assenso non potrà trovare applicazione anche nei casi in cui il privato chiede di essere autorizzato ad eseguire interventi, anche di natura conservativa, su un immobile vincolato come bene culturale, ossia su un bene che presenta interesse storico-artistico.

In tale ipotesi, infatti, come previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 42/04, "*l'esecuzione di opere è subordinata ad autorizzazione del Soprintendente*".

Ove questa non intervenga nel termine prefissato ("*di centoventi giorni dalla ricezione della richiesta da parte dellaSoprintendenza*"), il successivo art. 22 stabilisce che il privato interessato può solo diffidare l'amministrazione a provvedere e successivamente agire, se questa ancora non provvede, "*nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida*", ai sensi "*dell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni*".

In buona sostanza, il silenzio dell'amministrazione, avendovi il legislatore attribuito valore e significato di rifiuto (silenzio-inadempimento), non potrà mai valere, in tali situazioni, quale silenzio assenso, nè, d'altronde, può sostenersi che la citata disposizione sia stata tacitamente abrogata dal successivo art. 17 *bis* per l'assorbente motivo che, in materia, la gestione del bene (culturale) ad opera della Soprintendenza è di tipo "*verticale*" e, dunque, "*monostrutturata*", essendo esclusa ogni co-gestione del relativo potere con la regione o il comune subdelegato.

Tali conclusioni hanno trovato - di recente - ulteriore conferma nella sentenza della Corte Suprema di Cassazione, Sez. III pen., del 9 aprile 2019, n. 15523.

La questione della quale si è occupata la Corte è stata se l'autorizzazione paesaggistica prevista per la realizzazione di opere edilizie in aree sottoposte a vincolo, e per le quali è necessaria la segnalazione certificata di inizio di attività, possa intendersi rilasciata per effetto del silenzio della pubblica amministrazione competente.

Tale questione è stata risolta negativamente alla luce delle seguenti disposizioni, la cui formulazione letterale non ammette, del resto, diverse interpretazioni:

a) art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001, rubricato « *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire* », il quale, al comma 8, nel testo attualmente vigente, per effetto,

da ultimo, delle modifiche recate dall'art. 2, comma 1, lett. b), n. 4, d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, prevede: « *Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241* »;

b) art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001, rubricato «*Interventi subordinati a segnalazione certificata di inizio di attività*», il quale, al comma 5, nel testo attualmente vigente, per effetto, da ultimo, delle modifiche recate dall'art. 3, comma 1, lett. f), n. 5, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, prevede: « *La realizzazione degli interventi di cui al presente Capo che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica, paesaggistico-ambientale o dell'assetto idrogeologico, è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative. Nell'ambito delle norme di tutela rientrano, in particolare, le disposizioni di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 [poi sostituito dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*»;

c) art. 23-bis d.P.R. n. 380 del 2001, rubricato «*Autorizzazioni preliminari alla segnalazione certificata di inizio attività e alla comunicazione dell'inizio dei lavori*», che, a norma del comma 3, si applica anche agli interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata, prevedendo, in ogni caso, la necessità di «*acquisizione di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per l'intervento edilizio*».

Dal combinato disposto di queste previsioni, secondo la Corte, "*sembra corretto desumere che, quando si intende realizzare un intervento edilizio per il quale è necessario il permesso di costruire o la segnalazione certificata di inizio di attività, riguardanti immobili sottoposti a tutela paesaggistica o ambientale, è necessario acquisire preventivamente il parere o l'autorizzazione prevista dalle specifiche discipline di salvaguardia, e, inoltre, che l'istituto del silenzio assenso non opera con riferimento agli atti e procedimenti riguardanti la tutela del patrimonio paesaggistico o dell'ambiente*".

La soluzione indicata risulta - a ben vedere - perfettamente in linea con l'elaborazione della giurisprudenza precedentemente formatasi in materia ed è stata anche ulteriormente normata dal c.d. *Collegato Ambientale* approvato con legge n. 221/15 (art. 54), che ha modificato l'art. 20 della legge n. 241/90, il cui comma 4 prevede, appunto, che "*le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico (...)*".

Va, infatti, ricordato, in termini generali, che, in tema di tutela del paesaggio, il provvedimento autorizzatorio previsto dalla legislazione di settore deve avere forma espressa, atteso che il silenzio dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo non può avere valore di assenso stante la necessità di valutare da parte della P.A.

equilibri diversi e tenere conto del concorso di competenze statali e regionali (Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2004, n. 38707, *Loprieno*).
L'identico principio è stato, inoltre, affermato anche con riferimento alla definizione di pratiche edilizie mediante sanatoria, precisandosi, in particolare, che "*la speciale causa di estinzione del reato paesaggistico introdotta dall'art. 39, comma 8, della legge n. 724/94, è subordinata, in caso di opere eseguite in zona vincolata, al conseguimento delle autorizzazioni delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo, non essendo applicabile la procedura del silenzio assenso, prevista dal comma 4 della medesima disposizione, che si riferisce alla sola ipotesi di violazioni edilizie eseguite in zona non vincolata*" (così, per tutte, Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2018, n. 30059, *Quartucci*).

