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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2020

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

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, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 4/2020

SOMMARIO

1. **El recurso especial en materia de contratación en España. Configuración actual, especialidades y última reforma**
di Ramón Terol Gómez……...pag. 386

2. **Sviluppo urbano e nuove tecnologie. Il ruolo della pubblica amministrazione.**
di Maria Cristina Cavallaro……pag. 421

3. **Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti.**
di Giovanni Cocozza……...pag. 431

4. **Alcune riflessioni sul concetto di "certezza dell'azione amministrativa".**
di Giuliano Taglianetti…….....pag. 443

5. **Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici.**
di Andrea Marco Colarusso……pag. 461

6. **Nota alla Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 28/01/2020, n. 1869 Giustizia amministrativa – Giurisdizione - Riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – Inconferibilità e incompatibilità – Funzionario onorario.**
di Andrea Marco Colarusso……pag. 482

ISSN 2036-7821

7. **Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi pubblici. L'applicazione della disciplina ed il ruolo del RPCT. Aspetti teorici e pratici con approfondimento delle Linee Guida ANAC e della Giurisprudenza.**
di Francesca Perrone……...pag. 498

8. **Lottizzazione abusiva e prescrizione: osservazioni a margine della sentenza del 30 aprile 2020, n. 13539 e valutazione di proporzionalità secondo i principi enunciati dalla grande camera nella sentenza del 28 giugno 2018 (CASE OF G.I.E.M. S.R.L. AND OTHERS V. ITALY).**
di Lorenzo Bruno Molinaro……pag. 535

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

El recurso especial en materia de contratación en España. Configuración actual, especialidades y última reforma

di Ramón Terol Gómez*

(Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante)

Sommario

1. Antecedentes y aspectos generales de la regulación; 1.1. Sobre la trasposición tardía de la denominada Directiva de recursos y la primera regulación en España; 1.2. El recurso especial en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Aspectos generales y especialidades recientes; 2. Ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación; 2.1. Contratos y actuaciones impugnables; 2.2. El régimen de la reclamación para los contratos de los sectores especiales; 3. Aspectos procedimentales; 3.1. Legitimación y solicitud de medidas cautelares; 3.2. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición del recurso; 3.3. Forma, lugar y efectos de la interposición del recurso; 3.4. Causas de inadmisión; 3.5. La tramitación del recurso; 3.5.1. Las especialidades del régimen general; 3.5.2. Más especialidades. Las del recurso especial (cuando proceda) en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.; 3.6. La resolución y sus efectos; 4. Órgano competente para resolver. Los Tribunales Administrativos de Resolución de Recursos Contractuales y la última reforma

Abstract

The aim of this study is to offer an exposition of the legal regime that is established in Spain for the so-called "special administrative appeal in contracting matters". A regime that, after various reforms, is contained in the current Administrative Contract Law of 2017, a law that very recently -in December 2020- has been modified again and of which we intend, with regard to the indicated "special administrative appeal", to offer a updated vision. We will address the regulatory evolution and explain the current one, with special attention to procedural aspects and to the competent bodies for the resolution of it

** La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'originalità del contributo, nonché la capacità dell'autore di entrare in un dialogo approfondito col dibattito internazionale.*

1. Antecedentes y aspectos generales de la regulación.

1.1. Sobre la trasposición tardía de la denominada Directiva de recursos y la primera regulación en España.

El objeto del presente estudio es ofrecer una exposición del régimen jurídico que está establecido en España para el denominado "recurso especial en materia de contratación". Un régimen que, tras distintas reformas está contenido en la vigente Ley de contratos de 2017, una norma que muy recientemente -en diciembre de 2020- ha vuelto a modificarse y de la que pretendemos, en lo que se refiere al indicado recurso, ofrecer una visión actualizada.

Hay que comenzar señalando que la búsqueda de un sistema de recursos rápido, eficaz y garantista en materia de contratación pública, que garantice el control de los procedimientos de adjudicación de contratos y el respeto a los principios que deben regir el buen funcionamiento del mercado interior ha sido y es uno de los objetivos que ha perseguido la Unión Europea en este ámbito, y que tuvo su primera concreción en la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, también conocida como "Directiva de recursos".

Esta Directiva, en su clarificadora exposición de motivos, venía a afirmar que "los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse"; que "la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho", y que "la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación". Estas consideraciones, unidas a la toma de conciencia sobre que "dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular,

para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que el poder adjudicador podría eventualmente adoptar; que la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas" llevan a la Directiva a considerar que "es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción".

De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva, los Estados miembros deberán tomar, respecto de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación entonces vigentes1, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes. Asimismo, "velarán para que entre las empresas que deban alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato no se produzcan discriminaciones a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales" (apartado 2), y "garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso" (apartado 3).

En el terreno de las obligaciones que se imponen, son relevantes las letras a) y c) del artículo 2.1 de la Directiva, por cuanto establece que "Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios: a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores; b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de

[1] Nos referimos a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y a la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión; ...".

También contempló esta cuestión, para los contratos incluidos en los sectores de su ámbito de aplicación, la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

La legislación española posterior a las indicadas Directivas no estableció recurso especial o específico alguno en materia de contratación, y ello brilló por su ausencia en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que tampoco se recogiera nada al respecto en el Real Decreto-legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Todo ello, como indica QUINTANA, "porque el legislador estimó innecesaria la trasposición de las Directivas de recursos al considerar equivocadamente que nuestro ordenamiento procedimental y procesal ya cumplía con sus exigencias"2.

Ello derivó en el incumplimiento del Reino de España declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 15 de mayo (C-214/00) y 16 de octubre de 2003 (C-283/00). Pronunciamientos que vinieron seguidos por un nuevo paquete de Directivas de 2004 en materia de contratación, lo que venía a imponer una modificación más de la legislación de contratos en España.

Sin entrar en el conjunto de Directivas aprobadas, destaca la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en lo que a los sectores especiales se refiere hay que estar a la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

---

[2] Vid. QUINTANA CARRETERO, J.P., "El recurso especial en la contratación pública: las novedades introducidas por la LCSP", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, nº 1, septiembre 2018, disponible en: https://elderecho.com/el-recurso-especial-en-la-contratacion-publica-las-novedades-introducidas-por-la-lcsp (último acceso: 12 enero 2021), a donde pertenece el texto entrecomillado del párrafo.

Al respecto, la exposición de motivos de la Ley 13/1995 indicaba que "No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido".

Directiva esta que deja fuera el sector de las telecomunicaciones -en el que ya hay competencia en el mercado- e incluye el de los servicios postales.

Para trasponer la indicada Directiva 2004/18/CE se aprobó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que derogó el texto refundido de 2000 e incluyó en su artículo 37 el "recurso especial en materia de contratación". Y en lo que se refiere a la trasposición de la Directiva 2004/17/CE, se aprobó la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que regulaba también un recurso especial (artículo 101 y ss.).

Sin entrar en lo que se venía a establecer respecto del indicado recurso en las leyes señaladas, la indicada regulación estaba destinada a tener una vida corta ya que poco después de su aprobación se promulgó la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Y poco después, vino una nueva condena a España con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 (C-444/06).

Todo ello forzó a la aprobación de una nueva ley que reformara las de 2007 e introdujera una regulación del régimen de recursos en materia de contratación acorde a lo dispuesto en las Directivas. Ello sucedió con la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para la para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, introdujo en nuestro país la denominada "cuestión de nulidad"[3] y el recurso especial en materia de contratación, que habría de ser resuelto por un órgano especializado e independiente del poder adjudicador.

El cambio introducido por la Ley 34/2010 trajo consigo la instauración de un sistema de Tribunales Administrativos –a pesar de la denominación, no tienen carácter jurisdiccional- de recursos contractuales, con órganos de esta naturaleza de distinto

[3] Estableciéndose supuestos especiales de nulidad para determinados contratos, para hacer valer tales motivos, se prevé la posibilidad de interponer una "cuestión de nulidad" ante el órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación, que puede plantear toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad. Sobre esta cuestión, por todos, PALOMAR OLMEDA, A., "La nulidad de los contratos y la nueva acción de nulidad", *El nuevo marco de la contratación pública* (Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A., Dirs.), Bosch, Barcelona, 2012, especialmente pp. 189-197, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos públicos y régimen <<cualificado> de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad", *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (Gimeno Feliu, J.M., Dir.; Bernal Blay, M.A., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 2569 a 318, y LIÑEIRA PIÑEIRO, J., "Cuestión de nulidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 6, 2022, pp. 167-179..

ámbito como más adelante veremos, que han venido a desempeñar sus funciones con notable solvencia, hasta el punto de ir conformando un cuerpo de doctrina sobre la aplicación de la legislación de contratos administrativos que, hoy en día, resulta de imprescindible consulta.

A nivel estatal está el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante), pudiendo constituirse otros -como así sucedió- en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Respecto del primero, se aprobó el necesario desarrollo reglamentario con la promulgación del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quedémonos con el dato consistente en constatar que la reforma de la legislación de contratos operada por la Ley 34/2010, fruto de una complicada trasposición de las Directivas, persiste hoy en la vigente Ley de contratos del sector público, en lo que se refiere al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación. A ello vamos a referirnos seguidamente, sin perjuicio de recordar que la legislación 2007 fue tantas veces modificada que tuvo que aprobarse un texto refundido en 2011, el Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), y que preveía el recurso especial en materia de contratación, que se estableció sólo para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Ese régimen se refiere a un recurso administrativo peculiar cuyas principales características pueden condensarse en lo siguiente[4]:

1) constituye un medio de impugnación de actuaciones por razones de legalidad que resuelve una instancia administrativa, cuya resolución puede ser objeto, a su vez y por tanto, de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa;

2) tiene carácter especial –por lo que sólo puede operar en los concretos supuestos previstos en la Ley- y desplaza, en su ámbito, al régimen de impugnación ordinario, que es de aplicación en los restantes casos, es decir, los referidos a los contratos no sujetos a regulación armonizada (art. 40 TRLCSP); y

3) es de formulación potestativa (art. 40 TRLCSP).

Su resolución corresponde a órganos especiales, cuya estructura se establece en el artículo 41 TRLCSP en función de la instancia territorial a la que pertenezca la entidad autora de la actuación contractual impugnada. Y así, en el ámbito de la AGE, el conocimiento y la resolución de este recurso corresponde a un órgano

[4] Sobre esta regulación inicial, por todos, PAREJO ALFONSO, L., "La revisión especial de actos en la legislación de contratos del sector público", *El nuevo marco de la contratación pública* (Parejo Alfonso, L. y Palomar Olmeda, A., Dirs.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 199-240, y GIMENO FELIU, J.M., "El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos", *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (Gimeno Feliu, J.M., Dir.; Bernal Blay, M.A., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 211-258.

especializado dotado de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias (cuya competencia se extiende a la actividad contractual del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas), que recibe el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y compuesto por un Presidente y dos vocales.

Apuntado lo anterior, hay que señalar que el TRLCSP de 2011, también, fue objeto de modificaciones y, sobre todo, de una rápida obsolescencia dada la entrada en vigor de un nuevo paquete de Directivas en materia de contratación aprobadas el 26 de febrero de 2014: las Directivas del Parlamento Europeo y Del Consejo 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública y la 2014/25/UE, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales5.

El plazo de transposición de las Directivas terminó el 18 de abril de 2016 sin que a esa fecha nada se aprobara en España, pues a pesar de haberse iniciado los trabajos para la transposición incluso antes de la aprobación final de las Directivas, la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 debido a la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre del mismo año, imposibilitó realizar la tramitación parlamentaria de las nuevas leyes que incorporaban las Directivas, tras haberse completado su compleja elaboración y tramitación administrativa.

Ello, no obstante, aunque sí se incorporaron algunos preceptos de las citadas Directivas al TRLCSP mediante reformas parciales, se produjo el denominado "efecto directo" vertical de distintos aspectos de las Directivas citadas al no haberse llevado a cabo la completa transposición de las mismas al ordenamiento jurídico español. A partir, por tanto, del 18 de abril de 2016, debía interpretarse el Derecho nacional a la

[5] Una visión de conjunto de este grupo normativo puede consultarse, por todos, GIMENO FELIU, J.M. "Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública", Derecho & Sociedad, nº 44, 2015, pp. 39-54; MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books, Oxford, 2015, DEL MISMO AUTOR "la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea", *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (Gimeno Feliu, J.M., Dir.; Bernal Blay, M.A., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 115-163; SANZ BAOS, P., "Principales novedades introducidas por la recientes Directivas europeas en materia de contratación", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 24 de enero de 2017, pp. 1-36, disponible en: http://www.madrid.org/revistajuridica/index.php/articulos-doctrinales?start=21 (última visita: 2 enero 2021); MARTÍNEZ GARCÍA, J. y ELEZ GÓMEZ, A.I., "Comentario a las nuevas Directivas europeas en materia de contratación pública (I)", *Gabilex*, nº 4, diciembre 2015, pp. 147-167, y la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

luz de lo dispuesto en las citadas Directivas6. Y por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA) aprobó una Recomendación con fecha 15 de marzo de 20167 () con el objeto de facilitar a los órganos de contratación la aplicación de las nuevas Directivas, esencialmente de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de idéntica fecha, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Finalmente, tras una prolongada tramitación, se promulgó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP, en adelante).

En lo que se refiere a la transposición de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, esta ha sido tan tardía como precipitada, aprobándose finalmente el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales8.

El Real Decreto-ley 3/2020 derogó la Ley 31/2007, de 3 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 20 de febrero de 2020, tramitándose a partir de ahí como proyecto de ley. Un proyecto de ley que incluye, además, modificaciones de la LCSP9.

1.2. El recurso especial en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Aspectos generales y especialidades recientes.

Expuesto todo lo anterior, vamos a referirnos exclusivamente a la regulación del recurso especial en materia de contratación previsto en la vigente LCSP, en concreto

[6] Sobre ello, GIMENO FELIU, J.M., "El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España", *Revista Galega de Administración Pública*, nº 52, 2016, pp. 265-317.

[7] *Boletín Oficial del Estado* nº 66, de 17 de marzo de 2016, pp. 20456-20474.

[8] Sobre esta norma, por todos, GIMENO FELIU, J.M., "La nueva regulación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020", *Cuadernos de Derecho Local QDL*, nº 53, 2020, pp. 12-74.

[9] En lo que a su tramitación parlamentaria se refiere, concluido el plazo de presentación de enmiendas en abril de 2020, a fecha 15 de enero de 2021 está el proyecto en la Comisión de Hacienda del Congreso de los Diputados. El texto del proyecto está publicado en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, nº 5-1, 28 de febrero de 2020, pp. 1-223.

en sus artículos 44 a 60, integrados todos ellos en el Capítulo V del Título I de la norma.

Toda vez que vamos a centrarnos en el régimen vigente, no entraremos a detallar las novedades que se introducen respecto de la regulación contenida en el derogado TRLCSP10, quedándonos con lo que al respecto señala la exposición de motivos de la LCSP al explicitar las novedades regulatorias que incorpora en los siguientes términos

"... Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros.

El recurso, que mantiene el carácter potestativo que tiene en la actualidad, tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones...".

La reforma operada en este ámbito por la LCSP fue además valorada muy positivamente por el Consejo de Estado en su informe al anteproyecto11 y, como

[10] A ello se refieren, por todos, FUERTES LÓPEZ, F.J., "Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación pública", *Actualidad Administrativa 2019* (Ortega Burgos, E.; Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 501-519; RÍOS MARÍN, E., "Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la Ley de contratos del sector público", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº XVIII: Monográfico la Ley de Contratos del Sector Público, Zaragoza, 2018, pp. 207-243.

[11] Informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de fecha 10 de marzo de 2016. Referencia: 1116/2015.

vemos, se mantienen los aspectos esenciales del mismo antes señalados, aunque se amplía el objeto y los sujetos legitimados respecto de lo establecido en la legislación anterior. De acuerdo con FUERTES, los caracteres actuales del recurso vienen determinados por las siguientes características:

"1) *Recurso administrativo de carácter especial*, tal y como como pone de manifiesto su propia denominación (artículo 44.1 LCSP/2017)

2) *Objeto tasado*, delimitado por determinadas actuaciones administrativas en relación a determinados tipos de contratos públicos (artículo 44.1 y 2 LCSP/2017)

3) *Excluyente*, en tanto que en su ámbito objetivo, impide el uso de los recursos administrativos ordinarios, (artículo 44.5 LCSP/2017)

4) *Potestativo* y *gratuito* (artículo 44.7 LCSP/2017)

5) *Resolución* atribuida a órganos especializados y específicamente creados para ello (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales)"12.

La regulación, donde se establece el régimen vigente del recurso especial en materia de contratación, está contenida en el Capítulo V del Título I del Libro Primero de la LCSP (artículos 44 a 60) y la misma va a ser objeto de nuestra atención en las páginas que siguen13.

Respecto del régimen de contratación en los sectores a que se refiere la Directiva 2014/25/UE, el Real Decreto-ley 3/2020 contempla también el recurso especial en materia de contratación respecto de los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la norma. Ello lo hace al regular el régimen de impugnación que establece por remisión a las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial, con las especialidades que se establecen en los artículos contenidos en el Capítulo I del Título VII del Real Decreto-Ley 3/2020. A ello también haremos referencia.

En el presente estudio incluiremos además una referencia a las modificaciones más recientes, establecidas por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Hay que tener en cuenta que esta norma tiene por objeto "establecer las disposiciones

[12] FUERTES LÓPEZ, F.J., "Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación pública", cit. pp. 502-503, a donde pertenece el texto entrecomillado del párrafo.

[13] Sobre este recurso la producción doctrinal es ciertamente apreciable. Sin perjuicio de los trabajos ya reseñados o que iremos citando en lo sucesivo, pueden consultarse los de ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., "La revisión de los actos administrativos en materia de contratación: el recurso especial", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 37, 2017, pp. 39-87; DE MIGUEL PAJUELO, F., "Régimen de invalidez y recurso especial", *Practicum contratación administrativa* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, especialmente pp. 645-667; FUERTES LÓPEZ, J., "El régimen del contrato del sector público y su invalidez. El recurso especial", *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre* (Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M., Dirs.; Vázquez Garranzo, J., Coord.), La Ley, Madrid, 2018, especialmente 152-173, y RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "El recurso especial en materia de contratación en la nueva ley de contratos del sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 191, 2018, pp. 149-190.

generales precisas para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo del pasado 21 de julio de 2020 con la finalidad de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, recuperar y reparar los daños de la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, y promover un proceso de transformación estructural mediante el impulso de la inversión pública y privada y el apoyo al tejido productivo, la aceleración de la doble transición ecológica y digital, y el refuerzo y aumento de la resiliencia y de la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo" (artículo 1).

Se enmarca por tanto esta norma en el contexto del Instrumento Europeo de Recuperación, de carácter excepcional y por tanto temporal, que con la denominación genérica de *NextGenerationEU* cuenta con un presupuesto de 750.000 millones de euros y autoriza a la Comisión Europea a endeudarse hasta esa cantidad y aplicarla para conceder préstamos reembolsables y realizar transferencias no reembolsables a los Estados, para el período comprendido de 2021 a 2026. Una actuación sin precedentes para una situación ciertamente grave y excepcional como la que estamos viviendo a nivel planetario.

Se han establecido distintas líneas de acción con objetivos ambiciosos, que han de trasladarse en medidas a adoptar dentro de los distintos Estados. Sin duda, para la aplicación de esos fondos va a un jugar un papel esencial la contratación pública y, para una mayor agilidad y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, tiene sentido las medidas que en España se adoptar en el Capítulo III del Título IV del Real Decreto-ley 36/2020, dedicado a las especialidades en materia de contratación administrativa. De ellas, haremos sólo referencia a las que afectan al recurso especial en materia de contratación, ya que se incluyen tanto disposiciones de carácter coyuntural anudadas a la ejecución del indicado Plan, como otras que suponen modificación de la regulación contenida en la LCSP.

2. Ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.

2.1. Contratos y actuaciones impugnables.

En lo que se refiere al ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, la característica inicial es que el mismo puede interponerse sólo respecto de determinados contratos y, en lo que se refiere a estos, sólo serán recurribles determinadas actuaciones. Bien es cierto que el número de contratos al que afecta es ciertamente importante, lo que se ha ampliado respecto de la regulación anterior.

Los contratos en los que procede la interposición del recurso son, de acuerdo con el artículo 44.1 LCSP, los que referimos seguidamente que pretendan concertar las

Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:
a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 3.000.000 €, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a 100.000 €.
b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos de obras, suministros o servicios, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 €.
d) Los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, esto es, 100.000 €.
d) Los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 LCSP, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios, esto es, 100.000 €.
Respecto de los contratos indicados, podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 LCSP:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 LCSP14.

[14] Establece que:
"1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.
2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.
La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:
a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal.

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.

b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,

c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

5. En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el

c) Los acuerdos de adjudicación.
d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP15, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Se establece una determinación de carácter negativo, ya que se prevé que no se dará este recurso "en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia" (artículo 44.4 LCSP), cuya regulación está en el artículo 120 LCSP.

Evidentemente, las actuaciones respecto de los contratos que no se contemplan en el artículo 44 LCSP, en cuanto actos administrativos que son, podrán ser recurribles de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC, en adelante) o, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con arreglo a la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA, en adelante), tal y como establece el apartado 6 del señalado artículo 44 LCSP, cuando señala que "Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa".

---

apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.
7. Cuando una empresa que hubiese estado incursa en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados".

[15] Referidos respectivamente a las modificaciones de los contratos previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 204) y las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales (artículo 205). Sobre lo establecido en estos preceptos puede consultarse, por todos, QUINTANA CORTE, J.L. y RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R., "Ejecución y modificación de los contratos administrativos", *Practicum contratación administrativa* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, especialmente pp. 369-376, y RODRÍGUEZ CASTAÑO, R., "Efectos de los contratos. Ejecución de los contratos. Modificaciones. Suspensión y extinción de los contratos y subcontratación. Racionalización técnica de contratación", *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre* (Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M., Dirs.; Vázquez Garranzo, J., Coord.), La Ley, Madrid, 2018, especialmente pp. 509-527.

Adicionalmente, el mismo precepto termina indicando que "En el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria".

2.2. El régimen de la reclamación para los contratos de los sectores especiales.

Para los contratos celebrado en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 3/2020 también se prevé la impugnación de determinados actos cuya resolución se someterá a los órganos de resolución de recursos contractuales previstos en la LCSP a los que el artículo 120 del Real Decreto-ley 3/2020 atribuye la competencia para resolver las reclamaciones, la solicitud de medidas cautelares, y establecer las indemnizaciones que procedan. De ahí que en este ámbito afirmemos también la existencia de un "recurso especial"16.

La competencia es respecto de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se señalan en el artículo 517, en el

---

16 GIMENO FELIU, J.M., "La nueva regulación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020", cit., especialmente pp. 60-65.

17 El artículo 5, cuya rúbrica es "Entidades sujetas a este real decreto-ley en materia de contratación", establece lo siguiente:

"1. Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14.

Asimismo, quedarán sujetas al presente real decreto-ley las asociaciones formadas por varias entidades contratantes.

2. A los efectos de este real decreto-ley se entenderá por:

a) «Entidad contratante»: los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6.

b) «Poder adjudicador»: las entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

c) «Empresa pública»: las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa.

2.º Que dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa.

3.º Que puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

3. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se

ámbito de una o más actividades de las establecidas en los artículos 8 a 14 del Real Decreto-ley (agua, gas y calefacción, servicios de transporte, prospección y extracción de petróleo, gas carbón y otros combustibles sólidos), siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:
a) 1.000.000 € en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo I del mismo Real Decreto-ley 3/2020.
b) 428.000 € en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.
c) 5.350.000 € en los contratos de obras.
También serán competentes respecto de los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión de obras y de los contratos de concesión de servicios que liciten las entidades señaladas en el artículo 5.118, cuando refiriéndose tales contratos a una o más de las actividades de los artículos 8 al 14, los mismos tengan un valor estimado que sea igual o superior a 5.350.000 €.
Respecto de tales contratos, los actos susceptibles de impugnación son, con arreglo al artículo 119.2 del Real Decreto-ley 3/2020, los siguientes:
"a) Los anuncios que sirvan como medio de convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de licitación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos19. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la entidad contratante por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 69.
c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.
d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del presente real decreto-ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

---

regirán por la mencionada ley, en todo caso. Únicamente se les aplicará el presente real decreto-ley para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada".
[18] Vid. nota anterior.
[19] Sobre qué haya de tener la consideración de acto de trámite cualificado a estos efectos hay un cuerpo de doctrina ciertamente relevante. Por ejemplo, la Resolución n1 1127/2020, de 23 de octubre de 2020, del TACRC, señala que "Los informes de valoración de las ofertas son, según este Tribunal viene manteniendo de manera constante (por todas, y entre las más recientes, Resoluciones 1007/20, de 18/09, o 914/2020, de 26/08), actos de trámite "no cualificados", en los que no se da ninguna de las condiciones previstas en el artículo 44.2.b) de la LCSP".

e) La formalización de los encargos a medios propios personificados y los contratos celebrados con empresas asociadas y conjuntas en los casos en los que estos no cumplan los requisitos legales".

Contra estas actuaciones no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios, y en lo que se refiere a defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los señalados, se podrán poner de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o a la entidad contratante, "a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación" (artículo 119.3).

3. Aspectos procedimentales.

3.1. Legitimación y solicitud de medidas cautelares

Como ya hemos señalado que sucedía en la legalidad anterior, la interposición del recurso especial tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes. Asimismo, y en consecuencia, las actuaciones señaladas y contempladas en el artículo 44 LCSP ya referidas no son susceptibles de ser recurridas con arreglo al régimen ordinario de la LPAC.

En cuanto a la legitimación20, podrán interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Asimismo, antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares.

Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de

[20] Sobre esta cuestión, CANDELA TALAVERO, J.E., "La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 51, 2020, pp. 71-98.

adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Todo ello es objeto de regulación en el artículo 49 LCSP, que se pronuncia con claridad en los siguientes términos:

"1. Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

2. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formulasen alegaciones se continuará el procedimiento.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares.

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

3. Cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados.

4. Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

5. Las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido".

En lo que se refiere la garantía a constituir, respecto del TACRC el Real Decreto 814/2015 señala que, si este órgano acordara la suspensión, fijará en el

correspondiente acuerdo el importe de la garantía y el plazo para constituirla, que no podrá exceder de diez días hábiles. Se restablece además y como criterios que "El importe de la garantía se fijará en el cinco por ciento del presupuesto de licitación del contrato si no se hubiera procedido aún a la adjudicación y del importe de ésta en caso contrario, salvo que entienda justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior. Si se tratara de un procedimiento de adjudicación en el que no exista presupuesto de licitación o de adjudicación, el Tribunal fijará el importe de la garantía, exclusivamente, en base a la estimación que haga de los posibles daños. En todo caso, para el cálculo del importe de la garantía no se tendrá en consideración la cuota correspondiente del impuesto sobre el valor añadido" (artículo 26.2).

3.2. Iniciación del procedimiento y plazo de interposición del recurso

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse con carácter general en el plazo de 15 días hábiles, a contar con arreglo a lo señalado en el artículo 50.1 LCSP, donde se prevén los siguientes supuestos:

a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 LCSP21, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el

[21] Establece que: "Excepcionalmente, en los casos que se señalan a continuación, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos. En ese caso el anuncio de licitación o la invitación a los candidatos seleccionados advertirán de esta circunstancia; y el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto de tramitación urgente del expediente a que se refiere el artículo 119.
El acceso no electrónico a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:
a) Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan, en los términos señalados en la Disposición adicional decimoquinta.
b) Por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.
c) En el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales".

plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional 15ª LCSP a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP22, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil del contratante.

f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio que sea poder adjudicador por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 LCSP, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional 15ª LCSP.

Indicadas las reglas anteriores, estas no serán de aplicación cuando el recurso se funde en unos de los supuestos de nulidad contemplados en las letras c), d) e) o f) del artículo 39.2 LCSP23. En esos casos el plazo de interposición será el siguiente (artículo 50.2 LCSP):

---

[22] Vid. nota 14.

[23] Los supuestos, de acuerdo con el precepto, son los siguientes:

"c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

a) 30 días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.
b) En los restantes casos, antes de que transcurran 6 meses a contar desde la formalización del contrato.
Con carácter previo a la interposición del recurso, la LCSP prevé el acceso del interesado al expediente en su artículo 52. A tal fin, estos podrán –dentro del plazo de interposición del recurso- solicitarlo del órgano de contratación, que deberá facilitarles el acceso dentro de los 5 días siguientes a la solicitud, sin que esta paralice el plazo de interposición.
El incumplimiento por la Administración de la indicada obligación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de 10 días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de 2 días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y 5 días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.
Este régimen también resulta de aplicación, como vimos, a las reclamaciones que puedan interponerse contra las actuaciones impugnables a que se refiere el Real Decreto-ley 3/2020 relativo a los denominado sectores especiales. Tal asimilación no es plena, y su artículo 121 si bien se remite a la LCSP, afirma una serie de especialidades que tienen que ver con cuestiones diversas, como las relativas al inicio del cómputo del plazo de presentación del recurso que, como ya sabemos, será competencia su resolución de los órganos de resolución del recurso especial. Tales especialidades son las siguientes de acuerdo con el indicado precepto, debiendo asumirse que el plazo general es de 15 días hábiles para presentar la reclamación:

---

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.
f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador".

a) Las referencias a los órganos de contratación deberán considerarse hechas a las entidades contratantes.
b) Cuando la reclamación se interponga contra el contenido de los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales, se establece estas reglas respecto del inicio del cómputo del plazo de interposición:
- el cómputo del plazo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio que sirva como medio de convocatoria de la licitación, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés en el caso de que el medio de convocatoria hubiera sido un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, siempre que en estos se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales. Cuando no se hiciera esa indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante. El plazo para la interposición de la reclamación tendrá una duración igual a la del plazo concedido para presentar las proposiciones.
- Si se trata de un procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente al de remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.
- En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2, los pliegos de condiciones no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente a aquel en que se le hubieran entregado al recurrente.
- Con carácter general no se admitirá la reclamación contra los pliegos de condiciones y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiere presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.
c) Cuando la reclamación se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 110 y 111 del Real Decreto-ley 3/2020, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
Si la reclamación se funda en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 115.2, letras b), c), d) y e) del Real Decreto-ley 3/202024, el plazo de interposición cambia y será el siguiente:

[24] Son las siguientes. "... c) La inobservancia por parte de la entidad contratante, del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 73.2 para la formalización del contrato, siempre que concurran los dos siguientes requisitos: 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación.

- 30 días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en este real decreto-ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, y
- En cualquier caso, antes de que transcurran 6 meses a contar desde el día siguiente al de formalización del contrato.

3.3. Forma, lugar y efectos de la interposición del recurso

La LCSP contiene reglas adicionales a las establecidas con carácter general en la LPAC en lo que se refiere a la interposición del recurso, establecido el artículo 51.1 LCSP que en el escrito de interposición se hará constar:
- el acto recurrido,
- el motivo que fundamente el recurso,
- los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente,
- en su caso, las medidas cautelares cuya adopción solicite.

Además, debe acompañarse al recurso la siguiente documentación:
a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.
b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.
d) El documento o documentos en que funde su derecho.
e) Una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones.

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.
d) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto la reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer de la reclamación que se hubiera interpuesto.
e) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.
f) El incumplimiento grave de normas de Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

Hay que señalar que, con carácter general, el procedimiento se desarrollará por medios electrónicos25, indicando a este respecto el artículo 54 LCSP que "Las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos".

En caso de apreciarse defectos en el escrito de interposición, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de 3 días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente. Asimismo, la presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.
En cuanto al lugar de presentación, la LCSP se remite a los establecido en el apartado 4 del artículo 16 LPAC26, señalándose que también podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, con la previsión de que los escritos presentados en registros distintos de estos dos, deberán comunicarse al Tribunal –u órgano competente para resolver el recurso- de manera inmediata y de la forma más rápida posible. A fin de facilitar esta comunicación el órgano competente para la resolución del recurso hará públicas a través de su página web, mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el mismo.
En lo que se refiere a la reclamación que se establece en el Real Decreto-ley 3/2020, su artículo 121.2. establece que "A los efectos de la interposición de la reclamación que se regula en estos artículos, los actos a que se refiere el artículo 119 se asimilarán a los

[25] Puede consultarse RAMOS ROMERO, S., "La tramitación electrónica del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", *Observatorio de los contratos públicos 2015* (Gimeno Feliu, J.M., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 503-517.

[26] Establece que:

"Los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse:

a) En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1.

b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.

c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

d) En las oficinas de asistencia en materia de registros.

e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros".

actos administrativos". Asimismo, la letra e) del apartado 1 del mismo artículo incluye como especialidad que "No será válida la interposición de la reclamación ante el registro o cualquier otra dependencia de la entidad contratante".
Respecto de los efectos de la interposición del recurso -o reclamación para el Real Decreto-ley 3/2020-, el principal es que, con carácter general, quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de la adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 LCSP27.

3.4. Causas de inadmisión.
Es potestad del órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:
a) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.
b) La falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, mediante poder que sea suficiente a tal efecto.
c) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 LCSP.
d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición.
Si el órgano encargado de resolverlo apreciara que concurre alguno de los indicados supuestos, dictará resolución acordando la inadmisión del recurso, tal y como establece el artículo 55 LCSP.

3.5. La tramitación del recurso.

3.5.1. Las especialidades del régimen general.
La tramitación del procedimiento de recurso se regirá por las reglas de la LPAC, con las especialidades que se establecen en el artículo 56 LCSP, y que pueden condensarse en las siguientes:
a) El recurso puede interponerse ante el órgano de contratación autor del acto impugnado o ante el órgano competente para la resolución del recurso.

[27] Establece que "Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3". Precepto este último que se ocupa de la tramitación del recurso y al que nos referiremos más adelante.

Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los 2 días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y de un informe.
Si se interpone el recurso ante el órgano competente para la resolución del recurso, este lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los 2 días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.
b) Dentro de los 5 días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.
Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52 LCSP con respecto al acceso al expediente por parte del recurrente con carácter previo a la interposición del recurso.
c) De forma simultánea al trámite anterior, el órgano competente para la resolución del recurso decidirá, en el plazo de 5 días hábiles, acerca de las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso.
Asimismo, en este plazo resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53 LCSP, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas sin suspender el procedimiento principal.
En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de 2 días.
d) En lo que a la prueba se refiere, se establece que los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.
Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de 10 días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.
El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o

innecesarias, mediante resolución motivada. Asimismo, se determina que la práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.
d) Se prescribe también que es obligación del órgano competente para la resolución del recurso garantizar, en todo caso, la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver.
Corresponderá en consecuencia a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

3.5.2. Más especialidades. Las del recurso especial (cuando proceda) en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
Para los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y que sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 LCSP, el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, establece especialidades que afectan a aspectos relacionados con la tramitación de los recursos.
La condición o presupuesto previo es que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica. Si ello es así, las especialidades son las siguientes:
a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de 10 días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 LCSP, como hemos referido ya.
b) El órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarseexpresamente, en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la LCSP y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática.
Estas especialidades también serán aplicables "... en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico, a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Libro Primero del Real Decreto-ley 3/2020, ... que se vayan a

financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", tal y como señala la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 36/2020.

3.6. La resolución y sus efectos.

Establece el artículo 57.1 LCSP que, recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo para su formulación o el de la prueba, el órgano competente para resolver el recurso los hará en los 5 días hábiles siguientes, notificando la resolución a todos los interesados.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones y, en su caso, sobre la indemnización de daños y perjuicios. Además, como consecuencia de la resolución también podrá obligarse al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor de otro licitador.

En cuanto a la duración del procedimiento y los efectos del silencio, el artículo 57.5 LCSP establece que "Transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo".

Como especialidad, el artículo 58 LCSP prevé la posibilidad de pronunciarse el órgano competente para la resolución del recurso respecto de las indemnizaciones que procedan así como imponer multas.

Respecto de lo primero, y siempre a solicitud del interesado, establece el artículo 58.1 LCSP que el indicado órgano "podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

En cuanto a lo segundo, cuando el mismo órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma, cuyo importe será de entre 1.000 y 30.000 €, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público, y las cuantías señaladas podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda.
La resolución del recurso es directamente ejecutiva y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso administrativo28. Como especialidad, el apartado 3 del artículo 59 LCSP excluye la posibilidad de revisión de oficio tanto de estas resoluciones como de cuantos actos dicten los órganos competentes para la resolución de este recurso.
Añade el mismo precepto que "Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito. Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso".
Se prevé finalmente que interpuesto el recurso contencioso administrativo contra la resolución –sea expresa o presunta- del órgano competente, éste, una vez recibida la diligencia del Tribunal jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento. Tal emplazamiento se deberá realizar de conformidad con el artículo 49 LJCA, cuando indica que "... En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público se emplazará como parte demandada a las personas, distintas del recurrente, que hubieren comparecido en el recurso administrativo, para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días" (apartado 1).
Respecto de las reclamaciones en materia de contratación que se prevén en el Real Decreto-ley 3/2020, su artículo 122 establece determinadas especialidades respecto del régimen general que acabamos de ver. Allí se establece que contra las resoluciones que se dicten en estos procedimientos de impugnación sólo cabrá recurso contencioso-administrativo en los mismos términos. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, la resolución será directamente ejecutiva.
Contra la resolución de estas reclamaciones, además, que "No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución de la reclamación. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito", tal y como señala el párrafo primero del apartado 3 del indicado artículo 122. Se añade a continuación, aunque no haga falta indicarlo,

[28] Los preceptos de la LJCA que se mencionan a este respecto son el artículo 10.1.k) y l) y el artículo 11.1.f).

que "Los órganos competentes para la resolución de la reclamación podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución de la reclamación".

4. Órgano competente para resolver. Los Tribunales Administrativos de Resolución de Recursos Contractuales y la última reforma.

Es característico de este régimen, como hemos adelantado, la especial configuración del órgano administrativo competente para la tramitación y resolución del recurso especial.

Las características del órgano con competencias para la tramitación y resolución en estos sistemas especiales de impugnación son:

-Que es un órgano especializado, por ello está integrado por funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública, y

-Que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. En el ejercicio de sus funciones no está sometido a instrucciones jerárquicas. Sus miembros tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos sino por las causas tasadas previstas en la LCSP. La duración del nombramiento efectuado de conformidad con este apartado será de seis años y no podrá prorrogarse.

Con esta finalidad, en el ámbito de la Administración general del Estado está el denominado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), tal y como hemos señalado, previéndose la constitución de órganos asimilables en las Comunidades Autónomas, como señalaremos. De ahí que en la doctrina se identifique lo que constituye un "sistema" de tribunales administrativos en este ámbito29 y que la resolución de los recursos especiales se ubique como un instrumento de control sobre la contratación pública establecido por la LCSP como en el plano orgánico sucede con la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)30.

---

[29] Expresivo de ello tenemos los trabajos de GIMENO FELIU, J.M., "Reflexiones sobre la planta del sistema de los tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva de efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: hacia un modelo independiente y profesionalizado", *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Vol. 2, 2018 (Capítulo II Estado social y administración pública), pp. 1775-1790, y SANTAMARÍA PASTOR, L.A., "El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 32, 2015, pp. 41-77.

[30] A este respecto, SARMIENTO ACOSTA, M.J., "El control sobre los contratos públicos en la Ley 9/2017: el recurso especial y la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 101, 2018, pp. 17-63. Sobre OIRESCON puede consultarse TEROL GÓMEZ, R., "Órganos

En lo que se refiere al TACRC, su regulación está en el artículo 45 LCSP, que inicialmente establecía que estos órganos estarían integrados por un presidente y dos vocales. Ello ha cambiado con la reforma introducida en el apartado 1 de ese precepto por la Disposición adicional quinta (apartado Dos) del Real Decreto-ley 36/2020. Este es su tenor literal:

"En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de cinco vocales. Cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera, el número de vocales se incrementará mediante Real Decreto.

El Tribunal estará dividido en un mínimo de dos Secciones, que estarán presididas por el propio Presidente del Tribunal, quien podrá delegar el ejercicio de la función en uno de los vocales que integren la Sección, y formadas por uno o más vocales y el Secretario General.

El Presidente fijará mediante acuerdo el reparto de atribuciones entre las Secciones y el Pleno, así como la distribución de asuntos entre las Secciones".

La novedad está en el incremento de número mínimo de miembros del TACRC que pasa a cinco, en la posibilidad de incrementar ese número mediante Real Decreto y, en el plano organizativo, su organización interna en Secciones, debiendo existir al menos dos.

Por lo demás, los miembros del TACRC son nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Hacienda y de Justicia. Podrán ser designados presidente y vocales del TACRC los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años el Presidente, y por más de diez años los vocales, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas el artículo 46 LCSP establece que la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas31, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de

---

de contratación, de asistencia y consultivos. Los registros oficiales", *Practicum contratación administrativa* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, especialmente pp. 694-700.

31 Al respecto, BERNAL BLAY, M.A., "Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas", *Cuadernos de Derecho Local QDL*, nº 26, 2011, pp. 7-26.

su competencia. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.

Se permite que las Comunidades Autónomas puedan optar entre crear ese órgano o atribuir la competencia para la resolución de los recursos al TACRC, debiendo celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

En resumidas cuentas, las Comunidades Autónomas podrán crear su propio órgano, o bien adherirse al estatal TAC mediante convenio32, que es por lo que han optado la Ciudad Autónoma de Melilla (2012, 2016), La Rioja (2012, 2016), Castilla-La Mancha (2012, 2016), Región de Murcia (2012, 2015), Cantabria (2012, 2016), Islas Baleares (2012, 2015), Ciudad Autónoma de Ceuta (2013, 2016), Comunidad Valenciana (2013, 2016) y Principado de Asturias (2013, 2016).

Hasta el momento están operativos los siguientes órganos de ámbito autonómico:

- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón33.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía34.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla-León35.
- Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público36.

---

[32] Entre paréntesis, en primer término, el año en que se firmó, y a continuación el de su prórroga. Respecto de estos convenios, por todos, BERNAL BLAY, "Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales", *Observatorio de los contratos públicos 2012* (Gimeno Feliu, J.M., Dir.; Bernal Blay, M.A., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 299-326.

[33] Su creación estuvo en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Sobre el mismo, GIMENO FELIU, J.M., "Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón", *Documentación Administrativa*, nº 288 (Monográfico "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos) 2010, pp. 161-182

[34] Fue creado mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Sobre ello, vid. SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J. y RUIZ-CABELLO JIMÉNEZ, M.L., "El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y los requisitos de admisión del recurso", Manual Práctico sobre el recurso especial en materia de contratación. Doctrina 2012-2016, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2016, especialmente pp. 9-11, y VILLALBA PÉREZ, F., "Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía", *Documentación Administrativa*, nº 288 (Monográfico "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos) 2010, pp. 143-159.

[35] Fue creado por la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y se constituyó el 27 de marzo de 2012.

[36] Tal y como indica en preámbulo el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y aprueba su organización y su funcionamiento, "... En Cataluña, la disposición adicional cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, como órgano administrativo unipersonal especializado que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias y ejerce sus funciones en el ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña , de las entidades y los organismos que forman parte

- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura37.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia38.
- Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid39.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra40.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi41
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias42.

En lo que se refiere a la estructura interna de estos órganos, esta es asimilable a la que se estableció inicialmente para el TACRC como órgano colegiado integrado por un presidente y dos vocales, salvo el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

---

de su sector público que tienen la consideración de poderes adjudicadores, de las administraciones locales integradas en su territorio, así como de las entidades y los organismos de la Administración local que tienen la consideración de poderes adjudicadores. La misma ley prevé que si el volumen y la especificidad de los asuntos que son competencia del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña aconsejan la modificación de su carácter unipersonal, el órgano puede ser transformado en un órgano colegiado con la denominación de Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, mediante un decreto del Gobierno y previa propuesta motivada efectuada por el órgano competente que tenga atribuidas las competencias de supervisión y evaluación de la contratación pública a la Generalidad de Cataluña". Eso es lo que hizo el indicado Decreto 221/2013.

[37] Creado por la Disposición Final Segunda de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. Sobre ello, MARABEL MATOS, J.J., "El carácter cuasijurisdiccional del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura. Una aproximación desde la jurisprudencia comunitaria", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 33, 2017, pp. 1-18.

[38] Aunque no comenzó a operar hasta abril de 2018, fue creado mediante la Disposición final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de calidad de los servicios públicos y de la buena administración, que modificó a tal fin la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público económico. Puede verse VILLANUEVA TURNES, A., "Las claves del Tribunal Administrativo de Contratación Pública Gallego", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 55, 2020, pp. 416-456.