5. Quid iuris in ordine agli effetti del parere della Soprintendenza intervenuto oltre il termine?
La risposta al quesito è che la mancata osservanza, da parte della Soprintendenza, del termine perentorio previsto *ex lege* per il rilascio del parere di compatibilità paesaggistica non determina la giuridica inesistenza del parere reso oltre tale termine, ma semplicemente la perdita del carattere vincolante impressogli dalla legge.
Tale parere, infatti, secondo la prevalente giurisprudenza, "*pur collocandosi al di fuori del quadro normativo, costituisce sempre un elemento del procedimento che l'amministrazione deve valutare, potendosene motivatamente discostare*" (Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 252; T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 4 luglio 2014, n. 1195).
Per la soluzione della problematica, oggetto di acceso dibattito, sono state, invero, ipotizzate tre opzioni (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 4927):
a) - secondo una prima tesi, in siffatte ipotesi dovrebbe concludersi nel senso dell'intervenuta consumazione del potere per l'organo statale di rendere un qualunque parere vincolante o non vincolante (che - se reso - verrebbe considerato giuridicamente inesistente);
b) in base a un secondo orientamento, nelle medesime ipotesi dovrebbe concludersi nel senso della permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di esprimere un parere di carattere comunque vincolante (dovendosi in particolare riconoscere carattere meramente ordinatorio al richiamato termine): tesi che, tuttavia, finirebbe per confliggere oggi con il silenzio assenso che la legge n. 124 del 2014 ritiene invece formato una volta decorso il termine predeterminato per legge;
c) in base a una terza opzione interpretativa, nelle predette ipotesi non potrebbe escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento: parere che, tuttavia, perderebbe il carattere di vincolatività e dovrebbe essere autonomamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale.

Tra le varie tesi ritengo che la più convincente sia quella mutuata dalla giurisprudenza sopra citata.
Infatti, ove il parere negativo della Soprintendenza venga espresso quando il relativo termine di legge è scaduto, il comune - nell'assumere la decisione finale - deve considerare quel parere (ancorché non vincolante) alla stregua di mero dato istruttorio e perciò esprimere una propria valutazione, congruamente motivata, in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento proposto.
In altri termini, quel parere non è *inutiliter datum* o - se si vuole - giuridicamente inesistente.
Esso cessa solo di essere vincolante per cui il comune - che deve, a quel punto, valutarlo criticamente e motivatamente - se ne può discostare dando puntualmente conto delle ragioni per cui ritenga di farlo, dal momento che si tratta pur sempre del parere proveniente dall'organo alla cui volontà la legge - nel sistema di co-gestione del vincolo - dà chiaramente prevalenza per la qualificazione tecnica nella materia di riferimento (cfr., in tema, anche T.A.R. Lazio Latina, Sez. I, 23 settembre 2015, n. 634 e T.A.R. Sardegna, Sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41).

6. Conclusioni.
Tirando le fila del complessivo ragionamento, nel procedimento orizzontale pluristrutturato (relativo a "*rapporti tra pubbliche amministrazioni*", come quello tra regione o comune subdelegato, da una parte, e Soprintendenza dall'altra, nel procedimento di condono edilizio o di accertamento di compatibilità paesaggistica), trova applicazione l'art. 17 *bis* della legge n. 241/90, che ha introdotto l'istituto del silenzio assenso, cui è stato riconosciuto un triplice fondamento:
- *eurounitario*, perché viene ricondotto al "*principio della tacita autorizzazione*" introdotto dalla c.d. Direttiva *Bolkestein* (considerando 43, art. 13, par. 4);
- *costituzionale*, perché si ricollega al principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il '*primato dei diritti*' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico;
- *sistematico*, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.
In pratica, mentre sulla richiesta di parere rivolta dalla regione o dal comune subdelegato alla Soprintendenza si forma il silenzio assenso, una volta decorso il termine di legge a far data dalla ricezione della richiesta stessa (45 giorni in caso di condono edilizio e 90 giorni in caso di accertamento di compatibilità paesaggistica), come previsto dall'art. 17 *bis* della legge n. 241/90, nel diverso caso della richiesta di autorizzazione paesaggistica, atto di chiusura del relativo procedimento (*recte*: subprocedimento) - si tratti di condono edilizio o di accertamento di compatibilità paesaggistica - di competenza della regione o del comune subdelegato, il silenzio

equivale, invece, a rifiuto e non ad assenso, come ribadito anche dal *Collegato Ambientale* approvato con legge n. 221 del 2015, che ha modificato l'art. 20 della legge n. 241/90.

In tale ipotesi, infatti, si è in presenza di procedimento *"verticale"* di tipo *"monostrutturato"*, all'esito del quale l'autorizzazione paesaggistica va rilasciata espressamente, come già previsto anche dal regime previgente (art. 146 del d.lgs. n. 42/04 e, prim'ancora, art. 7 l. n. 1497/39).