[39] Se creó con la aprobación de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y racionalización del sector público de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con su artículo 3. Vid. PALOMAR OLMEDA, A., "El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid", *Documentación Administrativa*, nº 288 (Monográfico "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos) 2010, pp. 259-288.

[40] Fue creado por el artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añadió un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Tras la derogación de esa norma, está regulado en la actualidad en el artículo 121 de la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

[41] Creado por la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011, cuya regulación está en la Disposición adicional octava. Vid. TEROL GÓMEZ, R., "El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y los órganos colegiaos de los Territorios Históricos", *Documentación Administrativa*, nº 288 (Monográfico "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos) 2010, especialmente pp. 223-231.

[42] Se estableció con la aprobación del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Comunidad Autónoma de Canarias, que son unipersonales, a pesar de la denominación del segundo.

Respecto de la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, de acuerdo con el mismo artículo 46 LCSP la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando estas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Y si no existe previsión expresa, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

Sin perjuicio de lo anterior, y en todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 LCSP respecto del TACRC. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

Constatar únicamente la existencia de órganos de recursos contractuales en este ámbito, como sucede en el Cabildo de Gran Canaria, la Diputación provincial de Cádiz y algunos municipios andaluces, entre otros.

Finalmente, hay una previsión expresa para la contratación en el ámbito de los Territorios Históricos Forales, señalando el artículo 46.6 LCSP que "la competencia para resolver los recursos podrá corresponder a los órganos y Tribunales administrativos forales de Recursos Contractuales". Ya existen estos órganos con arreglo a la legalidad anterior y son el Tribunal Administrativo Foral de recursos contractuales del Territorio histórico de Gipuzkoa, el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Álava y el Tribunal Administrativo Foral de recursos contractuales del Territorio histórico de Bizkaia43.

Apuntado lo anterior, queda hacer referencia a la norma sobre atribución de competencias que se contiene en el artículo 47 LCSP respecto de los recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública y en relación con contratos subvencionados. Las reglas son las siguientes:

a) Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la

[43] Sobre ello, TEROL GÓMEZ, R., "El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y los órganos colegiaos de los Territorios Históricos", cit., pp. 207-222

competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Y en el caso que la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.

b) En los contratos subvencionados la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.

Explicado todo lo anterior, que simplemente dejar constancia de la destacadísima labor que realizan los órganos que integran este "sistema" estableciendo una doctrina cada vez más consolidada y muy a tener en cuenta sobre a cabal interpretación de las disposiciones que se establecen en la legislación de contratos administrativos caracterizada, como es sabido, por su complejidad.

La doctrina que se establece en sus resoluciones está disponible en sus páginas web oficiales y es fácilmente accesible *on line*, lo mismo que las Memorias anuales que elaborar donde tal doctrina se sistematiza, hace que podamos afirmar, a pesar de haber trascurrido pocos años desde su operatividad, que su actividad es una referencia de imprescindible consulta para los operadores jurídicos en el ámbito de la contratación administrativa.

Una muestra de su importancia en lo cuantitativo es la nada despreciable cantidad de 4.179 recursos presentados ante los órganos de resolución del recurso especial en 2019, de los que el 40 % se ha interpuesto ante los de ámbito autonómico y el resto ante el TACRC. Esta cifra de recursos interpuestos es un 27 % superior a la correspondiente a 2018, que fueron 3.71744, lo que nos da idea de la creciente relevancia de esta figura.

[44] Estos y más datos pueden consultarse en OIRESCON, *Informe anual de supervisión de la contratación pública en España*, diciembre 2020, pp. 431 a 489. De gran interés en este sentido es el trabajo de DÍEZ SASTRE, S., "Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública", *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020 (Díez Sastre, S., Dir.), Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, septiembre de 2020, pp. 117-157.*

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sviluppo urbano e nuove tecnologie. Il ruolo della pubblica amministrazione.

di Maria Cristina Cavallaro

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo.)

Sommario

1. Inquadramento del tema e scenario di riferimento. – 2. Quale ruolo per la pubblica amministrazione? – 3. Brevi conclusioni.

Abstract

The impact of new technologies in our society, and above all of digital technology, is evident: economists speak of revolution 4.0, capable of generating not only new potential for replacing human labor through machines, but also new models communication and development of the person, with a significant effect in the life of individuals.
Most of the world population now has an internet connection and is therefore equipped with the related devices that allow access to the network. The use of new technologies has changed the forms of social communication, but not only: institutional communication too often uses social platforms, from the synthetic tweet to youtube channels.
It is a phenomenon that attracts the attention of scholars under a plurality of profiles: if mathematicians and computer scientists focus on experimenting with new technological tools, sociologists are attracted by the relational dynamics that these communicative methods release. On the other hand, jurists focus much of their interest on the consequences of digital technology in terms of the protection of rights, first of all the right to privacy; without denying that the new systems of social communication can come to alter (if they have not already done so) the very foundations of democracy, only if one thinks of the possibilities of manifesting political consensus through social media, up to the most well-known forms of profiling of available data (Cambridge Analytica), to manipulate the political debate and guide the formation of consensus.

1. Inquadramento del tema e scenario di riferimento.

L'impatto delle nuove tecnologie nella nostra società, e soprattutto della tecnologia digitale, è di tutta evidenza: gli economisti parlano di rivoluzione *4.0*, capace di generare non solo nuove potenzialità di sostituzione del lavoro dell'uomo attraverso le macchine, ma anche nuovi modelli di comunicazione e di sviluppo della persona, con un effetto rilevante nella vita dei singoli individui[1].

La gran parte della popolazione mondiale ha ormai una connessione internet ed è quindi munita dei relativi dispositivi che consentono l'accesso alla rete. L'uso delle nuove tecnologie ha modificato le forme della comunicazione sociale, ma non solo: anche la comunicazione istituzionale troppo spesso si avvale di piattaforme *social*, dal sintetico *tweet* ai canali *youtube*.

Si tratta di un fenomeno che attrae l'attenzione degli studiosi sotto una pluralità di profili: se i matematici e gli informatici si concentrano sulla sperimentazione dei nuovi strumenti tecnologici, i sociologi sono attratti dalle dinamiche relazionali che questi metodi comunicativi sprigionano. I giuristi invece soffermano buona parte del loro interesse sulle conseguenze della tecnologia digitale sul versante della tutela dei diritti, primo fra tutti il diritto alla riservatezza; senza negare che i nuovi sistemi di comunicazione sociale possono giungere ad alterare (se non lo hanno già fatto) le stesse fondamenta della democrazia, sol che si pensi alle possibilità di manifestazione del consenso politico attraverso i *social*, fino ad arrivare alle più note forme di profilazione dei dati disponibili (Cambridge Analytica), per manipolare il dibattito politico e orientare la formazione del consenso.

Per rimanere all'ambito giuridico e all'esperienza italiana, la tecnologia digitale conosce innumerevoli spazi di applicazione, oltre a quello della comunicazione: in campo privato, si va dal settore manufatturiero, ai servizi bancari; in ambito pubblico, l'estensione delle nuove tecnologie abbraccia una pluralità di contesti, dal processo penale, alla sanità, dall'istruzione, ai beni culturali, all'urbanistica.

In tal senso è fuori di dubbio il ruolo centrale che il soggetto pubblico può svolgere nello scenario descritto: prendendo a prestito la metafora di Natalino Irti, «lo Stato, che non appartiene al regno del naturale e dell'organico, e che già nell'immagine estetica presenta i caratteri della tecnica e della riflessione calcolante, è pronto ormai a entrare nell'artificialità delle macchine»[2]. Oggi lo Stato può governare, seguire e implementare tutte le fasi che ruotano intorno al potenziale impatto dello sviluppo tecnologico, dalla ricerca scientifica e conseguente trasferimento delle conoscenze, alla produzione, sino alla regolazione delle applicazioni dei nuovi strumenti e servizi. Ed è altresì indubbia la possibilità, per la pubblica amministrazione, di fare essa stessa un uso virtuoso delle potenzialità insite nelle nuove tecnologie.

[1] P. BIANCHI, *4.0 La nuova rivoluzione industriale*, Bologna 2018, p. 78.

[2] N. IRTI, *Lo Stato: machina machinarum*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, 309.

Già all'inizio del XXI secolo, si è cominciato a parlare di amministrazione digitale: il soggetto pubblico ha iniziato a fare ampio ricorso alla comunicazione via *internet*, al punto da rendere necessaria l'adozione del Codice dell'amministrazione digitale del 2005; più di recente, l'art. 47 della legge n. 35 del 2012 ha istituito l'Agenzia per l'Italia digitale, attraverso cui «il Governo persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi»; da ultimo, la legge n. 124 del 2015 ha previsto la Carta dell'amministrazione digitale, attraverso cui «garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici».

Oggi, l'esperienza delle *Information and Communication Technologies* (ICTs) è ampiamente conosciuta nell'ambito dell'organizzazione e dell'attività amministrativa: l'uso delle tecnologie riconducibili ai sistemi informatici e alle comunicazioni trova ormai da tempo applicazione nell'amministrazione e ne ha rivoluzionato le forme organizzative e i modelli di attività[3].

In termini generali, il processo di sviluppo tecnologico ha attraversato tutti i settori dell'amministrazione pubblica e trova applicazione nelle diverse modalità di esercizio dell'azione amministrativa, dall'erogazione dei servizi all'esercizio del potere. E, per quanto qui interessa, anche nel campo del governo del territorio e dello sviluppo urbano è sempre più frequente il ricorso al supporto informatico e alle tecnologie più innovative, finalizzate anche ad assicurare un ridotto impatto ambientale di determinati servizi, nella più ampia prospettiva dello sviluppo sostenibile.

Un primo punto di osservazione, attraverso il quale cogliere gli ambiti più significativi del ricorso alla tecnologia digitale da parte delle pubbliche amministrazioni nel settore dello sviluppo urbano, è quello dei servizi pubblici e, nella richiamata materia, è centrale l'esperienza delle *smart cities*.

Si tratta di un fenomeno preso in considerazione dal nostro ordinamento all'art. 47 della già menzionata legge 35 del 2012, il cui comma 2 *bis* affida alla cabina di regia, istituita per l'attuazione dell'Agenda digitale italiana, la «realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle "comunità intelligenti" (*smart communities*), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura». La nozione, anche dal

[3] Su tali questioni si rinvia a M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*.

punto di vista letterale, sembra abbracciare uno spazio più ampio del territorio cittadino (dato che il legislatore parla di *smart communities*), ma soprattutto accoglie un significato che va al di là delle più specifiche implicazioni connesse allo sviluppo sostenibile e alla tutela dell'ambiente, ammettendo che le applicazioni e i servizi di una *smart city* possano riguardare, più in generale, la mobilità urbana, la scuola, la sicurezza del territorio, la sanità, il turismo. Fino a ricomprendere anche un profilo più ambizioso, che rimanda all'idea della partecipazione, dell'inclusione sociale e della qualità della vita dei singoli.

Nel complesso, per rendere sempre più *smart* le aree cittadine è necessario utilizzare una serie di tecnologie e di stumentazioni hi-tech, che, attraverso i flussi dei dati in possesso delle amministrazioni o dei meccanismi di geolocalizzazione, consentano la semplificazione e l'accesso a taluni servizi, anche attraverso sistemi di identità digitale o piattaforme di pagamenti.

Alcune applicazioni concrete si possono facilmente individuare nell'ambito della mobilità urbana[4] (che è uno degli assi portanti del concetto di *smart city*), ma non solo.

Un elemento che qualifica il grado di sviluppo delle *smart cities* è rappresentato dalla diffusione dei sistemi di pagamento *contactless*. Si tratta di soluzioni che consentono di effettuare le transazioni di più modesta entità e di accedere più facilmente ai servizi richiesti, in tutta sicurezza. L'eliminazione dell'uso del denaro contante ha un ulteriore effetto, perchè favorisce l'accesso ai servizi non solo da parte dei residenti, ma anche dei turisti, che con immediatezza possono prendere un mezzo pubblico, noleggiare una bicicletta o accedere a un'area parcheggio. Per restare a esempi di carattere pratico, l'analisi dei flussi di traffico, associata ai sistemi di geolocalizzazione, può consentire di comprendere quali siano i punti critici della viabilità cittadina e agire di conseguenza, offrendo un utile strumento sia alle amministrazioni, che devono pianificare la rete viaria, sia al singolo automobilista, che più facilmente può individuare dei percorsi alternativi per raggiungere la propria destinazione. Esistono poi applicazioni più sofisticate dell'*IoT (Internet of things*) che possono essere di estremo aiuto nel monitorare, ad esempio attraverso l'uso dei droni, le zone a rischio ambientale o idrogeologico, contribuendo alla gestione dei potenziali effetti dannosi, attraverso i meccanismi predittivi tipici dei sistemi *Artificial intelligence* (AI); mentre in altri casi è possibile assicurare un più elevato grado di sicurezza di persone e imprese, ad esempio attraverso il tracciamento digitale della filiera agroalimentare; così come nel campo della sicurezza dei cittadini, l'analisi dei dati raccolti dalle più svariate fonti può permettere di individuare con un buon grado di approssimazione quali aree siano

[4] Su cui, in generale, v. P. STELLA RICHTER-V. PARISIO, *La mobilité urbaine, compétences administratives et aménagement du territoire dans le système juridique italien* , in *Riv. Giur. Ed.*, 2019, 477.

più soggette ad attività criminali e debbano pertanto essere maggiormente presidiate da parte delle forze dell'ordine.
In altri termini, tutti i dati raccolti dai dispositivi *IoT* come dalle piattaforme *social* possono essere opportunamente analizzati e interpretati per consentire l'evoluzione in senso *smart* delle nostre città.
Alle riflessioni fatte si deve aggiungere che non soltanto l'attività amministrativa che si manifesta attraverso l'erogazione dei servizi conosce sempre più spesso gli sviluppi e le trasformazioni legate all'innovazione tecnologica: anche l'esercizio del potere, e anche l'esercizio del potere in materia di sviluppo urbano e di governo del territorio, può essere affidato a forme di decisioni automatizzate.
In tal caso, il procedimento di formazione della decisione amministrativa è affidato a una macchina, meglio a un *software*, nel quale si immettono una serie di dati e che, attraverso l'automazione della procedura, consente di giungere alla decisione finale.
Sotto il profilo considerato, assume rilievo la nozione di *algoritmo*, che in una accezione «semplice, ma sostanzialmente rigorosa», è qualificabile come «una sequenza finita di passi elementari che portano alla risoluzione di un problema»[5]. In altri termini, senza ricorrere a sistemi complessi di intelligenza artificiale, che comunque cominciano a trovare una certa applicazione nel nostro sistema amministrativo[6], il meccanismo descritto comporta l'uso di macchine che, implementando un algoritmo, riescono a fornire una decisione, attraverso, appunto, una procedura automatizzata.
Così, ad esempio, molti regolamenti comunali ricorrono a un algoritmo al fine di determinare l'ammontare della sanzione paesaggistica, ai sensi dell'art. 167, comma 5, del precedente testo del codice dei beni culturali e del paesaggio (D. lgs. n. 2 del 2004). È relativamente recente la notizia che in Sardegna è stata avviata una sperimentazione, che riguarda ancora pochi comuni, per il monitoraggio del territorio attraverso satelliti radar che si propone tre obiettivi fondamentali: osservare la linea di costa e tenere sotto controllo i fenomeni erosivi, individuare depositi e sedimenti in alveo fluviale per prevenire e scongiurare disastri ambientali, individuare manufatti ed edifici abusivi. In particolare, la NeMeA Sistemi, che dal 2015 è socia del distretto aerospaziale della Sardegna, intende calcolare «un algoritmo che consentirà di misurare se i fabbricati si innalzano oppure no, offrendo alla pubblica amministrazione uno strumento formidabile per individuare abusi e interventi sui fabbricati»[7]. Se si guarda alle esperienze di altri Paesi, pare che, sulla

[5] P. FERRAGINA - F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, il quale aggiunge che «un *Algoritmo* soddisfa le seguenti proprietà: (1) è utilizzabile su diversi input generando i corrispondenti output; (2) ogni passo ammette un'interpretazione univoca ed è eseguibile in un tempo finito; (3) la sua esecuzione si ferma qualunque sia l'input», p. 10.
[6] E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, 7, 1761.
[7] Fonte: *La Nuova Sardegna*, 2 febbraio 2018. La questione è assai delicata, se si considera il noto orientamento della giurisprudenza amministrativa sulla possibilità di considerare le areofotogrammetrie quali prove

base di una ricerca condotta dall'Università di Waterloo, in Canada, un algoritmo consentirà di individuare il percorso delle piste ciclabili, per garantire maggiore sicurezza ai ciclisti[8].

2. Quale ruolo per la pubblica amministrazione?

Rispetto allo scenario rappresentato attraverso i casi sinteticamente richiamati e rispetto alla pluralità di considerazioni che in esso affiorano e si intrecciano, l'interrogativo di fondo attiene al ruolo che, nel perimetro considerato, può e deve svolgere la pubblica amministrazione.

Come già osservato, il soggetto pubblico può rappresentare un notevole fattore di crescita nella materia dell'innovazione tecnologica, avendo la possibilità di inserirsi in tutte le fasi del processo di sviluppo: dal sostegno alla ricerca, alla produzione e all'applicazione dei nuovi strumenti e servizi.

In termini più concreti, ogni amministrazione, soprattutto locale, può essere chiamata a fungere da soggetto regolatore dei servizi e delle nuove modalità attraverso cui gli stessi sono erogati. Paradigmatico è il caso Uber, che apparentemente si muove su un piano diverso dal servizio taxi e dal noleggio con conducente, ma che inevitabilmente interferisce nell'ambito del sistema della mobilità urbana. In questa ipotesi, l'amministrazione non eroga direttamente il servizio, ma deve farsi carico di regolare le attività dei soggetti che svolgono il servizio di trasporto urbano, all'interno del mercato concorrenziale.

In altri casi, l'innovazione tecnologica ha un impatto più significativo nell'erogazione dei servizi dell'amministrazione: il Sistema Pubblico di Identità Digitale (Spid), tende a garantire a tutti i cittadini e le imprese un accesso unico, sicuro e protetto ai servizi digitali della pubblica amministrazione e sta cominciando ad avere applicazione nei più svariati ambiti (dai servizi previdenziali, all'edilizia). Stavolta, il ruolo dell'amminisrazione risulta essere più complesso, in quanto essa, oltre alla garanzia dell'efficienza del servizio, deve assicurare altresì che la erogazione in forma digitale del servizio non pregiudichi l'accesso al servizio medesimo da parte delle fasce di popolazione digitalmente meno alfabetizzate, nella prospettiva di assicurare la riduzione del c.d. *digital divide*.

In una visione più ampia, la nozione di *smart city* rimanda a un'idea di città *sostenibile*, che adotta una serie di misure volte a ottimizzare il risparmio energetico, la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile, attraverso soluzioni intelligenti per

dell'avvenuto abuso: cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2363 del 10 aprile 2019 con la quale ha accolto il ricorso presentato per l'annullamento di una sentenza di primo grado concernente la sospensione dei lavori di montaggio di una veranda, il diniego di condono e l'ordine di demolizione: in sede di appello, il giudice ha riformato la sentenza impugnata, sostenendo l'impossibilità di stabilire con esattezza la data di ultimazione del manufatto in questione.

[8] Fonte: *Il fatto quotidiano*, 2 febbraio 2019.

la mobilità urbana e la sicurezza del territorio. Ma la "città intelligente" tende ad assicurare anche la qualità della partecipazione attiva dei suoi cittadini per favorire l'inclusione sociale, attraverso nuove forme di comunicazione e di integrazione con il territorio. Una sorta di realizzazione di quel "diritto alla città", coniato da Henri Lefebvre[9] e percepito come espressione di libertà, in uno spazio aperto di aggregazione e comunicazione. Nei termini prospettati, il ruolo dell'amministrazione, soprattutto dell'amministrazione locale, diviene prioritario: già nel principio di sussidiarietà, vi è la percezione dell'ente locale come decisore pubblico più vicino al territorio da amministrare, che dovrebbe essere capace di intercettare e raccogliere le esigenze e i bisogni di una data collettività, per provvedere alla loro realizzazione.

Infine, per ritornare allo schema del ragionamento svolto, anche nel contesto più strettamente legato alle politiche di sviluppo urbano possono manifestarsi forme di decisioni automatizzate.

In tal caso, la questione diviene più complessa ed è stata oggetto di una pluralità di riflessioni da parte della dottrina, originate probabilmente dal serrato dibattito giurisprudenziale sviluppato intorno alla nota vicenda della c.d. 'buona scuola'[10]. Ma i termini del ragionamento non mutano se la decisione automatizzata è assunta in settori diversi da quello della 'buona scuola', come nei casi richiamati dell'algoritmo per individuare l'ammontare della sanzione paesaggistica o per accertare la sussistenza di un abuso edilizio.

In primo luogo, sembra evidente che ci muoviamo già dentro i confini di un tema antico e assai dibattuto, qual è quello del rapporto tra tecnica e amministrazione. Se si guarda al fenomeno delle decisioni automatizzate, la soluzione potrebbe essere quella più classica, che individua nel sapere tecnico e scientifico, e dunque nell'algoritmo, il presupposto della decisione amministrativa: nella consapevolezza, tuttavia, che in tal caso il rapporto di forza può essere rovesciato, potendo avere l'algoritmo la capacità di sovrapporsi alla decisione pubblica, ovvero di sostituirsi ad essa[11].

---

[9] H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città, (1968)*, ed. it. Venezia, 2014.

[10] Ai fini dell'individuazione della sede spettante al singolo docente, nell'ambito del Piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale avviato, con la legge n. 107 del 2015, dal Ministero dell'istruzione, Università e ricerca (Miur), il Miur ha fatto ricorso all'implementazione di un algoritmo, per mezzo del codice sorgente, elaborato dalla società HPE Services Srl. Dall'applicazione di tale algoritmo è scaturito un cospicuo contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, nonché davanti al giudice del lavoro: basti pensare alla nota sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in tema di accesso all'algoritmo; nonché alle più recenti sentenze Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 11 luglio 2018, n. 9230, Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, che si pronunciano sulla natura dell'algoritmo, nel tentativo di qualificarlo come decisione automatizzata, soggetta ai principi generali dell'azione amministrativa, quali trasparenza, partecipazione e responsabilità.

[11] M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit.

Al contempo, e in un orizzonte più ampio, è possibile cogliere nella "sequenza di passaggi elementari" che caratterizzano un algoritmo e che, dunque, costituiscono l'essenza della decisione automatizzata, i principi fondamentali dell'ordinamento che assicurano il corretto dispiegarsi del procedimento amministrativo. È possibile così individuare quelle misure fondamentali, dalle quali dovrebbe scaturire un nucleo di regole e principi che definiscano un 'giusto processo tecnologico', secondo un'espressione che riassume l'esigenza che gli algoritmi che ci governano riflettano i valori fondanti e condivisi della nostra società e siano soggetti al controllo democratico[12].

Soccorrono, al riguardo, alcune indicazioni contenute nel Regolamento europeo sulla protezione dei dati, che individua il c.d. principio di non esclusività[13], e nella Carta europea della robotica, adottata nel febbraio 2017[14], che si concentra prevalentemente sul principio di trasparenza e di responsabilità.

Emerge così che la *trasparenza* è invocata come la prima delle difese dal rischio di arbitrio nell'impiego di algoritmi ed è condizione necessaria per la comprensione dei meccanismi di funzionamento dei processi decisionali compiuti dalle macchine. La trasparenza, in tal caso, è intesa quale sinonimo di conoscenza del percorso seguito per giungere alla decisione automatizzata: ed è per questo che, da più parti, si sollecita l'intervento di 'algoritmisti', soggetti terzi che possano attestare la correttezza di un certo algoritmo, una sorta di consulente tecnico con competenze informatiche che svolga il ruolo di controllore della società dell'algoritmo. Il tema centrale, nella decisione automatizzata, diviene così quello della *spiegabilità* (*explainability*), ossia l'individuazione di strumenti che consentano di interpretarne il codice sorgente per ricostruire i passaggi logici che lo compongono e stabilire i passaggi e le procedure che hanno determinano i risultati. Sotto tale profilo, la spiegabilità della procedura automatizzata non si allontana molto dalla necessaria motivazione del provvedimento: l'amministrazione che assume una decisione attraverso il ricorso a un algoritmo deve essere in grado di spiegare l'*iter* logico-giuridico che conduce alla decisione finale[15].

In particolare, secondo la richiamata Carta della robotica, tutte le volte in cui una decisione, capace di avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone, sia presa con l'ausilio dei meccanismi predittivi tipici dell'intelligenza artificiale, deve sempre essere possibile ricondurre "i calcoli di un sistema di intelligenza artificiale a una forma comprensibile per l'uomo". Nel senso che i sistemi capaci di elaborare la

[12] M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *op. cit*.

[13] Cfr. Regolamento (UE) 2016/679, il cui art. 22, comma 1, dispone che "l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato".

[14] Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

[15] M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *op. cit*.

decisione dovrebbero essere dotati di una "scatola nera", per consentire la registrazione dei dati su ogni operazione effettuata dalla macchina, "compresi i passaggi logici che hanno contribuito alle sue decisioni".
In tal modo, trasparenza e conoscenza, o spiegabilità, della procedura automatizzata assicurano, a loro volta, un'adeguata *partecipazione* del privato alla procedura algoritmica. E, in qualunque passaggio della medesima procedura, deve sempre essere assicurata al privato la facoltà di intervenire nel procedimento e di individuare con facilità il soggetto responsabile della decisione, per consentire l'imputazione della decisione medesima al soggetto pubblico.
Ecco, allora, che il circuito così rappresentato si salda, sia pure idealmente, con la richiamata rilevanza che il tema della partecipazione e della inclusione dei cittadini assume nella 'città intelligente'.

3. Brevi conclusioni.

Se si allarga la prospettiva, l'esigenza è quella di evitare che l'automatizzazione della procedura, come più in generale l'innovazione tecnologica applicata ai servizi, possa generare un processo di spersonalizzazione della decisione, che produce effetti distorsivi, sotto un duplice aspetto[16]. In primo lugo, rende più complessa la possibilità del privato di prendere parte al procedimento, non foss'altro che per il fatto che manca un interlocutore al quale il cittadino possa rivolgersi; ma soprattutto, rischia di generare una polverizzazione della responsabilità conseguente alla decisione assunta, come dei servizi erogati.
D'altra parte, e qui si apre un ulteriore spunto di riflessione, che si lega all'impiego degli algoritmi nella decisione pubblica e che in parte è stato già richiamato, l'algoritmo, inteso come regola tecnica, assume un ruolo che va al di là del mero presupposto su cui si fonda la decisione, poiché esso non è solo uno strumento di conoscenza per l'amministrazione, ma è un sistema di formazione della stessa volontà procedimentale. E la volontà dell'algoritmo rischia di sostituirsi alla volontà dell'amministrazione: l'algoritmo può decidere al posto del soggetto pubblico, ma può anche sbagliare, come è emerso a proposito della vicenda della 'buona scuola' nei più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa[17].
Emerge così il tema vero, rimasto sullo sfondo delle riflessioni svolte, che è proprio quello della fallibilità della *macchina*: se ad essa ci si affida sul presupposto che sia in grado di offrire una soluzione efficiente, in quanto adottata in tempi ridotti e non soggetta a errore, tale presunzione si scontra con la circostanza, tutt'altro che remota, che la stessa macchina possa dare esito a risultati non corretti.

[16] M.C. CAVALLARO - G. SMORTO, *op. cit.*
[17] Circostanza adombrata da Cons. Stato, sez. VI, n. 8472/2019, laddove riconosce «l'impossibilità di comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili», che, secondo il collegio, «costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura».

Fuori dai profili più strettamente legati alla decisione automatizzata, anche nel settore dei servizi pubblici e dei servizi connessi alla *smart city* l'errore della macchina non è un'evenienza remota, ma può avere un impatto significativo in termini di responsabilità. L'esempio può essere quello del caso Tesla, relativo all'incidente mortale causato dalla vettura a guida automatizzata, senza il conducente[18], ma si registrano anche ipotesi di danni cagionati dalla chirurgia robotica: sono tutte ipotesi che, pur non avendo trovato ancora un'esperienza specifica in Italia, assumono un ruolo significativo per argomentare la possibilità di un errore della macchina.

Sembra però evidente che, dinanzi alla velocità delle trasformazioni e delle innovazioni tecnologiche, la resistenza alla *macchina* come strumento di azione amministrativa e di formazione della volontà procedimentale risulta fragile e di difficile attuazione. Anzi, lo stesso giudice amministrativo ne incoraggia ormai l'utilizzo, riconoscendone gli indubitabili vantaggi in termini di efficacia e celerità dell'azione pubblica[19].

Semmai, l'esigenza, e la conseguente difficoltà della sfida, è quella di individuare il giusto punto di equilibrio.

E qui ritorna il ruolo cruciale dell'amministrazione. Che forse può essere colto in quello che nelle Città invisibili di Italo Calvino è il secondo modo di non soffrire *l'inferno dei viventi*, l'inferno che noi abitiamo tutti i giorni, quello più difficile e rischioso, che esige attenzione e approfondimento continui: *saper riconoscere che cosa in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio*.

[18] Fonte: *Il Corriere della sera*, 8 giugno 2018.

[19] Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2270/2019, secondo cui l'utilizzo di una procedura informatica «comporta numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Autorità amministrative indipendenti e ruolo della motivazione come fondamento dei poteri ad esse conferiti

di Giovanni Cocozza

(Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.)

Sommario

1. Premessa. – 2. La problematica esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali e normativi nella legge n. 241 del 1990. – 3. La deroga alla disciplina sulla motivazione per gli atti generali e normativi. – 4. Partecipazione procedimentale e Analisi di impatto della regolazione (AIR). – 5. Partecipazione, motivazione, poteri regolatori delle Autorità. – 6. Osservazioni conclusive.

Abstract

In the general discipline of the independent administrative authorities there is a significant exception to the rule contained in art. 3 of the law n. 241 of 1990 on the motivation of administrative measures. In particular, the law of 28 December 2005, n. 262, which expressly contemplated the obligation of motivation for the provisions of the Bank of Italy, Consob, Isvap and Covip, of a regulatory nature or of a general content and characterized this obligation by indicating what must be specified, namely the regulatory choices and supervision of the sector or the matter on which they concern.
It thus occurs that such a legal discipline, therefore, for this area, a significant difference with respect to law no. 241 of 1990, was the occasion for the development of a jurisprudence that has helped to characterize the independent authorities, through a work of drafting rules related to the need to justify the powers, not just wide, with which they are endowed…

1. Premessa.

Nella disciplina generale delle autorità amministrative indipendenti[1] vi è una significativa deroga alla regola contenuta nell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 sulla motivazione dei provvedimenti amministrativi[2]. In particolare, assume rilevanza la legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha contemplato espressamente l'obbligo di motivazione per i provvedimenti della Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip, di natura regolamentare o di contenuto generale e ha caratterizzato tale obbligo indicando quanto deve essere precisato, e cioè le scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.

Si verifica, così, che una tale disciplina legale, recante, dunque, per questo ambito, una differenza rilevante rispetto alla legge n. 241 del 1990, sia stata l'occasione per lo sviluppo di una giurisprudenza che ha contribuito a caratterizzare le autorità indipendenti, attraverso un'opera di elaborazione di regole collegate alla esigenza di giustificazione dei poteri, non poco ampi, di cui esse sono dotate.

Si tratta, pertanto, di un profilo interessante, da valutare con attenzione, perché comporta non solo una valorizzazione della motivazione, ma un riconoscimento di un particolare rilievo da assegnare a essa, in termini di ruolo svolto per collocare le autorità amministrative indipendenti nel sistema democratico[3].

---

[1] Sul tema, la produzione scientifica è particolarmente ampia. Ci si limita, pertanto, a ricordare alcuni dei contributi più recenti. In particolare, F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n. 1/2017; L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Amministrativ@mente.it*, n. 9-10/2016; A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'"antitrust"*, in *Federalismi.it*, n. 2/2016; A. MAZZALABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il dir. dell'economia*, 2015, 3, 633 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, 1-2, p. 1 ss.; A.M. CECERE, *Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni a contenuto sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, 2015, 1-2, p. 193 ss.; F. GRECO, *La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione*, in *Giustamm.it*, n. 9/2014; G. GRUNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm.it*, n. 2/2014; M. GENGHI, *Profili problematici delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova rass. di legisl., dottr. e giur.*, 2012, 7-8, p. 763 ss.; E. CHELI, *Le Autorità amministrative indipendenti: sviluppo di un percorso e problemi aperti*, in *Rass. parlam.*, 2011, 2, p. 479 ss.

[2] Nell'ambito di una amplissima dottrina, non si possono non ricordare sul tema i lavori monografici di C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, 1933; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013. Nonché le voci enciclopediche di M.S. GIANNINI M.S., voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257 ss.; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 774 ss.; M. DE BENEDETTO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Postilla di aggiornamento, XXIII, Roma, 2003, p. 1 ss.; V. MAZZARELLI, voce *Motivazione*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

[3] C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss. Tra i volumi monografici, G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica. Tra legittimità costituzionale e*

2. La problematica esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali e normativi nella legge n. 241 del 1990

Occorre, per procedere con ordine, innanzitutto recuperare alcuni tratti della regolamentazione generale, alla quale quella appena ricordata si collega, proponendosi come eccezione.

Come è noto, la legge n. 241 del 1990 ha escluso gli atti normativi e quelli a contenuto generale dall'obbligo di motivazione.

Regola, tuttavia, come si sa, non poco incerta.

Innanzitutto, come già evidenziato nel parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 7 del 1987[4], l'esclusione degli atti generali dall'obbligo di motivazione non fu ritenuta coerente con gli indirizzi giurisprudenziali e, pertanto, priva di idonea giustificazione. Si ricorda che il Consiglio di Stato ha manifestato l'avviso che «l'ipotesi che il legislatore abbia inteso sopprimere indiscriminatamente, per di più nel quadro della legge istitutiva del giusto procedimento amministrativo, la garanzia della motivazione per atti, come quelli a contenuto generale, che pure incidono su situazioni soggettive dei singoli, non è persuasiva»[5]. E che non mancano tentativi di trovare una via intermedia, come quando si valorizza che «l'atto amministrativo generale non decide in concreto dell'assetto degli interessi proprio perché ha portata generale, ma solo identifica regole suscettibili di successive applicazioni»[6].

Sulle cause che hanno comportato l'esclusione c'è da discutere[7]. Certamente si può pensare alla non immediata lesività delle situazioni giuridiche soggettive, perché sembra l'elemento che ha assunto particolare rilievo nella costruzione alla quale è stato ispirato il disegno della legge n. 241 del 1990. Ma, come la dottrina ha rilevato, in questa categoria di atti non è assente una disciplina che coinvolge immediatamente tali situazioni soggettive. Altro elemento che può assumere rilevanza è il carattere di ampia discrezionalità della scelta, in uno con la generalità e

---

legittimazione democratica, Milano, 2006; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma, 2007; R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

[4] Adunanza Generale del Consiglio di Stato 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22.

[5] Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475, in *Foro amm.*, 2001, 416.

[6] Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4794, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, I, 1120. Cfr., anche, Cons. Stato, sez. III, 9 aprile 2019, n. 2311. Sul punto, R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999, p. 234 ricorda come la scelta legislativa, anche tenendo conto del dibattito parlamentare, ha incontrato ostacoli nella circostanza che «gli atti a contenuto generale» sono «sostanzialmente provvedimenti amministrativi, per i quali deve prevalere il principio di trasparenza da esternare attraverso la motivazione».

[7] Sul punto, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 469, che indica, nel riferimento agli atti normativi e generali, contenuto nel comma 2 dell'art. 3, uno «stilema atto a identificare» quelli in cui non vi è normalmente una decisione in concreto, ma che tuttavia impongono di non irrigidire in «una perfetta simmetria tra esercizio del potere amministrativo e morfologia del provvedimento le ipotesi in cui la sostanza della decisione richiede una esplicita motivazione».

l'astrattezza che variamente connotano gli stessi atti esclusi. Ma anche questo aspetto è di problematica individuazione e non è in sintonia con i sempre più ampi sviluppi che l'indagine del giudice amministrativo compie.
D'altro canto, la simmetria di disciplina fra atti amministrativi generali e normativi, che si riflette sulle modalità di controllo, dal momento che per entrambe le categorie vale la sottrazione all'obbligo di motivazione e, come ancora si ricorderà, ai principi sulla partecipazione procedimentale, con una equivalente restrizione del parametro di giudizio rispetto a tutti gli altri atti amministrativi, non li sottrae a un diverso regime processuale, dal momento che la giurisprudenza amministrativa, in maniera significativamente continua, ha proposto la conclusione che la disapplicazione non sia ammissibile in presenza di atti amministrativi generali, anche se non sembra esservi un articolato apparato argomentativo a sostegno[8]. Ha assunto, così, rilievo la differenza in termini di ampiezza della sfera dei destinatari: per l'atto regolamentare, l'indeterminabilità *a priori* e *a posteriori*; per l'atto amministrativo generale, l'indeterminabilità *a priori* ma non *a posteriori*. In tal senso, può essere ricordato l'impianto seguito dal giudice amministrativo nel momento in cui ha tracciato gli elementi idonei a caratterizzare il contenuto normativo[9]. Ma il problema dell'identificazione di tale contenuto normativo, peraltro snodo concettuale anche per modellare la tutela, consegna un dibattito tanto ampio quanto contrassegnato da non poche zone d'ombra[10]. E, ancora oggi, è oggettivamente complesso dare una risposta all'interrogativo su cosa si debba intendere per atto normativo.
Come è ben noto, la questione è talmente densa di riflessioni dottrinali che è necessaria un'analisi in una sede a essa dedicata. Il dato incontrovertibile è che, anche nell'attualità, dopo tanti approfondimenti, essa stimola la dottrina e coinvolge il giudice. Quando la competenza dell'organo si può manifestare in forme e procedimenti diversi per la disciplina da apprestare, il contenuto può assumere rilevanza per fissare e identificare gli atti. Ne consegue che atti amministrativi generali e regolamenti si possono distinguere quanto a *nomen* e (ma non sempre) a

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2988, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, 1192; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 12 dicembre 2008, n. 1773, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 12, 3281; T.A.R. Puglia Bari, 30 settembre 2008, n. 2254, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 9, 2567; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 367, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 963; sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, 413.

[9] Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, 1090, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

[10] È possibile, ad esempio, cogliere in uno con le problematiche applicative, nella linea sulla quale si sviluppa il tema del tipo di sindacato da parte del giudice sui regolamenti, una tensione ad avvicinare il giudizio sui regolamenti a quello sulle leggi con simmetrie che si spiegano ricordando sempre che si è di fronte a un problema antico e, cioè, la sindacabilità di un atto normativo che partecipa del regime giuridico del provvedimento amministrativo. Sul punto, cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 34-35, che concentra l'attenzione sulla «posizione da attribuire a quella fonte che, unitariamente contrassegnata per tradizione sotto il nome di regolamento, racchiude in realtà una serie di figure diverse fra loro, che occorre analizzare singolarmente onde rendersi conto della effettiva sussistenza delle ragioni che potrebbero giustificare un loro trattamento differenziato rispetto a quello degli atti assimilati alla legge formale».

cadenze procedimentali, ma si confondono sotto l'aspetto sostanziale rendendo quanto mai difficile cogliere il vero contenuto[11]. Prova ne sia che incertezze si riscontrano nelle conclusioni giurisprudenziali, seppure il contenuto generale e astratto sia stato il riferimento più utilizzato.

Così il giudice delle leggi evidenzia l'insufficienza del «*nomen iuris* e [del]la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare». Essenziale è invece rilevare se l'atto produce «norme generali ed astratte, con cui si disciplinino i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo»[12]. In modo analogo, per il giudice amministrativo la mancanza della disciplina generale e astratta e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico non consente di configurare l'atto amministrativo come regolamentare[13].

3. La deroga alla disciplina sulla motivazione per gli atti generali e normativi

In definitiva, linee di confine incerte, come è stato dimostrato in maniera puntuale dalla dottrina[14]. E che si ripercuotono sulla ragione che ha portato a escludere la motivazione.

Come si diceva, mostra debolezze di tenuta il criterio che non vi è lesione per i destinatari. Ciò tenendo anche in conto della sostanziale interscambiabilità fra atti amministrativi generali e regolamenti, che è alla base del fenomeno della c.d. "fuga dal regolamento"[15], collegata allo spazio di scelta dell'autorità amministrativa nell'utilizzare l'uno o l'altro mezzo di disciplina, anche perché se a volte si rinviene

[11] Cfr., sul punto, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, pp. 70-71.

[12] Cfr. Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278, in *Foro it.*, 2011, 4, I, 977.

[13] In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145, in *Giur. it.*, 1998, 1274, con nota di C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*. Cfr., altresì, sez. IV, 15 febbraio 2001, n. 732, in *Foro it.*, 2003, III, 281; sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4538, in *Foro amm.*, 2001, 1949; Cons. Stato, atti norm., 11 luglio 2005, n. 911, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 7/8, 2347; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, 1088, con nota di M. MASSA, *Due sentenze ambiziose sul potere normativo dell'amministrazione*; Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, cit. Cfr., ancora, T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 4 luglio 2012, n. 1666, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 7-8, 2588; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 9 maggio 2013, n. 2394, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 5, 1710 (che, con riferimento ad un regolamento comunale di gestione del corretto insediamento urbanistico e territoriale delle Stazioni Radio Base, lo definisce come «atto amministrativo a contenuto normativo o generale» e trae la conseguenza che, trattandosi di «norma astratta», non ha «attitudine lesiva di interessi concreti se non attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo»).

[14] M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *op. cit.*, in part. 65 ss.

[15] Fenomeno che identifica, come è noto, le ipotesi in cui si utilizza l'atto amministrativo generale in luogo del regolamento per sottrarsi (prima "fuga") ai profili formali imposti ai regolamenti dalla legge n. 400 del 1988 o per disciplinare ambiti materiali sottratti alla competenza regolamentare dello Stato (seconda "fuga") perché affidati *ex* art. 117, comma 6 Cost. alla competenza regionale.

una base legislativa a fondare il relativo potere che trova attuazione in atti che si autoqualificano a contenuto generale, in altre occasioni ciò non si verifica[16].
In buona sostanza, pur con la diversa qualificazione formale, il dato sostanziale pone per entrambi lo stesso problema di giustificazione del potere esercitato verso il soggetto, in un'ottica di garanzia e fa comprendere le spinte verso una differente sistematizzazione. E, sotto questo aspetto, non è stata inopportuna la equivalenza di disciplina da parte del legislatore del 1990.
Si spiega, però, che l'esclusione del dovere di motivare sia stata superata in discipline settoriali, come è normale che accada nella successione cronologica di atti dotati di pari forza, ma anche da conclusioni giurisprudenziali che richiedono la motivazione sebbene non imposta, nonché da previsioni di discipline regionali che mostrano, in generale, la possibilità di una differente "apertura" a queste esigenze motivazionali. Fenomeno quest'ultimo di non poca rilevanza che, come si sa, ha richiesto alla Corte costituzionale di intervenire[17], quando investita di questione di legittimità dello statuto regionale che tale obbligo prevedeva, con una dichiarazione che, al mancato obbligo *ex lege* n. 241 del 1990, non corrisponde il divieto per altre leggi di prevederlo come tale.
Comunque, proprio quanto ha formato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale apre uno scenario di rilievo sistemico perché è una spinta verso l'estensione dell'obbligo di motivazione anche per gli atti generali, oltre che normativi. Si deve dire che, se questo percorso di ampliamento motivazionale rivolto insieme all'atto normativo e a quello generale, è un aspetto che accomuna quanto, ad oggi, risulta non agevolmente distinguibile, sicché il *nomen iuris* non può essere utilizzato per affidare atti in sostanza eguali a regimi giuridici differenti, vi è una conferma, se si vuole, di quanto il dibattito sulla normatività, quale elemento che identifica fenomeni diversi, abbia ancora esito incerto, pur con il grande impegno di dottrina e giurisprudenza.
Il profilo rimarchevole è che, seppur vi sia una possibilità di distinguere il contenuto normativo o meno sulla base della categoria dei destinatari, questo elemento sfuma

[16] Al riguardo, si segnala la regola di non poco interesse fissata dall'Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2409, quando ha stabilito che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, in generale, del governo possa esercitarsi mediante atti "atipici" di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga», in quanto tentativo per valorizzare il profilo della forma dell'atto attraverso la quale il potere si manifesta.

[17] Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, cit. Secondo la Consulta, l'art. 3, comma 2 della legge n. 241 del 1990 «non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso – come ben noto – la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario: sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione». Un più generale riferimento all'utilizzo da parte della giurisprudenza costituzionale dei principi generali dell'azione amministrativa è rinvenibile nell'analisi compiuta sull'obbligo di motivazione per gli atti amministrativi generali da M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 3, in part. p. 727 ss.

nell'ottica dell'esercizio della funzione[18]. Quest'ultima, anzi, non risulta contraddetta in quei caratteri che le sono propri, quando la decisione che deriva dal suo esercizio è rivolta alla pluralità. L'approdo giurisprudenziale[19] che richiede la motivazione per gli atti generali immediatamente lesivi riceve una conferma dal momento che le esigenze di garanzia non sono smentite ma coinvolgono i "tanti" soggetti che l'esercizio della funzione raggiunge. In tal maniera, la motivazione, quale istituto collegato alla giustificazione del potere[20] come legittimazione democratica dello stesso, da cui trae elementi connotativi, può anche compensare *deficit* democratici della decisione. E il modello di funzionamento delle autorità amministrative indipendenti lo dimostra.

4. Partecipazione procedimentale e Analisi di impatto della regolazione (AIR)

Va, a questo punto, ripreso quanto si diceva su un altro elemento, che accomuna atti amministrativi generali e normativi nella legge n. 241 del 1990, rilevante ai fini della riflessione qui svolta, e cioè le regole sulla partecipazione procedimentale. Come è noto, l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 ha elencato atti normativi, amministrativi generali (oltre che quelli di pianificazione e programmazione) ai fini dell'esclusione delle disposizioni sulla partecipazione procedimentale[21], e per essi restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. Disciplina che tradizionalmente si

[18] F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 469 osserva come non sia possibile una «rigorosa distinzione formale tra categorie di atti e loro contenuto», con la conseguenza che il concreto provvedere può essere sia negli atti a contenuto generale che in quelli normativi e che ciò sia da collegare alla mancanza di una nozione positiva di provvedimento e alla fungibilità del concetto di decisione amministrativa. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 797 ss.; E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 243 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1989, p. 524 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 810 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Decisione amministrativa*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 268 ss.

[19] M. COCCONI, *op. cit.*, p. 713 richiama le ipotesi in cui si verificano effetti pregiudizievoli per i privati, titolari di situazioni giuridiche soggettive assistite da legittimo affidamento, per effetto dell'adozione di piani urbanistici. Così come l'esigenza di una motivazione è stata affermata quando l'amministrazione intendeva superare gli impegni assunti con una convenzione di lottizzazione. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1993, n. 711, in *Cons. Stato*, 1993, I, 860.

[20] B.G. MATTARELLA, voce *Motivazione (dir. com.)*, cit., p. 3571.

[21] Sul criterio di lettura dell'esclusione dall'obbligo di motivazione, cfr., in part., D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, pp. 377-378, secondo cui «si tratta di un'eccezione che sembra spiegabile nel presupposto che la struttura di questi atti, costituiti di regola da una pluralità di disposizioni poste in reciproca connessione, rende agevole comprendere il ragionamento che ne è a fondamento anche senza che esso sia oggetto di una separata e formale esplicitazione. Comunque, in considerazione della sua natura di norma di eccezione, la prescrizione in parola richiede un'interpretazione restrittiva funzionale al presupposto indicato». Sull'art. 13 della legge n. 241 del 1990, v. le considerazioni di G. TINELLI, A. ZITO, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 681 ss.

giustifica in quanto vi sono diversità di partecipazione nelle decisioni pubbliche, in corrispondenza con le differenze degli interessi di volta in volta da salvaguardare.
Ebbene, a tal riguardo, il regime delle autorità indipendenti, osservando le ricostruzioni giurisprudenziali, mostra elementi interessanti. Va, però, in via preliminare ricordato che le autorità sono state destinatarie dell'obbligo, contemplato dal legislatore statale, di dotarsi dell'Analisi di impatto della regolazione (AIR). Si tratta di un intervento legislativo che ha anche consentito spazio all'autonomia delle singole autorità, giacché ha affidato a esse la fissazione dei modi per introdurre discipline, in coerenza con le peculiarità di ciascuna, sulla base del proprio ordinamento. Nello stesso tempo, quale oggetto dell'analisi dell'impatto della regolazione, sono stati indicati gli atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione (e, comunque, di regolazione).
Rileva, così, la legge 29 luglio 2003, n. 229, che ha previsto, nell'art. 13, primo comma, l'obbligo per le autorità amministrative indipendenti di dotarsi di «*forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione*». E al secondo comma che tali autorità trasmettono la relazione dell'analisi di impatto della regolamentazione al Parlamento. Come appena osservato, sono espressamente indicati "forme" e "metodi" delle analisi. Nonché, l'art. 23 della già richiamata legge 28 dicembre 2005, n. 262, comma 2, in cui è stabilito che tali provvedimenti devono essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. E inoltre che «*nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*».
Si tratta, dunque, di un'estensione dell'AIR. Al riguardo, va ricordato che la previsione legislativa contenuta nell'art. 14 della legge n. 246/2005[22], che ha indicato la funzione dell'AIR e disciplinato gli aspetti essenziali di essa in uno con il raccordo con la Verifica di impatto regolatorio (VIR)[23], è stata definita attraverso d.P.C.M. adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988.

[22] Legge 28 novembre 2005, n. 246 ("*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*").
[23] Per quanto riguarda la VIR, la disciplina di attuazione è contenuta nel d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, recante "*Disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*".

I due momenti attuativi, il primo con il d.P.C.M. 170/2008[24] e il secondo con il d.P.C.M. 169/2017[25], propongono soluzioni da richiamare.
All'indomani del primo, la dottrina ha colto alcuni elementi di contiguità dell'AIR e dell'Analisi tecnico-normativa (ATN) con la motivazione e la giustificazione[26], pur notando la differenza che la seconda «accompagna atti già perfetti», mentre la prima si collega a proposte di atti[27].
È meritevole di segnalazione, ancora, la previsione dell'AIR sui decreti legge contenuta nell'art. 10 del d.P.C.M. n. 169 del 2017[28].
Comunque, nel d.P.C.M. del 2017 il collegamento con la funzione amministrativa si accentua quando vengono previste, soprattutto nell'art. 2, fasi per il suo esercizio e la traduzione in atto.
L'integrazione degli strumenti (AIR, VIR, consultazione) per fissare bisogni e priorità, e trasferirli nella fase attuativa (comma 1), l'individuazione e la comparazione di opzioni di regolamentazione (comma 4), la costruzione di uno schema valutativo che costituisce supporto informativo per cogliere l'utilità, l'efficacia e l'efficienza della disciplina (comma 5) sono tappe che lasciano intravedere un percorso motivazionale. Esse potranno essere del tutto trasferite nella decisione nel momento in cui sono state integralmente recepite. Ma anche laddove ciò non accada, non si possono separare dalla decisione e da quanto ha condotto ad essa. È inevitabile l'influenza che hanno esercitato anche nell'ipotesi in cui non siano state condivise, proponendosi come alternative per la possibile soluzione, in linea con quanto il legittimo esercizio della funzione pretende.
Ebbene, sulla base di quanto precede, l'osservazione generale del quadro regolativo concernente le autorità, cui sono riconosciuti, come è noto, poteri di non poca rilevanza, seppur al di fuori del circuito di rappresentanza democratica, propone una regolamentazione di particolare varietà, che deriva dalle discipline generali di ciascun settore, da quelle specifiche derivanti dai poteri di regolazione esercitati, dalle normative statali di carattere generale e, infine, dalle ricostruzioni

[24] Regolamento recante "*Disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*". Cfr. F.M. SBATTELLA, *L'analisi di impatto della regolamentazione secondo le disposizioni del D.P.C.M. n. 170/08: un confronto con la valutazione di impatto della legislazione comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2009; A. CALLEA, *L'analisi di impatto della regolamentazione: osservazioni a margine del d.p.c.m. n. 170/2008*, in *Amministrare*, 2009, 3, p. 429 ss.; G. SALVINI, *La 'messa a regime' dell'Air: il dpcm 11 settembre 2008, recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *www.amministrazioneincammino.it*, dicembre 2008.

[25] Regolamento recante "*Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*".

[26] B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, in *www.osservatorioair.it*, settembre 2010, p. 10 ss.

[27] B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, p. 6.

[28] Art. 10, comma 1: «L'AIR svolta a supporto della predisposizione dei decreti-legge, fatte salve le indicazioni contenute nella direttiva di cui all'articolo 3, comma 1, si articola almeno nelle seguenti fasi».

giurisprudenziali. Era inevitabile la necessità di approfondimenti per un quadro di tenuta generale che potesse superare gli aspetti di dubitabile coerenza con l'impianto costituzionale.

5. Partecipazione, motivazione, poteri regolatori delle Autorità

Alla luce di tale complesso contesto, si delinea il ruolo della giurisprudenza, che è di particolare incisività, in quanto ha tracciato una linea ricostruttiva che, per le appena indicate finalità, ha valorizzato il contraddittorio procedimentale, dal momento che il giudice amministrativo, in maniera ribadita, ha concluso che l'esercizio dei poteri di cui sono dotate le autorità deve rinvenire una base di legittimazione, una volta che esse si vengono a trovare al di fuori del riparto fra i poteri e non hanno responsabilità politica.

Su tale linea poggia anche la conclusione che la legge n. 241 del 1990 «è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario deve uniformarsi»[29]. E, per quanto concerne il rispetto dell'obbligo di motivazione, i contenuti dell'art. 3 della legge 241/1990, pur rimanendo gli elementi di riferimento, consentono, nell'ottica di una valorizzazione della consultazione preventiva, con la quale ottenere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, al giudice amministrativo di spingersi ad analizzare le motivazioni rese anche come risposte alle osservazioni proposte nell'ambito del confronto[30].

Nel mentre viene così ribadito che i procedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti non sono sottoposti alle norme dell'azione amministrativa di cui agli artt. 3 e 13 della legge 241 del 1990, che escludono gli atti normativi e generali dalle regole sulla partecipazione e sulla motivazione, si rinviene una base ricostruttiva nella particolarità di tali enti, per i quali non vige alcuna responsabilità nei confronti del Governo, e che devono veder giustificata la indipendenza e neutralità con un fondamento "dal basso". Questo si trasferisce nell'esigenza di assicurare le garanzie del giusto procedimento con un correlato controllo in sede giurisdizionale. Si determina, in tal modo, un interessante legame tra legalità sostanziale, certamente compromessa dai poteri regolatori, e legalità procedurale, da realizzarsi con le garanzie del contraddittorio. Quest'ultima è chiamata a compensare, con una sorta di «correlazione inversa», la legalità sostanziale di modo che al *deficit* di essa, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non ben definiti, deve corrispondere un potenziamento delle forme di coinvolgimento di tutti i soggetti

[29] Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1, 281, con nota di I. PIAZZA, *Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*.

[30] Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2201, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 4, 1262.

interessati nel procedimento, con il quale si assumono decisioni destinate a determinare un impatto rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori.
Sulla scorta di tale rapporto di "compensazione", assume un notevole ruolo la partecipazione e ci si colloca in un'ottica opposta all'esclusione prevista dall'art. 13 della legge n. 241 del 1990. La linea ricostruttiva della giurisprudenza è quella che i principi generali sulla partecipazione procedimentale possono assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, «l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere»[31], tanto che la disciplina di settore si pone con un significato teso a meglio soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore.
È inevitabile che si valorizzi la «consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati», quale modo «essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione». Strumento già adoperato da tempo attraverso audizioni e meccanismi di "*notice and comment*", con cui si conosce del progetto di atto e si consente agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni.
A questo punto, la motivazione viene ad assumere un ruolo essenziale anche per gli atti generali e normativi, e un tale carattere le deriva dalla partecipazione procedimentale, in maniera tale che partecipazione e motivazione vengono a proporsi come un *unicum* non separabile.
È l'effettività del meccanismo partecipativo da garantire, proprio attraverso l'apparato motivazionale, perché tramite esso vi può essere una presunzione che le scelte compiute dall'autorità siano coerenti con le aspettative dei destinatari e riescano a essere satisfattive delle loro esigenze. E la motivazione deve offrire la garanzia che ciò si sia realmente realizzato.
Sono dunque esigenze di sistema che mostrano come attraverso un percorso *ex post*, e non *ex ante* come quello del circuito democratico, si possa ottenere la legittimazione che richiede necessariamente che l'atto regolatorio venga motivato[32].

[31] Cfr. la citata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215. Il giudice amministrativo sottolinea che l'atto di regolazione deve essere motivato indicando i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale. Tuttavia, ciò non determina la «considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento (che va, invece, rispettata in via di principio)».

[32] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 12, 3398. Con adeguamento alle fattispecie concrete cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, in *Foro amm.*, 2014, 12, 3119, dove si afferma che: «se è costante opinione che gli atti regolatori debbano essere motivati e la motivazione deve farsi carico anche della adeguatezza della istruttoria, sulla base del rispetto delle regole procedimentali (consultazione, acquisizione dei fatti e degli interessi rilevanti, dandosi conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto nei casi in cui dovessero essere contestati a monte il presupposti dell'azione regolatoria), nella specie, tali estremi sono ravvisabili in merito all'adottato meccanismo transitorio che attenua gli effetti economici (sanzionatori e premiali, anche meritevolmente redistribuendo i correlativi vantaggi in parte alla utenza, seguendo la funzione istituzionale dell'Autorità di agire per stimolare l'efficienza del sistema e la tutela degli utenti ai sensi della legge

6. Osservazioni conclusive

In definitiva, le conclusioni giurisprudenziali in tema di autorità amministrative indipendenti, non disgiunte dalle innovazioni legislative, assumono un significativo rilievo non soltanto per inquadrare la motivazione come istituto di garanzia, ma anche per farne cogliere ulteriori e rilevanti potenzialità. Si tratta, infatti, non solo di caratterizzare poteri che senza motivazione non sono legittimamente esercitabili, ma di riconoscere che gli stessi traggono da essa legittimazione. Nel contempo, l'estensione dell'obbligo anche agli atti normativi e amministrativi generali, derogando alla esclusione sancita dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, conferisce effettività ai procedimenti di partecipazione ai quali la motivazione deve essere strettamente collegata, al fine di dar conto del modo in cui a tale partecipazione si è dato seguito. Seppur con le incertezze di cui si è appena detto, si può allora ben dire che, per le autorità amministrative indipendenti, la motivazione tende ad assumere il ruolo di fondamento per la loro stessa operatività nel sistema, con l'esercizio dei poteri regolativi di cui sono dotate.

In maniera inevitabile, invero, risultano confermati i dubbi sulla opportunità che tutti gli "altri" atti generali e normativi siano, per regola generale, esclusi dalla motivazione e dalla partecipazione, dal momento che una eventuale modulazione di tale obbligo è nella prospettiva di implementare il "valore democratico" che ad esso va riconosciuto.

n.481 del 1995)». E, ancora, Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2015, n. 5284, in *Foro amm.*, 2015, 11, 2818, dove si legge: «l'amministrazione non deve prendere specificamente posizione su ciascuna di tali osservazioni, essendo sufficiente che dalla lettura complessiva della motivazione si comprendano le ragioni della scelta compiuta. L'Autorità non ha l'obbligo di motivare "sia in positivo che in negativo" ciascuna delle numerosissime scelte tecnico-discrezionali sottese all'emanazione di un atto di regolazione, in quanto ciò sarebbe in contrasto con "le correnti acquisizioni di sistema in tema di conservazione degli atti e di strumentalità delle forme"».

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Alcune riflessioni sul concetto di "certezza dell'azione amministrativa"

di Giuliano Taglianetti

(Ricercatore di diritto amministrativo, Università Federico II di Napoli)

Sommario

1. Premessa: le diverse dimensioni della certezza. - 2. La certezza dell'azione amministrativa come stabilità. - 3. La certezza delle decisioni pubbliche in funzione del buon andamento dell'azione amministrativa. - 4. La certezza delle decisioni pubbliche in funzione del legittimo affidamento ingenerato nei privati. - 5. Il rapporto e i meccanismi interattivi tra certezza dell'azione amministrativa e certezza del diritto: la certezza del diritto «al servizio» della certezza dell'azione amministrativa.

Abstract

This paper examines the notion of «certainty of administrative proceedings».
The latter is an issue little-explored by scholars, despite the key role and importance given to it by the legislator and jurisprudence.
The article gives a new interpretation of the issue, diverging from the traditional view that identifies the notion of certainty with that of predictability.
According to the Author, predictability may well be a prerequisite or condition of certainty, but it does not exhaust the issue. Indeed, certainty of administrative proceedings does not only depend on its predictability and the transparency of decision-making procedures, but also on its degree of stability, that is to say on its attitude of preserving its legal effect over time.
These are two different sides of certainty: the first is achieved through a clear, unvague and transparent predetermination, by the legislator and public authorities, of administrative decisions; the second, through rules and legal instruments aimed at guaranteeing the stability or intangibility of the legal effects produced by such decisions (rules on limitation and prescription periods, res judicata, limits to the exercise of the non-judicial power of reviewing public administration decisions).
Without claiming to be exhaustive on the original meaning of certainty, which obviously involves questions of general theory of law, the article aims to interpret the issue in terms of stability.

1. Premessa: le diverse dimensioni della certezza.

L'espressione «certezza dell'azione amministrativa» presenta una duplicità di significati: in un primo significato essa indica la prevedibilità *ex ante* delle decisioni pubbliche[1]; in un secondo l'attitudine di tali decisioni a non essere poste in discussione e a conservare i propri effetti nel tempo.

Si tratta di due distinte dimensioni della certezza[2]: la prima si realizza attraverso una chiara, univoca e trasparente predeterminazione, da parte del legislatore o della stessa amministrazione, delle decisioni pubbliche[3]; la seconda attraverso norme e istituti tendenti ad assicurare la stabilità, o intangibilità, delle situazioni giuridiche create da tali decisioni (prescrizione, decadenza, cosa giudicata, limiti all'esercizio del potere di autotutela).

È su tale ultima accezione - meno esplorata dalla dottrina, ma non per questo di minore importanza[4] - che ci si intende qui soffermare.

L'obiettivo principale del presente contributo è invero quello di ricostruire il concetto di «certezza dell'azione amministrativa» in termini di stabilità.

2. La certezza dell'azione amministrativa come stabilità.

In effetti, quando questi sostantivi astratti (certezza e stabilità) sono riferiti al provvedimento amministrativo presentano la comune generica accezione di attitudine del provvedimento a essere incontestabile e, quindi, a produrre effetti duraturi nel tempo: in virtù di questa comune accezione essi sono spesso considerati come un'endiadi inscindibile e usati come sinonimi da molti autori e dalla giurisprudenza[5].

---

[1] Per una compiuta ricostruzione del concetto di certezza dell'azione amministrativa in termini di prevedibilità cfr., per tutti, A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa,* in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 ss. Su tale concetto si veda altresì lo studio di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 39 ss.

[2] Pur nella consapevolezza che la prevedibilità delle scelte amministrative è funzionale alla loro stabilità: è evidente che allorquando si stabiliscono preventivamente i canoni, i parametri e le regole delle decisioni amministrative si favorisce il legittimo affidamento degli amministrati sulla tendenziale stabilità di tali decisioni.

[3] Per uno studio sistematico delle principali forme di predeterminazione dell'azione amministrativa, nonché sulle molteplici finalità assolte da queste ultime, si vedano P.M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

[4] Il che appare alquanto singolare vista la centralità normalmente associata dal legislatore e dalla giurisprudenza al valore della stabilità dell'azione amministrativa. D'altronde, l'amministrato ha l'esigenza di relazionarsi con una pubblica amministrazione «affidabile» che sia messa in grado (e sia in grado) di garantire non solo la ragionevole prevedibilità dei processi decisionali, ma anche la stabilità dei loro effetti.

[5] Cfr. R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 140, secondo il quale il legislatore ha deciso di escludere tra le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo la violazione di norme imperative, «giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di *certezza* e di *stabilità* dell'azione amministrativa»; D. CORLETTO,

È emblematico quanto sostenuto da autorevole dottrina, secondo cui «nel processo amministrativo la previsione di termini decadenziali brevi soddisfa esigenze di *certezza* e di *stabilità* dell'assetto di interessi prodotto dal provvedimento amministrativo» (qui e di seguito corsivi nostri)[6].

In altre parole, si ritiene alquanto pacificamente che la previsione di un termine decadenziale per esperire l'azione di annullamento trovi «la sua *ratio* in un'esigenza di *certezza* e *stabilità* degli effetti degli atti dell'amministrazione»[7]: il valore della

---

L'impugnazione degli atti amministrativi regionali innanzi al Giudice amministrativo, in P. CAVALERI, E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione del Veneto*, Torino, 2013, p. 469, il quale osserva che il processo amministrativo, sin dalla sua origine, «è stato congegnato in modo da rispettare la fondamentale esigenza della *certezza* e della *stabilità*»; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, n. 8/2017, che fa riferimento alla «necessità di trovare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare *stabilità* e *certezza* dei rapporti giuridici (*ne lites fiant pene immortales*), garantita appunto dal giudicato, e l'esigenza di assicurare la giustizia sostanziale, garantita dal principio di effettività della tutela giurisdizionale»; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, n. 2540, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, qualora si ammettesse, a fronte di un'istanza di riesame avanzata da un privato, un generalizzato obbligo in capo all'amministrazione di rivalutare un proprio provvedimento anche quando rispetto ad esso siano decorsi i termini per proporre ricorso, «sarebbe vulnerata l'esigenza di *certezza* e *stabilità* dei rapporti giuridici e resterebbe lettera morta il regime decadenziale dei termini per impugnare»; Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2016, n. 610, in *Foro amm.*, 2016, p. 310 ss., secondo cui le regole applicabili al giudizio elettorale sono la sintesi tra l'esigenza di garantire «un ampio accesso alla giustizia mediante l'azione popolare» e quella di assicurare l'interesse pubblico «alla *stabilità* e *certezza* del risultato elettorale» (nostri i corsivi).

[6] R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 34. In termini analoghi si esprimono G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo*: *un falso problema?*, in www.gazzettaamministrativa.it, 2017, p. 4: «la fissazione del termine "breve" di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento è certamente un elemento di garanzia a presidio della *stabilità* delle misure amministrative e, quindi, della *certezza* delle situazioni giuridiche che dialogano con il potere amministrativo»; S. FOÀ, *Termine di decadenza e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale* (commento a TAR Piemonte, sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1747), in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 606, secondo il quale il termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento davanti al giudice amministrativo è giustificato dalla sussistenza di «oggettive esigenze di *stabilità* e *certezza* dei provvedimenti, funzionali al mantenimento della continuità della funzione amministrativa» (nostri i corsivi).

[7] M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, pp. 275 e 283. Sul punto, in senso analogo, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, pp. 251-252: «la previsione di un termine decadenziale, di durata limitata, riflette l'esigenza di certezza nelle situazioni giuridiche, per l'Amministrazione e per i cittadini interessati che possono aver prestato affidamento nel provvedimento in questione. Le ragioni della tutela del cittadino, leso in un suo interesse legittimo da un provvedimento amministrativo, devono conciliarsi con quelle generali e di garanzia dei terzi». Per una profonda riflessione sui limiti temporali a cui è sottoposto l'esercizio dell'azione davanti al giudice amministrativo, nonché sulla discrezionalità di cui gode il legislatore nel fissare tali limiti, cfr. M. RAMAJOLI *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018, *passim*, la quale condivisibilmente osserva come all'interno della problematica del termine s'annidi una contrapposizione tra l'esigenza di tutela piena ed effettiva del cittadino e quella di stabilità dei provvedimenti amministrativi (*ivi*, p. 7); A. MARRA, *Termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, *passim*, secondo il quale attraverso la disciplina del termine di decadenza occorre «ricercare quel punto di equilibrio che consente da una parte di non immolare la giustizia sull'altare della certezza … e, dall'altra, di non cedere alla tentazione di dare tutto alla giustizia finendo così per scivolare … nell'impossibilità di fare affidamento sulle decisioni dell'amministrazione» (*ivi*, p. 124).

certezza impone di evitare che un atto pubblico possa essere messo indefinitamente in discussione davanti al giudice da chi abbia interesse alla sua eliminazione.
Nella stessa prospettiva è stato osservato come la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità miri a tutelare la «*stabilità* del provvedimento amministrativo» e la «*certezza* dei rapporti giuridici»[8].
Queste ultime esigenze mal si conciliano invero con la possibilità che l'azione amministrativa possa restare esposta a impugnative (come, ad esempio, l'azione di nullità disciplinata dall'art. 1442 del codice civile) esercitabili senza limiti temporali; ed è per tale ragione che il codice del processo amministrativo (art. 31, comma 4) vincola l'esercizio dell'azione di nullità a un preciso termine decadenziale (centottanta giorni), sebbene più ampio di quello valevole per l'azione di annullamento[9].
Nell'accezione di «certezza» presa ora in esame non entra in gioco (almeno non direttamente) alcuna esigenza di prevedibilità del provvedimento amministrativo, facendosi invece riferimento all'attitudine del provvedimento stesso a non essere posto in discussione e a conservare i propri effetti nel tempo.
Intesa in tal modo la certezza è sinonimo di inoppugnabilità, incontestabilità, intangibilità: il grado di certezza di un provvedimento amministrativo indica la sua

[8] Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 2010, n. 5902, in *Foro amm. C.d.S*, 2010, p. 1458. Sul punto, cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, p. 352, ove si sostiene che le categorie della nullità e dell'annullabilità si presentano nel diritto amministrativo «in relazione invertita rispetto alle omologhe figure valevoli per i negozi giuridici di diritto privato», costituendo la prima l'eccezione rispetto alla seconda, e la ragione di siffatta diversità è stata appunto ravvisata nelle «note esigenze di certezza dell'azione amministrativa».

[9] Altri ordinamenti hanno optato per soluzioni differenti: come rileva L. GALLI, *I diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1001, nell'ordinamento francese, ad esempio, nessun termine decadenziale opera in relazione all'azione di accertamento della nullità di un atto amministrativo. In generale, sulla tematica della nullità, cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21-*septies *della l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 559 ss.; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007; B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 1657 ss.; A. ROMANO-TASSONE, *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 7/2007; M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21-septies L. 241/1990*, in *Giustamm.it*, n. 9/2007; C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies, l. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, p. 2740 ss.; N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2008, p. 855 ss.; F. LUCIANI, *L'invalidità e altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 16 ss.; ID., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 673 ss.; G. MORBIDELLI, *Della «triplice» forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 666 ss.; C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 43 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 637 ss.

la sua capacità a durare e produrre effetti nel tempo ed è inversamente proporzionale al suo grado di annullabilità, in via giurisdizionale o di autotutela[10].
Seguendo questa impostazione, la certezza dell'azione amministrativa non dipende soltanto dalla sua prevedibilità e dalla trasparenza dei processi decisionali a essa sottesi, ma anche dal suo grado di stabilità.
Come rilevato al riguardo da attenta dottrina, la considerazione della realtà giuridica mostra che «la stabilità è una qualità che si apprezza in termini di grado (non esistono atti stabili e atti instabili, quanto atti più o meno stabili) e che varia a seconda della disciplina positiva che governa il singolo atto»[11].
Questo significa che la stabilità non è un carattere intrinseco dell'atto, ma il prodotto del regime giuridico a esso applicabile: essa non costituisce l'oggetto immediato di una specifica disciplina, bensì il riflesso della disciplina dei poteri e delle facoltà che consentono all'autore o ai terzi di rimuovere l'atto o eliderne gli effetti[12].
Mentre il diritto processuale conosce l'istituto del giudicato, che garantisce la stabilità della decisione dell'organo della giurisdizione (*res iudicata facit de albo nigro et aequat quadrata rotundis*)[13], nel diritto sostanziale si è sempre ritenuto che l'agire amministrativo fosse incompatibile con la definitività, in considerazione della tendenziale inesauribilità del potere[14].

---

[10] Come osserva condivisibilmente M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 330, «la stabilità si pone in una relazione antitetica rispetto alla contendibilità dell'atto precettivo: maggiori sono gli spazi entro i quali gli atti possono essere contestati dagli interessati, minore è la loro stabilità; e viceversa».

[11] M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., p. 330.

[12] Cfr., ancora, M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., p. 330, il quale sostiene condivisibilmente che «la stabilità è una grandezza di relazione conformata dal diritto positivo».

[13] Come osserva in proposito F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., p. 4, «il massimo valore di certezza è assicurato dalla sentenza. Una volta che essa acquista la cd. "forza di giudicato" diviene incontestabile dalle parti e non più modificabile dallo stesso giudice». Di converso, prosegue, l'A., «l'atto amministrativo è quello che offre il minor grado di stabilità della decisione, perché si riconosce all'autorità che l'abbia emanato il potere di tornare sulla decisione presa per assicurarne la legittimità o l'aderenza all'interesse pubblico». Sull'esigenza di rinvenire un equilibrio tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di intangibilità del giudicato in relazione al diritto nazionale e a quello europeo cfr. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine della questione dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss.; ID., *Revocazione, giudicato amministrativo e diritto europeo*, in *Studi in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2018, p. 167 ss.; A SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2018, p. 1169 ss.

[14] Com'è noto, è assai risalente l'idea che il potere amministrativo, in quanto attribuito per la cura concreta dell'interesse pubblico, non possa estinguersi con l'adozione di un singolo provvedimento, ma debba comunque restare *sine die* nella disponibilità del soggetto che lo detiene per poter «soccorrere» all'eventuale modifica dell'assetto degli interessi (e dunque provvedere al ritiro o alla modifica delle proprie decisioni). Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, pp. 187 e 193, ove si sostiene che il provvedimento si caratterizza per la «mutabilità» e si esclude, pertanto, che la nozione di giudicato possa fare ingresso nel diritto amministrativo sostanziale. Sulla controversa questione della inesauribilità del potere - anche alla luce della previsione di un termine massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (*ex* art. 6, comma 1, lett. d, della legge 7 agosto 2015 n. 124, su cui più approfonditamente *infra*) - si rinvia a M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 ss.; M. TRIMARCHI,

In quest'ultimo contesto «la stabilità è travolta dalla libertà, dalla mutevolezza delle circostanze e delle forme in cui il potere amministrativo è chiamato ad apprezzare e a valutare un interesse pubblico che si rinnova continuamente nella sua attualità»[15].
Il potere amministrativo sopravvive al suo esercizio e il provvedimento successivo prevale su quello precedente come avviene per la legge[16].
Dunque, l'incertezza si manifesta alla stregua di una costante sistemica del diritto amministrativo.
A prescindere da qualsiasi considerazione specifica sul piano teorico, sta di fatto che quando il grado di stabilità di un provvedimento scende al di sotto di un certo livello si determina una situazione di incertezza per tutti coloro che a qualunque titolo fanno affidamento sugli effetti prodotti dalle decisioni assunte dalle amministrazioni; e tale incertezza inevitabilmente genera sfiducia nelle stesse amministrazioni, scoraggia l'intrapresa economica e disincentiva gli investimenti privati nel settore pubblico[17].

3. La certezza delle decisioni pubbliche in funzione del buon andamento dell'azione amministrativa.

L'interesse a garantire una maggiore certezza delle decisioni pubbliche e della susseguente azione amministrativa risponde innanzitutto all'esigenza di assicurare continuità all'azione stessa, in vista del raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico prefissati[18].

L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici, Napoli, 2018; L. BENVENUTI, *L'autotutela amministrativa. Una parabola del concetto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 637 ss.

[15] B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* Milano, 2003, p. 362.

[16] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2015, p. 308 s. Sarebbe tuttavia improprio sostenere che il potere amministrativo è inesauribile come quello legislativo: è sufficiente un esame superficiale dei principi costituzionali e dei valori sottesi alla legislazione ordinaria sull'attività amministrativa per vedere che la continua adattabilità delle decisioni all'interesse pubblico non è una esigenza assoluta, e in particolare che essa non ha maggior pregio e maggior riconoscimento giuridico del contrapposto interesse alla stabilità del provvedimento (in tal senso, cfr. M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 189).

[17] Sui rischi connessi all'instabilità delle decisioni pubbliche si rinvia a A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove auton.*, 2016, p. 65 ss. e a M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., p. 321 ss.

[18] In generale, sulla continuità dell'azione amministrativa, cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo,inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007; N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 443 ss.; S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'azione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 669 ss. In argomento, si veda pure M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, cit., p. 196, secondo il quale il principio di continuità «esprime l'idea che la cura dell'interesse pubblico da parte dei poteri pubblici deve essere costante, non subire interruzioni». Qui si fa riferimento alla continuità funzionale, da tenere distinta, seppure ad essa connessa, rispetto a quella strutturale: su tale distinzione, cfr. R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. prorogatio dei poteri)*, Napoli, 1969, pp. 13-14, il quale, pur ritenendo inattendibili le tesi sull'esistenza di un principio generale di continuità dell'attività pubblica, ne afferma tuttavia

Tale interesse non riceve espressa consacrazione in norme costituzionali; esso, tuttavia, rinviene un fondamento implicito nell'art. 97 della Costituzione, potendo valere quale corollario e declinazione del principio di buon andamento[19].
La stabilità delle determinazioni amministrative è messa a rischio da una molteplicità di fattori, primi tra tutti i poteri unilaterali di autotutela delle pubbliche amministrazioni e il controllo giurisdizionale sulla legittimità delle scelte pubbliche[20]: come si è accennato in precedenza, il grado di stabilità di un provvedimento amministrativo si pone in una relazione antitetica rispetto al grado di «ritirabilità» da parte della stessa amministrazione e di «contestabilità» da parte dei terzi[21].
L'interesse alla certezza dell'*agere* pubblico, e quindi alla stabilità dei rapporti giuridici che ne discendono, può effettivamente entrare in conflitto con l'interesse pubblicistico all'eliminazione di un atto amministrativo illegittimo e al ripristino della legalità violata, soccombendo al suo cospetto.
Non si può escludere, tuttavia, l'eventualità che, con il decorso del tempo, sopravvengano circostanze che possono far ritenere più conveniente per l'interesse pubblico il mantenimento della consolidata situazione di fatto rispetto all'eliminazione dell'atto illegittimo e al ripristino della legalità violata[22]: il ripristino, in via di autotutela o giudiziale, della legalità violata non sempre coincide con la migliore modalità di attuazione dell'interesse pubblico[23].

---

l'esistenza con riferimento alla *prorogatio* ed alla supplenza degli organi pubblici (sottolineano magistralmente l'intima connessione tra organizzazione ed azione amministrativa G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989).

[19] Sulla correlazione tra il principio di buon andamento e quello di continuità dell'azione amministrativa, cfr. Corte costituzionale, 23 marzo 2007, n. 103, in *Comuni d'Italia*, 2007, 5, I, p. 78, dove si afferma espressamente che «il principio di continuità dell'azione amministrativa è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa».

[20] Sui diversi fattori che generano l'instabilità delle decisioni pubbliche si rinvia a A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, cit., p. 65 ss., il quale osserva come tra le principali cause di instabilità delle decisioni pubbliche siano annoverabili il potere della pubblica amministrazione «di cambiare idea», nonché «l'esercizio del sindacato o del controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità» (v. spec. p. 68 ss. e p. 70 ss.). Per un'analisi delle modalità attraverso cui alcuni ordinamenti giuridici tentano di assicurare una condizione di tendenziale stabilità e certezza dei pubblici poteri v. G. FALCON, D. DE PRETIS, (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011.

[21] Come osservano in proposito G. FALCON, D. DE PRETIS, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Stabilità e contendibilità*, cit., p. 3, «i fattori di instabilità del provvedimento consistono da una parte nella possibile aggressione in sede giurisdizionale da parte dei soggetti lesi, dall'altra nella possibile rimozione di esso da parte della stessa autorità amministrativa».

[22] L'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolato «Annullamento d'ufficio», così dispone: «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, *sussistendone le ragioni di interesse pubblico* …(corsivo nostro)».

[23] La tesi che gli atti illegittimi possono comunque curare in maniera adeguata gli interessi pubblici è da tempo largamente condivisa. Invero, è affermazione ricorrente in giurisprudenza quella secondo cui l'atto di autotutela «deve tenere conto della convenienza amministrativa al nuovo assetto di interessi che necessariamente si determina a seguito dell'annullamento»: così, TAR Napoli, sez. II, 20 gennaio 1998, n. 83, in *Foro amm.-TAR*, 1998,

D'altronde, come osservato con implacabile ragionevolezza in dottrina, «il principio di legalità accolto dalla Costituzione non fa dell'amministrazione un tutore della legalità medesima; altrimenti, si dovrebbe ritenere incostituzionale anche il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio»[24].

Dunque, non è da escludere che la pubblica amministrazione, in nome e in ragione della certezza e stabilità dell'azione amministrativa, nel decidere se intervenire o meno in autotutela, al cospetto di un provvedimento illegittimo, possa scegliere di privilegiare l'interesse generale a garantire la continuità e il buon andamento dell'azione stessa rispetto all'interesse a ripristinare la legalità violata (si pensi, ad esempio e banalmente, all'interesse a garantire comunque la continuità di un servizio in corso, ovvero la celere realizzazione delle opere commissionate, pur a fronte di una procedura di gara irregolare).

In determinate occasioni non può cioè essere ignorata l'opportunità di «mantenere in vita» un atto illegittimo al fine di evitare una lesione sproporzionata dell'interesse pubblico.

Perché sorga il dovere di annullare in autotutela un atto amministrativo non basta che esso sia illegittimo o comunque non corrispondente a quello derivante da un corretto esercizio della discrezionalità, «ma è necessario che concorra un'ulteriore condizione, non prescritta esplicitamente da alcuna norma, che consiste nella presenza di ragioni di pubblico interesse che impongano l'annullamento»[25].

Detto altrimenti, l'annullamento in autotutela di un atto non è giustificato dalla semplice esigenza di ripristinare la legalità; non può seguire cioè alla semplice

---

p. 2549; in termini analoghi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 346, in *Foro amm.*, 1997, p. 1085, secondo cui «l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo è atto discrezionale e consegue a valutazioni che non si limitano alla sola constatazione della difformità dell'atto rispetto alla norma o al principio giuridico che ne costituiscono il parametro di riferimento … specie nel caso in cui il decorso del tempo abbia determinato il consolidamento e la sopravvivenza di circostanze tali da far ritenere più conveniente, per l'interesse pubblico, il mantenimento dell'attuale assetto di interessi». Sulla necessità di contemperare l'interesse generale, da un lato, con quello all'eliminazione dell'atto illegittimo e alla tutela della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente, dall'altro, v. Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in *Guida al diritto*, 2010, p. 97: nella fattispecie esaminata i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che la declaratoria di inefficacia del contratto, avente a oggetto l'affidamento della gestione del centro di accoglienza dei richiedenti asilo, e il subentro del ricorrente nel contratto stesso non fossero conformi «all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso» (punto 13.1).

[24] M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, p. 362.

[25] A. AZZENA, *L'annullamento d'ufficio in senso stretto e l'annullamento in sede di controllo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1275. La tematica dell'interesse pubblico nell'annullamento d'ufficio è ben presente nella dottrina amministrativistica: cfr. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, p. 1223 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzio assenso e «interesse pubblico all'annullamento»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 409 ss.; R. PERTICARARI, *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 714 ss.; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri «incidenti» nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 730 ss.; A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 797 ss., spec. p. 804 ss.

constatazione della sua illegittimità, ma deve essere preceduto da una valutazione puntuale in merito alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla eliminazione dello stesso, oltre a dover tenere conto - com'è ovvio - dell'affidamento del soggetto avvantaggiato da tale atto[26].

Garantire la stabilità delle decisioni amministrative e delle situazioni giuridiche a esse sottese può rappresentare, di per sé, un valore, anche a prescindere dalla correttezza o erroneità delle decisioni stesse.

Di ciò peraltro è ben consapevole lo stesso legislatore: la centralità dell'esigenza di assicurare stabilità e certezza all'azione amministrativa in funzione del buon andamento emerge ad esempio, in maniera nitida, dal terzo comma dell'art. 94 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che consente all'amministrazione aggiudicatrice di non procedere alla revoca o al recesso dal contratto per l'espletamento di un servizio nei confronti dell'impresa attinta da un'informativa sfavorevole per tentativi di infiltrazione mafiosa «nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi».

In tale fattispecie l'esigenza di permettere all'amministrazione di procedere speditamente, con continuità e senza rallentamenti, prevale addirittura su un interesse pubblico qualificato, connotato dal massimo grado di intensità, vale a dire l'interesse al contrasto alla criminalità organizzata.

Si pensi, altresì, all'art. 122 del codice del processo amministrativo (recante «inefficacia del contratto negli altri casi», vale a dire nei casi di «violazioni non gravi», o «meno gravi», se si preferisce), che attribuisce al giudice amministrativo un potere discrezionale assai ampio nel decidere la sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva[27].

La possibilità riconosciuta al giudice di non dichiarare l'inefficacia del contratto nonostante l'illegittimità del'aggiudicazione si pone potenzialmente in conflitto con l'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva che richiederebbe, invece, di sacrificare sempre e comunque l'efficacia del contratto.

La *ratio* della previsione è evidentemente quella di tutelare l'interesse alla stabilità delle decisioni pubbliche inerenti alle procedure di gara preordinate all'affidamento

[26] Pertanto si può ribadire che «quando l'amministrazione si determina ad impiegare uno dei poteri di autotutela, ivi compreso il potere di autoannullamento, non si lascia suggerire dal mero intento di ristabilire la legalità (soprattutto formale) dell'azione in precedenza intrapresa … »: così, G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo. Lezioni 1993-1994*, Padova, 1996, p. 397.

[27] Il giudice è chiamato, così, ad operare «un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco, come dimostrano fuor da ogni dubbio la potestà di determinare la decorrenza dell'inefficacia (anche retroattivamente) e la potestà di graduare le sanzioni alternative» (L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, cit., § 2).

di pubblici lavori, servizi e forniture e, con esso, il coacervo di interessi sottesi al contratto stipulato all'esito di tali procedure.

La tendenza a tutelare la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche da essa create emerge in maniera forse ancor più evidente dal successivo art. 125[28] (il cui perimetro applicativo è stato recentemente esteso dalla legge 11 settembre 2020, n. 120).

Tale norma (recante «… disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche») è particolarmente incisiva nel tutelare l'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere, stabilendo rilevanti limiti alla caducazione del contratto in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati e, quindi, al pieno dispiegarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Come osservato in dottrina, sembra che nella specie il legislatore abbia inteso rafforzare la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa e degli effetti da essa prodotti, dando preminenza alla realizzazione dell'opera a scapito della correttezza dell'espletamento della procedura di gara[29].

Previsioni di questo genere - si badi bene - non rispondono tanto all'esigenza di garantire il legittimo affidamento dei privati nei confronti dell'azione amministrativa (su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo), quanto piuttosto a quella di tutelare l'interesse generale al buon andamento della pubblica amministrazione[30].

È pertanto evidente che la tutela del buon andamento, la necessità di evitare rallentamenti e fratture nella continuità dell'azione amministrativa, possono costituire ragioni valide per garantire un maggiore grado di certezza e stabilità delle decisioni pubbliche.

4. La certezza delle decisioni pubbliche in funzione del legittimo affidamento ingenerato nei privati.

La certezza delle decisioni pubbliche non serve soltanto a tutelare il bene-valore di rango costituzionale del buon andamento, ma è altresì strumentale alla tutela dell'affidamento ingenerato da tali decisioni nei privati[31].

---

[28] Esso, oltre a prevedere un aggravamento dei presupposti processuali per la concessione della tutela cautelare, sancisce la regola secondo cui per tutti i vizi diversi da quelli più gravi, di cui all'art. 121 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto già stipulato, sicché il risarcimento del danno avviene solo per equivalente: questo significa che nel settore delle infrastrutture strategiche, al di fuori dei casi di «gravi violazioni», la conservazione del contratto diviene la regola, l'inefficacia del contratto l'eccezione. La disposizione è stata sottoposta a serrata e acuta critica da M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2009.

[29] G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2017, p. 138.

[30] Alla luce delle considerazioni sopra esposte appare condivisibile quanto sostenuto da M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., p. 363, secondo il quale «la stabilità del provvedimento ha ricadute positive sul versante dell'interesse pubblico; da questo punto di vista, certezza e funzione convergono, non sono affatto valori antagonisti».

[31] Sul tema della tutela dell'affidamento resta fondamentale il lavoro di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970 (successivamente il volume è stato ristampato, con una Introduzione dell'autore, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'Trenta' all''alternanza'*, Milano, 2001), il quale concepisce l'affidamento

Nel nostro ordinamento sono state adottate importanti misure legislative per garantire una maggiore stabilità, sicurezza e definitività all'azione amministrativa e ai rapporti giuridici a essa susseguenti in funzione del legittimo affidamento.
Una delle più rilevanti è rappresentata dall'art. 6, comma 1, della legge n. 124 del 2015, che, com'è noto, ha introdotto una significativa limitazione al potere di autoannullamento delle decisioni amministrative anche se illegittime.
La disposizione ha modificato l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, prevedendo un limite temporale, «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione», entro il quale può intervenire l'annullamento d'ufficio «dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»[32].
A seguito delle modifiche apportate all'art. 21-*nonies* dall'art. 6 della legge n. 214 del 2015, il limite temporale del «termine ragionevole», da indeterminato ed elastico, è divenuto, anche in ossequio al principio di certezza del diritto (sul cui significato, si dirà meglio più avanti), espresso e rigido, atteso che l'annullamento d'ufficio può

come una particolare applicazione del principio non scritto, di derivazione romanistica, di buona fede. In argomento, si segnalano, altresì, i contributi di F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 867 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 121 ss.; G. LEONE, *Dalla nuova tecnica di sindacato del giudice costituzionale e del giudice amministrativo alla (auspicata) nuova tecnica di redazione degli atti legislativi ed amministrativi in presenza dei princìpi di tutela dell'affidamento e della irretroattività degli atti legislativi ed amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl. eu. (on line)*, n. 1/2018. Più in particolare, sul rapporto tra stabilità dell'azione amministrativa e legittimo affidamento cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., pp. 100-101, secondo cui «le ragioni più profonde sottostanti all'istanza di stabilità del rapporto giuridico amministrativo sono ravvisabili vuoi nel garantire la sicurezza e la certezza delle relazioni sociali, valori oggettivi determinanti dello Stato di diritto e ineliminabili per un'ordinata convivenza, vuoi nel garantire l'affidamento del privato, ormai divenuto oggetto di un'autonoma pretesa» (§ 1). Quest'ultima A. osserva condivisibilmente come la stabilità del rapporto di durata giovi anche all'altra parte del rapporto stesso, ossia alla pubblica amministrazione: «ciò non solo nel senso che, una volta eliminato o circoscritto l'effetto di precarietà, i privati sono maggiormente disposti ad entrare in relazione con l'amministrazione, con un guadagno per il benessere collettivo. Ma anche nel senso più forte e squisitamente giuridico per cui la legittimazione della pubblica amministrazione passa anche attraverso la stabilità del suo agire, in modo da ingenerare fiducia nelle istituzioni pubbliche» (§ 4). Sulla medesima tematica v., altresì, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss., spec. p. 846 ss.: «il rapporto sicurezza/certezza/affidamento è addirittura costitutivo dell'essenza stessa della statualità, per come concepita (pur nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani».

[32] Come emerge dai risultati di una ricerca di vari studiosi di diritto amministrativo comparato sul tema della stabilità del provvedimento, raccolti in G. FALCON, D. DE PRETIS, (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata* cit., la previsione del termine di 18 mesi per l'annullamento d'ufficio ci allinea alle esperienze di altri Paesi, come la Francia, la Spagna e la Germania, dove da tempo è previsto un temine decadenziale per i provvedimenti di ritiro in via generale.

intervenire entro un termine «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti»[33].

È di intuitiva evidenza che con tale disposizione sono state garantite una maggiore stabilità e certezza all'azione amministrativa e, con esse, una maggiore tutela all'affidamento dei destinatari di provvedimenti autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici[34]. La *ratio* della previsione in parola, come lucidamente osservato in dottrina, «si concreta nell'esigenza di assicurare certezza e stabilità ai rapporti giuridici di matrice pubblicistica, in particolare a quelli degli operatori economici i cui programmi ed investimenti risultano condizionati dalle decisioni amministrative»[35].

La tendenza a innalzare il livello di stabilità e certezza delle decisioni amministrative è ravvisabile anche nell'introduzione da parte del legislatore di istituti quali la conferenza di servizi, gli accordi, il silenzio e la segnalazione certificata di inizio attività.

Tali figure sono accomunate tutte dall'assenza di una determinazione imperativa unilaterale: in esse l'assetto degli interessi non viene determinato unilateralmente da un provvedimento amministrativo o non viene affatto determinato da un provvedimento amministrativo[36].

Nei primi due casi (conferenza di servizi e accordi) è evidente che la partecipazione dei cointeressati alla determinazione del contenuto e degli effetti del provvedimento non può non influire positivamente sulla stabilità della decisione finale e, di conseguenza, sulla tutela dell'affidamento[37].

Negli ultimi due (silenzio e s.c.i.a.) il procedimento o il provvedimento possono venire, del tutto o in parte, a mancare e ciò rende problematico applicare anche ad esse gli istituti dell'autotutela decisoria fintanto che questi vengono ritenuti espressione di un potere generalmente riconosciuto all'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni in precedenza prese.

---

[33] Alla previsione di un termine massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio si è accompagnata in ambito dottrinale l'affermazione della opinabilità del carattere inesauribile del potere. Pur non essendo questa la sede per prendere posizione su un dibattito di così ampia portata, va comunque evidenziato che le disposizioni di cui all'articolo 21-*nonies* non appaiono da sole idonee a supportare una ricostruzione di taglio generale ed estensivo sul punto: il regime disegnato dalla norma citata, infatti, riguarda ipotesi ben individuate e cioè quelle in cui il provvedimento sia idoneo ad attribuire un vantaggio economico al destinatario; tali casi, per quanto di difficile delimitazione, costituiscono, allo stato attuale, un regime eccezionale rispetto alle ordinarie vicende del potere che, per espressa volontà normativa, continua ad essere esercitabile in tutte le altre ipotesi in cui si renda necessaria la modificazione del regime decisorio precedentemente adottato. Per una sintesi del dibattito in essere, si rinvia *retro* alla dottrina citata nella nt. 14.

[34] Secondo B.G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica Amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 ss., la *ratio* dell'attuale articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 è riconducibile a un intento di tutela del privato dall'incoerenza nel tempo della pubblica amministrazione.

[35] R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in www.federalismi.it, n. 23/2017, p. 23.

[36] Cfr., in tal senso, F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit. p. 17.

[37] M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 258.

Anche dalla legislazione più recente emerge la tendenza a rafforzare la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa: l'art. 12, comma 1, lettera a), della legge n. 120/2020, introducendo l'art. 8-*bis* nell'art. 2 della legge n. 241/1990, ha infatti stabilito che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati adottate dopo la scadenza di alcuni termini previsti dalla stessa legge n. 241/1990 sono inefficaci[38], fermo restando il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

L'obiettivo precipuo della norma è quello di favorire gli investimenti, dando agli operatori maggiori garanzie di stabilità della situazione di vantaggio conseguita.

L'attenzione per il valore della stabilità in funzione di tutela del legittimo affidamento dei privati emerge pure dalla disciplina del recesso unilaterale dai contratti pubblici da parte dell'amministrazione.

Al riguardo, è noto che nei rapporti tra privati trova applicazione la regola generale della vincolatività del contratto e degli obblighi che da esso sorgono in capo agli stipulanti[39], salvi i casi eccezionali in cui la facoltà di recedere unilateralmente sia espressamente riconosciuta dalla legge o dalle stesse parti[40].

---

[38] Si tratta in particolare dei termini stabiliti dalle seguenti disposizioni della legge n. 241/1990: art. 14-*bis*, comma 2, lettera c), relativo alle determinazioni delle amministrazioni coinvolte in sede di conferenza di servizi semplificata; art. 17-*bis*, commi 1 e 3, relativo all'acquisizione di assensi, concerti o nulla-osta comunque denominati, di competenza di altre amministrazioni pubbliche ovvero di gestori di beni o servizi pubblici per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi da parte di una pubblica amministrazione; art. 19, comma 3, in base al quale «l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa»; art. 20, comma 1, in base al quale nei procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, esclusi quelli disciplinati dall'art. 19 (SCIA), «il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2».

[39] Sul significato e la portata del principio di vincolatività degli accordi e del principio *pacta sunt servanda*, cfr., in particolare, P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione* («ius variandi») *del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, spec. 8 ss.; F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in AA.VV., *Scritti in onere di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 509 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-New York, 1996. Più recentemente in argomento, anche per i puntuali richiami dottrinari, cfr. F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 585 ss. Con specifico riferimento alla figura dei contratti di concessione, ma con implicazioni di carattere più generale, interessanti riflessioni sono svolte sul tema da F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, p. 294, il quale, muovendo dalle disposizioni dell'art. 1372 c.c., esclude la possibilità di «configurare un contratto che non vincoli le parti senza togliere a tale nozione qualsiasi significato».

[40] In generale, per una compiuta ricostruzione della figura del recesso nei contratti *iure privatorum*, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 314 ss.; M. COSTANZA, voce *Revoca*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. civ., XVII, Torino, 1999, p. 443 ss., E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004.

Ciò è stabilito in maniera espressa dall'art. 1372 del codice civile: «il contratto ha forza di legge tra le parti» e «non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge».
In deroga alla suddetta regola generale, si riteneva in passato che gli enti pubblici potessero recedere *ad nutum* dal rapporto contrattuale instaurato con gli operatori privati in presenza di gravi esigenze di pubblico interesse non altrimenti soddisfabili[41].
La possibilità per la P.A. di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale era concepita come una particolare configurazione che la potestà di autotutela assumeva quando il potere amministrativo confluiva in un accordo con un privato: in questa prospettiva, la determinazione era considerata nient'altro che l'espressione della posizione di supremazia riconosciuta all'amministrazione anche nei rapporti privatistici in vista della tutela privilegiata dell'interesse pubblico.
In virtù di tale impostazione, la legge contrattuale e, con essa, l'esigenza di garantire la stabilità e la certezza dei rapporti negoziali erano minate alle radici, sacrificate in nome di un interesse superiore, individuabile nella necessità di garantire una continua rispondenza tra le decisioni amministrative e l'interesse pubblico[42].
Il potere di carattere generale della P.A. di recedere unilateralmente dal contratto di cui è parte trova oggi un limite espresso nella previsione dell'art. 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990, in base al quale «il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto», secondo una logica della tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella che emerge dal citato art. 1372 c.c. (in effetti, le due norme menzionate da ultimo sembrano simili nel contenuto e nella formulazione letterale).
Per effetto del citato art. 21-*sexies*, il generale potere di autotutela di cui gode la P.A. può essere esercitato, in linea di principio, esclusivamente nei confronti degli atti amministrativi adottati nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica, assoggettato al regime pubblicistico, mentre nei confronti degli atti negoziali appartenenti alla fase privatistica dell'esecuzione del contratto l'amministrazione

[41] Tendono ad ammettere la possibilità di risolvere un contratto per ragioni di interesse collettivo tramite l'esercizio di poteri pubblicistici, indipendentemente da qualsiasi previsione convenzionale, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 187, il quale considera il recesso come «una particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo anziché in forma unilaterale»; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 141, a parere del quale il contratto stipulato dalla P.A. rimane «pienamente condizionato dal provvedimento alla cui attuazione è destinato in guisa da manifestarsi quale atto accessorio strumentale o addirittura esecutivo nei confronti di quello».

[42] Cfr. le significative riflessioni di A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974, p. 227, secondo il quale quando l'amministrazione autorizza la stipulazione di un contratto non agisce come «"parte" del rapporto negoziale col privato, ma in posizione di supremazia rispetto al medesimo».

contraente può esperire esclusivamente i rimedi previsti dalla legge o dal contratto stesso.
Sicché, anche nella contrattualistica pubblica l'istituto del recesso unilaterale ha assunto un carattere eccezionale, essendo ammissibile nei soli casi di previsione legislativa o pattizia.
Coerentemente con questa interpretazione, l'art. 1-*bis* della legge n. 241 del 1990 stabilisce che l'attività non autoritativa della P.A. sia assoggettata alle norme di diritto privato (e, quindi, all'art. 1372 c.c. e al principio di vincolatività del contratto), salvo che la legge disponga diversamente.
Va altresì considerato, a ulteriore riprova della «impermeabilizzazione della fase privatistica alle esigenze pubblicistiche»[43], che il codice del processo amministrativo intesta al giudice (amministrativo) il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, concentrandolo con il potere di annullamento dell'aggiudicazione ed escludendo che quest'ultimo incida automaticamente sulla sorte del contratto[44].
Dunque, accanto ai principi dell'inesauribilità e irrinunciabilità del potere amministrativo (su cui v. *retro*), fondanti una autotutela provvedimentale, giustificata dalla necessità di assicurare continuità alla rispondenza tra le decisioni amministrative e l'interesse generale, sono emersi anche altri principi e interessi parimenti rilevanti quali la certezza e la stabilità dell'attività amministrativa (negoziale e non) in funzione della tutela dell'affidamento e della sicurezza dei rapporti giuridici[45].

5. Il rapporto e i meccanismi interattivi tra certezza dell'azione amministrativa e certezza del diritto: la certezza del diritto «al servizio» della certezza dell'azione amministrativa.
Tanto premesso in ordine al concetto di «certezza dell'azione amministrativa», sembra opportuno infine soffermarsi sul rapporto e i meccanismi interattivi esistenti tra tale concetto e quello di «certezza del diritto».
Non di rado il concetto di «certezza del diritto» viene identificato o confuso con quello di certezza dell'azione amministrativa.

[43] L'efficace espressione è tratta da G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1477.
[44] Così F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in *Dir. econ.*, 2014, p. 295.
[45] Per una trattazione di ampio respiro sugli sviluppi dell'attività contrattuale della P.A. e sul processo di progressiva erosione della sua area di privilegio, non essendo qui possibile citare la vastissima bibliografia esistente, si rinvia A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 2 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

Ad esempio, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha asserito che la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza costituirebbe «applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto»[46].

Una tesi analoga è stata sostenuta dal giudice amministrativo, secondo cui la decadenza esprimerebbe «un'esigenza di certezza del diritto così categorica da essere tutelata indipendentemente dalla possibilità di agire del soggetto interessato»[47].

In entrambi i casi il principio della certezza del diritto appare impropriamente invocato: l'obiettivo della previsione di un termine di impugnazione a pena di decadenza sembra essere non quello di assicurare la certezza del diritto, bensì quello di garantire la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche a essa sottese.

Il concetto di certezza del diritto è collegabile, ma non è identificabile con quello di certezza dell'azione amministrativa[48].

I due concetti - sebbene siano strettamente interconnessi, nella misura in cui la certezza delle regole è funzionale alla stabilità delle decisioni amministrative[49] - non collimano.

La certezza dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche a essa sottese (a presidio della quale è posto il citato «principio di inoppugnabilità dei provvedimenti

---

[46] Il riferimento è all'ordinanza della Corte di Giustizia UE 14 febbraio 2019, C-54/18, a commento della quale sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezza e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 485 ss.

[47] TAR Palermo, sez. I, ordinanza 7 settembre 2011, n. 1628, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 2879.

[48] Sulla necessità di distinguere l'interesse del privato alla conservazione dello stato di cose esistente dall'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche, cfr. F. TRIMARCHI, ***L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino***, in ***Dir. amm.***, 2005, p. 843 ss., spec. p. 846 ss.

[49] In questo senso, v. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitoria» della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 651 ss., il quale osserva come l'incertezza (sistemica) delle regole sia capace di determinare conseguenze davvero preoccupanti sul piano della sicurezza giuridica e, pertanto, dell'affidamento della persona nei confronti dell'agire dei decisori collettivi pubblici. In argomento, cfr. M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in www.federalismi.it, n. 14/2018, la quale osserva come in un contesto di regole oggettivamente complesso e poco chiaro l'amministrazione sia maggiormente esposta al rischio di darne un'applicazione errata (p. 4, nota 4); della stessa Autrice, v. pure *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei pubblici poteri*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2018, ove si rileva che «l'incertezza delle regole processuali assume contorni particolarmente gravi quando investe le condizioni dell'azione» (p. 3). Più in particolare, sull'importanza della certezza del diritto in funzione di relazioni economiche stabili, cfr. E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1212; M. WEBER, *Economia e società*, IV vol., Milano, 1995 (v., in part. p. 472: «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina»); N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 157 ss.; M. CLARICH, *La sicurezza economica?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 333 ss.; N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 321 ss. (v., in part., p. 324, ove si sostiene che «la certezza delle regole è … una precondizione per il pieno esercizio delle libertà economiche»).

amministrativi») non è sinonimo di certezza del diritto, se quest'ultima è intesa nella classica accezione, vale a dire come prevedibilità della disciplina contenuta nell'atto normativo, ovvero come possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti[50].

Come si è osservato in precedenza, la certezza dell'azione amministrativa non può essere identificata soltanto con la sua prevedibilità; essa è invece una certezza che attiene al rapporto giuridico sorto dal provvedimento amministrativo e dipende strettamente dal grado di stabilità (si potrebbe anche dire «resistenza» o «impenetrabilità») di quest'ultimo e degli effetti da esso prodotti[51].

Sulla certezza dell'azione amministrativa ha una notevole incidenza la tutela giurisdizionale: quest'ultima, per un verso, si pone come ostacolo alla certezza in quanto espone l'atto alle contestazioni dei controinteressati sostanziali[52]; ma, per altro verso, rappresenta un presidio della stessa certezza in quanto il destinatario dell'atto può contrastare l'eventuale decisione dell'amministrazione di annullare d'ufficio o revocare[53].

---

[50] Per una ricostruzione del concetto di certezza del diritto che rimanda al concetto di prevedibilità cfr., *ex pluribus*, M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; ID., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979 (ristampa di *La certezza del diritto*, 1970, con nuovo saggio introduttivo); A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, Roma, *ad vocem*; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; G. GOMEZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2002; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; più recentemente, cfr., anche per gli ulteriori richiami dottrinali, C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto@Storia*, n. 14/2016; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in www.federalismi.it, n. 5/2018. Per un'approfondita ed esaustiva analisi delle cause dell'incertezza del diritto, oltre alle opere già menzionate, cfr. G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1063 ss.; F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 297 ss. La qualificazione della certezza come mito - proveniente da N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss. - è oggi condivisa più o meno unanimemente dalla dottrina.

[51] Sul punto cfr. M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018, che, richiamando a sua volta L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 171 ss., identifica il diritto alla certezza dei rapporti giuridici nella pretesa in capo al singolo ricostruibile in termini di fiducia nei confronti dell'azione amministrativa, in una sorta di tranquillità giuridica da assicurare a ciascun individuo.

[52] È al proposito interessante riportare quanto rilevano G. FALCON, D. DE PRETIS, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Stabilità e contendibilità*, cit., pp. 3-4 in un'ottica comparatistica: «Quanto all'"aggredibilità" dall'esterno, se non ovunque il principio di giustiziabilità gode di protezione costituzionale, l'area di possibile sottrazione di provvedimenti alla sindacabilità tende chiaramente a restringersi anche in Paesi - come la Cina – sino a pochi anni fa lontani dalla tradizione dello Stato di diritto, con conseguente espansione dell'area di potenziale "instabilità" del provvedimento».

[53] Per un'approfondita analisi della revoca e dell'annullamento d'ufficio, cfr. R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 539 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II - *Amministrazione e garanzie*, p. 597 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IV, *ad vocem*; F. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 204 ss.; P. SALVATORE, *Revoca degli atti, III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; G. GHETTI, *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano,

Invece, la norma giuridica, da cui dipende il grado di certezza del diritto[54], si sottrae tendenzialmente allo scrutinio del giudice e il suo annullamento è pertanto una prospettiva remota[55].

Anche per questa ulteriore ragione appare insoddisfacente la definizione di certezza dell'azione amministrativa esclusivamente in termini di prevedibilità.

In buona sostanza, tra i concetti di certezza dell'azione amministrativa e di certezza del diritto un rapporto esiste ed è un rapporto non già di semplice identificazione, ma di strumentalità, nel senso che la certezza del diritto contribuisce a creare i presupposti e le condizioni per un'azione amministrativa certa, da intendersi, nel senso più ampio del termine, come prevedibile e stabile.

1996, p. 302 ss.; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 472 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004; S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 237 ss.; M. SINISI, *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 625 ss.; G. LIGUGNANA, *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it, 2006; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 27 ss.; S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1 ss.; C. VITALE, *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 493 ss.; A LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in www.federalismi.it, n. 16/2016; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

[54] Secondo la Corte di giustizia europea, la certezza del diritto implica prima di tutto che le norme siano chiare e precise, cosicché tutti i destinatari di esse – anche i meno attrezzati da un punto di vista giuridico – siano in grado di intenderne il contenuto essenziale, comprendendo quali siano i loro diritti e i loro doveri (così Corte di giustizia, 5 luglio 2012, causa C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA c. Belgio*).

[55] M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., p. 329.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici

di Andrea Marco Colarusso

(Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici.- 2. L'articolo 5 e la sospensione dell'esecuzione dei lavori pubblici "sopra-soglia". - 3. L'articolo 6 e la "reviviscenza" del Collegio consultivo tecnico.

Abstract

The paper analyses, in a critical perspective, the measures implemented by the Simplification Decree (Law Decree no. 76 of July 16th, converted into Law no. 120 of September 11th), which contains permanent amendment to the Italian Public Procurement Code together with transitory provisions which remains in force until the end of 2021.

The work focuses on the provisions of article 5 and 6 of the law decree, examining the legal limitation of cases which may lead to a suspension of public works and the compulsory establishment of a technical advisory board for public contracts exceeding EU threshold.

The purpose of the decision of the technical board is, pursuant to article 5, to unblock suspended works submitting to the parties a proposal for the continuation of the execution or, if the continuation is regarded as technically or legally unsustainabile, to allow the public authority to terminate the contract.

In addition, pursuant to article 6, the technical board has a general advisory and alternative dispute resolution function regarding the disputes which arises during the execution of public works.

1. Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici[1].

Nel presente contributo si darà conto di alcune novità del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "Decreto Semplificazioni, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) che hanno interessato la fase esecutiva dei contratti pubblici, con un *focus* particolare sulla disciplina degli articoli 5 e 6 del decreto, sebbene altre significative norme al riguardo possano rinvenirsi, in ordine sparso, in altre disposizioni del decreto medesimo, di cui, per esigenze di sintesi, si farà brevemente menzione in apertura.

Preliminarmente, deve evidenziarsi che, dal punto di vista dell'impianto complessivo del D.L. Semplificazioni, emerge lo sforzo degno di nota del legislatore di porre in maggiore risalto la disciplina della fase esecutiva dell'appalto[2].

Ed infatti, nel dibattito pubblico sugli appalti non è stato sempre abbastanza sentito e chiaro il richiamo degli operatori del settore in ordine alla necessità di implementare e perfezionare la disciplina della fase esecutiva degli appalti pubblici.

Tale fase - con una durata media di 1,3 anni, per come stimata nelle statistiche pubblicate sul sito *web* dell'Agenzia per la Coesione Territoriale[3], riportate anche in un recente *paper* della Banca d'Italia[4] - incide in maniera significativa sulla tempistica di realizzazione delle opere pubbliche.

Su detta tempistica influisce in modo rilevante la fase progettuale, avente una considerevole durata media di 2,5 anni, nonché i c.d. tempi di attraversamento, ovvero gli intervalli intercorrenti tra ciascuna fase procedimentale e tra le sottofasi delle stesse.

Al contrario, è proprio la fase di gara - verso la quale maggiormente si sono affastellate istanze acceleratorie, di semplificazione delle procedure e di corrispondente riduzione delle garanzie partecipative - a richiedere un tempo relativamente contenuto di 0,6 anni su una media complessiva di 4,4 anni circa.

Appare sicuramente meritorio, dunque, specialmente nell'attuale contingenza economica, l'intento del legislatore di introdurre alcuni meccanismi normativi che, anche di riflesso, potrebbero avere un effetto acceleratorio dell'avvio e della prosecuzione dell'esecuzione dei contratti pubblici, agevolando l'attività

---

[1] Lo scritto consegue alla relazione svolta, in forma sintetica, nel Webinar su *"Le novità introdotte dal D.L. Semplificazioni in tema di appalti"*, organizzato dall'Associazione Italiana Giovani Avvocati – Sezione di Napoli Nord, in data 04/12/2020.

[2] Per i commenti sull'impianto complessivo del D.L. "Semplificazioni", si rinvia, tra gli altri a E. SOPRANO, *Decreto semplificazioni. Prime riflessioni,* in *L'amministrativista,* 7 agosto 2020; A. COIANTE, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di appalti pubblici,* in *L'amministrativista,* 20/07/2020.

[3] https://www.agenziacoesione.gov.it/dossier_tematici/i-tempi-delle-opere-pubbliche/, nel quale è riportata la rappresentazione grafica ed interattiva delle statistiche del *"Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche"*, n. 6-2018.

[4] *"Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari"*, n. 520/2019.

dell'appaltatore, con una corrispondente riduzione del contenzioso giudiziale e stragiudiziale.

Può farsi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, riferimento:

- alle norme acceleratorie relative ai termini per l'aggiudicazione della gara nelle procedure sotto-soglia e sopra-soglia[5], nonché alla modifica delle previsioni con riguardo al termine di stipula dei contratti di appalto e di concessione contenute nell'art. 32, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, che peraltro possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale in capo al R.U.P. e, qualora imputabili all'operatore economico, costituire causa di esclusione o di risoluzione del contratto[6];
- alla previsione che, nell'ambito delle procedure derogatorie di cui all'art. 2 del D.L., assegna ampi poteri di approvazione e di validazione di ciascuna fase progettuale o di esecuzione in capo al R.U.P.[7];
- alla eliminazione dell'obbligo di corrispondere la garanzia provvisoria nelle procedure di cui all'art. 1 del D.L., fatte salve particolari esigenze, in cui il relativo ammontare è comunque dimezzato rispetto a quello di cui all'art. 93 del Codice;
- al rilascio dell'informativa antimafia liberatoria provvisoria nelle more delle verifiche antimafia per l'aggiudicatario in ordine ai requisiti di cui all'art. 80 e di qualificazione professionale [8];
- all'aumento sino al 30% dell'importo dell'anticipazione sul prezzo, anche nelle ipotesi di consegna in via d'urgenza, invero previsto nel D.L. "Rilancio" n. 34/2020, ma di cui non può non darsi conto in questa sede[9];
- alla tendenziale liberalizzazione della consegna in via d'urgenza, laddove si afferma che essa *"è sempre autorizzata"*, in deroga ai presupposti di cui all'art. 32, comma 8, del Codice[10];
- alla possibilità di emissione dei SAL e dei certificati di pagamento, anche in deroga agli eventuali limiti di importo previsti dal contratto[11];
- ad una modifica del regime della responsabilità amministrativa, anche in caso di tardivo avvio della stipulazione del contratto e dell'esecuzione[12], nonché ad una riforma del reato di abuso d'ufficio[13].

L'esigenza di una maggiore analiticità della disciplina normativa dell'esecuzione degli appalti pubblici origina probabilmente dal limitato spazio ad essa riservato

[5] Cfr. artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, del D.L. n. 76/2020.
[6] Cfr. art. 4, comma 1, lett. a) e b) del D.L. n. 76/2020.
[7] Cfr. art. 2, comma 5, del D.L. n. 76/2020
[8] Cfr. art. 3 del D.L. n. 76/2020.
[9] Cfr. art. 207 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio", conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77). Si veda anche l'art. 91, comma 2, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia", conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27.
[10] Cfr. art. 8, comma 1, lett. a) del D.L. n. 76/2020.
[11] Cfr. art. 8, comma 4, lett. a) del D.L. n. 76/2020.
[12] Cfr. art. 1, comma 2, e
[13] Cfr., ancora, gli artt. 1, comma 2; 2, comma 1; 4, comma 1, lett. b), nonché gli artt. 21 e 23 del D.L. n. 76/2020.

nell'attuale regime codicistico (il titolo V della Parte II consta di appena 14 articoli, di cui non tutti interessanti in senso stretto la fase esecutiva) e, allo stesso modo, nel D.M. 49/2018, recante le linee guida in materia di direzione dei lavori (si pensi alla disciplina delle riserve).
Tale regime sembra informato ad un intento liberalizzante di *deregulation*, che lascia ampi "spazi vuoti" delegati all'autonomia delle parti e non pare aver trovato il pieno favore degli operatori del settore.
Anche il nuovo regolamento unico sugli appalti (nell'ultima bozza disponibile del 16/07/2020, di cui è ancora in corso l'*iter* di approvazione), sul punto, sembra ritornare in linea con questa esigenza di analiticità e di corrispondente compressione della discrezionalità, dedicando un significativo spazio alla fase esecutiva, mediante la distinzione tra la normazione relativa all'esecuzione dei lavori e quella relativa ai servizi e alle forniture[14].
V'è da dire, tuttavia, che, al di là delle riportate innovazioni normative, lo scopo acceleratorio della fase esecutiva sembra essere stato raggiunto solo in parte dal Decreto Semplificazioni, che, al riguardo, reca una regolamentazione di cui non sempre è ben chiara la portata applicativa.
Siffatto profilo di criticità emerge con evidenza nella disciplina delle ipotesi di sospensione dei lavori pubblici e, in misura ancora maggiore, del collegio consultivo tecnico (di seguito anche "CCT", il "rispolverato" organo consultivo di assistenza tecnica deputato alla riduzione del contenzioso in fase esecutiva, la cui istituzione è sancita come obbligatoria nei lavori sopra-soglia), su cui ci si soffermerà più diffusamente in seguito.
Dette norme appaiono il frutto di una normazione 'frettolosa', probabilmente dettata dalle drammatiche contingenze dell'attuale contesto pandemico, che evidenzia significativi problemi di coerenza sistematica.

2. L'articolo 5 e la sospensione dell'esecuzione dei lavori pubblici "sopra-soglia".
In primo luogo, deve evidenziarsi che l'art. 5 del decreto, derogando alle previsioni di cui all'art. 107 del Codice[15], individua, tassativizzandole, un elenco di ipotesi che,

[14] Si fa riferimento, per i lavori, al Titolo VI della Parte II e, per i servizi e le forniture, al Titolo II della Parte III.

[15] Sulla regolamentazione della sospensione nell'ambito D.lgs. n. 50/2016, si rinvia, preliminarmente, alla principale manualistica in materia di contratti pubblici: AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici,* a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019; F. CARINGELLA, *I nuovi contratti pubblici*, Roma, 2019; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017,* Bologna, 2018; A. CIANFLONE; G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche,* Milano, 2018; G. PERULLI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici,* Torino, 2018; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50,* Milano, 2017; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo,* Roma, 2017; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato,* Milano, 2017. In particolare, sulla sospensione, si rinvia, a G. FERRERO, *La sospensione illegittima dei lavori*, in *Appalti&Contratti,*

in via esclusiva, legittimano, fino al 31 dicembre 2021, la sospensione dei lavori pubblici sopra la soglia comunitaria di cui all'art. 35 del Codice (€ 5.350.000)[16].
La norma si applica anche ai lavori in corso di esecuzione.
Le ipotesi di sospensione, la cui operatività temporale è stabilita *"per il tempo necessario al loro superamento"*, sono così individuate alle lett. a) - d) del comma 1 del citato art. 5:
a) cause previste da disposizioni penali, del codice antimafia, da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'UE – di cui, stante l'ampia formulazione della norma, appare non agevole il coordinamento sistematico con l'art. 108 del Codice, non sospeso o derogato, laddove prevede la facoltà di risolvere immediatamente il contratto in caso di violazione di norme comunitarie, ovvero l'obbligo di risolverlo in caso di applicazione di misure di prevenzione e di pronuncia di sentenze penali;
b) gravi ragioni di ordine pubblico o salute pubblica, ivi incluse quelle legate alle misure per l'emergenza sanitaria da COVID-19;
c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera;
d) gravi ragioni di pubblico interesse.
La norma prevede, quale possibile effetto della sospensione, una potestà di risoluzione di diritto del contratto in deroga al codice dei contratti, laddove, all'esito della stessa, *"per qualsiasi motivo"*, la prosecuzione dei lavori non possa avvenire con il soggetto designato, ovvero, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento aggiudicatario (tale ultimo inciso è stato aggiunto in sede di conversione).
Preliminarmente, con riguardo alla tecnica legislativa, deve evidenziarsi che l'utilizzo di formule elastiche e di concetti indeterminati nella formulazione delle ipotesi tassativizzate offre il fianco ad un'opera creativa di concretizzazione da parte dell'amministrazione e non risponde alle esigenze di certezza della norma e del suo procedimento applicativo, che assicurano la speditezza dell'operato della P.A. e l'assenza di conflittualità in sede giurisdizionale e stragiudiziale.
In via ulteriore, la normazione derogatoria in commento sembra aver temporaneamente accantonato la distinzione tra le cause legittime e quelle illegittime di sospensione (quest'ultime, infatti, potevano far sorgere pretese risarcitorie in capo

---

4/2020, pp. 29 e ss.; R. BERLOCO, *Le riserve nell'ambito dei lavori pubblici*, Roma, 2019; M. OSCURATO, *La sospensione e ripresa dei contratti in corso di esecuzione dopo il decreto sul direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione*, in *Appalti&Contratti*, 3/2020, pp. 50 e ss.; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici*, Roma, 2018; M. MESCHINO (a cura di), *L'esecuzione dei contratti pubblici: guida alle regole del rapporto contrattuale alla luce del decreto correttivo n. 56/2017;* A. AREDDU; *La sospensione dei lavori nel nuovo codice dei contratti pubblici: profili problematici di un legislatore incerto*, in www.lexitalia.it, 2016.

[16] Deve sin d'ora evidenziarsi che la disciplina dell'art. 5 può essere applicata dalle S.A., facoltativamente in tutto o in parte, anche nelle procedure relative ai lavori sotto la soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto medesimo.

all'operatore economico, anche mediante l'iscrizione di riserve), operando, al contrario, un riferimento poco chiaro, e sostanzialmente sconosciuto nella sistematica degli appalti pubblici, alle sospensioni "volontarie o coattive".
Ciò potrebbe porre l'appaltatore, come rilevato in senso critico dalle associazioni di categoria e nei contributi pervenuti anche nella fase parlamentare della conversione in legge del decreto[17], in una situazione di sudditanza rispetto alla Stazione Appaltante che esprime una netta preferenza, nel contemperamento degli interessi, per l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera.
Nell'ampia formulazione delle ragioni di ordine tecnico, ad esempio, potrebbero rientrare anche quelle circostanze, non imprevedibili, né oggettive e sopravvenute, bensì legate ad illegittime carenze/omissioni progettuali imputabili a negligenza o imprevidenza della P.A., che condurrebbero comunque ad una sospensione 'legittimata' e, potenzialmente, sulla base di una mera valutazione di opportunità della S.A., anche alla risoluzione del contratto e alla sostituzione dell'operatore medesimo, in assenza di un adeguato contraddittorio.
Allo stesso modo, l'attuale assetto normativo appare carente in ordine alla regolamentazione delle ipotesi di illegittimità sopravvenuta della sospensione, legata all'illegittimo prolungarsi delle cause di sospensione, imputabile alla Stazione appaltante (che, sovente, rappresentano fattispecie ad efficacia durevole nel tempo, non aventi una durata predeterminabile e predefinibile *ex ante*), che normalmente fanno sorgere in capo all'appaltatore, previa diffida alla stazione appaltante, una facoltà di risoluzione senza oneri, fatte salve le pretese risarcitorie per i danni subiti.
Al riguardo, si richiama l'art. 107, comma 2, del Codice, che individua ipotesi di risoluzione senza oneri in capo all'appaltatore (ovvero, in caso di opposizione della committente, di rifusione dei maggiori oneri in capo all'operatore), laddove la sospensione o le sospensioni per ragioni di necessità o pubblico interesse disposte dal R.U.P. durino per un periodo complessivamente superiore ad un quarto della durata complessiva ovvero a sei mesi.
Analogamente, si fa riferimento all'art. 10, comma 5, del D.M. n. 49/2018 (sostanzialmente riprodotto nel comma 4 dell'art. 176 dell'ultima bozza di regolamento unico), che così dispone: *"Non appena siano venute a cessare le cause della sospensione il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale. Entro cinque giorni dalla disposizione di ripresa dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla redazione del verbale di ripresa dei lavori, che è sottoscritto anche dall'esecutore e riporta il*

[17] Si fa riferimento, tra gli altri, al Dossier ANCE, recante *"Esame, commento e prime indicazioni operative per l'applicazione delle disposizioni del decreto 16 luglio 2020, n. 76, recante 'Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale', convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120"*; nonché alle osservazioni presentate dal Presidente f.f. dell'ANAC, prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

nuovo termine contrattuale indicato dal RUP. Nel caso in cui l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori e il RUP non abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, l'esecutore può diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa; la diffida proposta ai fini sopra indicati è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione").

Stante il rilievo per cui l'art. 5 introduce un regime normativo in materia di sospensione dei lavori pubblici che appare integralmente derogatorio, sino al 31/12/2021, delle previsioni di cui all'art. 107 del Codice dei Contratti pubblici e dei relativi provvedimenti attuativi, pare potersi affermare che le sopra riportate previsioni non possano continuare ad applicarsi nella vigenza del Decreto Semplificazioni[18].

Tornando all'esame della norma, si rileva che la sospensione, ai sensi del citato articolo 5, deve essere sempre disposta dal R.U.P., essendo stata paralizzata, fino al 31.12.2021, l'operatività di quelle previsioni dell'art. 107, comma 1, del Codice, che prevedono fattispecie di sospensione disposta dal direttore dei lavori, nei casi in cui ricorrano circostanze speciali e imprevedibili che impediscono in via temporanea l'esecuzione a regola d'arte.

Quanto alle conseguenze della sospensione, deve evidenziarsi che, qualora essa sia disposta per le ipotesi di cui alla lettera a) (leggi penali, antimafia e vincoli UE), si procede immediatamente ai sensi del comma 4, di cui si dirà in seguito.

Nei casi di gravi ragioni di ordine pubblico o di pubblico interesse (di cui alle lett. b) e d), sopra riportate, tra le quali non è chiarissima la distinzione) la stazione appaltante, previa motivata determinazione del CCT, entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione, autorizza la prosecuzione dei lavori nei successivi 10 giorni, fatte salve le ipotesi di assoluta e motivata incompatibilità [19].

Nelle ipotesi di sospensione per gravi ragioni di ordine tecnico (di cui alla lett. c), invece, il CCT - entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori, ovvero della causa che potrebbe determinarla - adotta una determinazione

[18] Sul punto, ed esclusivamente per i maggiori costi e l'incidenza delle misure di contenimento dell'epidemia previste dai DD.LL. nn. 6 e 19/2020, ci si deve limitare a fare rinvio alla lettera c) del comma 4 dell'art. 8 del D.L. n. 76/2020, laddove prescrive che *"il rispetto delle misure di contenimento previste dall'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall'articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n.50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previsti dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107del decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

[19] La norma non specifica espressamente quali siano le conseguenze di siffatta "assoluta e motivata incompatibilità". Si ritiene che, nel silenzio della legge, anch'esse determinino l'applicazione del successivo comma 4.

con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori, indicando inoltre le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede entro i successivi 5 giorni.

La disposizione non chiarisce in che modo debbano essere formalizzate le modifiche ritenute necessarie dal Collegio tecnico ai fini della prosecuzione dei lavori, specialmente laddove esse importino lavorazioni aggiuntive contrattualmente non previste. Non si comprende, dunque, se debbano applicarsi la procedura di approvazione e i limiti alle varianti in corso d'opera, ai sensi dell'art. 106 del Codice e dell'art. 8 del D.M. n. 49/2018, ovvero, se stante il tenore derogatorio e acceleratorio dell'art. 5, queste ultime non trovino applicazione.

Inoltre, la tempistica individuata per le decisioni del CCT potrebbe dirsi eccessivamente breve, specialmente quanto alla fissazione della decorrenza del termine di adozione della determinazione del CCT dal momento del verificarsi della sospensione o della causa della stessa, nel quale, sovente, non sono chiare sin da subito quali solo le modalità per proseguire i lavori o le modifiche necessarie da apportare.

Il comma 4 citato prevede che, nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del Collegio consultivo tecnico, dichiara senza indugio la risoluzione del contratto, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici.

Si afferma, dunque, che la risoluzione opera di diritto e, in maniera molto significativa, che essa è pronunciata in deroga alle previsioni dell'art. 108, che disciplinano, per le diverse ipotesi di grave inadempimento e per il ritardo nell'esecuzione, una preventiva fase di contestazione degli addebiti e di contraddittorio, che coinvolge l'operatore economico e allo stesso consente di esplicitare le proprie ragioni.

In primo luogo, non si comprende la ragione per la quale il legislatore, nel disciplinare la risoluzione disposta nel caso in cui *"per qualsiasi motivo"* la prosecuzione dei lavori non possa avvenire all'esito del verificarsi delle cause di sospensione tassativizzate al comma 1, abbia previsto la deroga ad una procedura applicabile per ipotesi - quali il ritardo e il grave inadempimento - tendenzialmente diverse dalle cause sospensive enunciate al citato comma 1.

Al riguardo, potrebbe paventarsi il rischio di una parziale sovrapposizione applicativa tra la sospensione-risoluzione di cui al D.L. e la risoluzione di cui all'art. 108 che, stante l'ampia formulazione delle ipotesi sospensive suscettibile di includere anche il ritardo o il grave inadempimento (si pensi alle gravi ragioni di ordine

pubblico, di pubblico interesse) e l'espressa previsione della risoluzione del contratto *"per qualsiasi motivo"*, rischierebbe di far propendere le S.A. per l'utilizzo della più celere e deformalizzata procedura derogatoria, a dispetto di quella codicistica in cui è disciplinata l'essenziale fase della contestazione degli addebiti e del contraddittorio tra le parti[20].

La dottrina e la giurisprudenza prevalente, infatti, ritengono che la contestazione degli addebiti, pur non necessitando di particolari formalità, rappresenta un elemento essenziale ai fini della legittimità della risoluzione, in quanto garantisce un ineludibile contraddittorio procedimentale[21].

Potrebbe ipotizzarsi, con un'interpretazione 'correttiva' volta a colmare i numerosi spazi normativi vuoti del Decreto o di cui non è ben chiara la portata applicativa, che la fase della contestazione degli addebiti sia stata ritenuta "assorbita" dal contraddittorio deformalizzato delle parti innanzi al collegio consultivo tecnico (per il quale deve necessariamente farsi integrale rinvio all'art. 6), che forse appare meno tutelante per le ragioni dell'operatore.

Non è espressamente chiarito, però, se le modalità di adozione, il procedimento e la natura delle determinazioni del CCT, in materia di sospensione ai sensi dell'art. 5, siano le medesime individuate ai sensi dell'art. 6, con riguardo alle diverse funzioni di assistenza per la risoluzione delle controversie e dispute in fase di esecuzione.

Quale alternativa alla risoluzione di diritto, il comma 4 dell'art. 6 opera un riferimento ai *"gravi motivi tecnici ed economici"*, che, anche in base al citato parere del CCT, rendano *"possibile o preferibile"* proseguire con il medesimo soggetto.

Ancora una volta il richiamo ai concetti indeterminati della possibilità o della preferibilità, che certamente involgono valutazioni di ampia discrezionalità e opportunità della P.A., non accompagnate da linee guida argomentative ovvero da precise garanzie procedimentali che scongiurino decisioni arbitrarie o irragionevoli, non sembra suscettibile di agevolare una rapida e pacifica soluzione delle vertenze,

---

[20] La potenziale confusione di regimi normativi è amplificata inoltre, dal comma 5, laddove sancisce l'applicabilità del meccanismo risolutorio 'deformalizzato' anche nei casi in cui, prescindendo dalle esigenze di cui al comma 1 relative alle sospensioni 'tassativizzate', si determini in ogni caso un ritardo nell'avvio o nell'esecuzione dei lavori.

[21] Sulla risoluzione negli appalti pubblici, in aggiunta alla manualistica in materia di appalti richiamata *supra* alla nota 13, si rinvia a AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici,* Vol. V, Milano, 2019; I. COPPOLA, *Recesso e risoluzione nel contratto pubblico di appalto - Una riflessione sulla natura e sul principio della doppia impugnazione in campo processuale (il paradigma dell'autotutela tra diritto civile e diritto amministrativo),* in *Corti Salernitane,* 2018, pp. 333 e ss. R. BERLOCO, *op. cit.;* G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico: nuove prospettive alla luce del codice dei contratti pubblici e del correttivo del 2017,* Roma, 2018; AA. VV., *I contratti pubblici,* a cura di M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M.C. LENOCI, Roma, 2017; G. CAPUTI, D. VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale per volontà della stazione appaltante: recesso e risoluzione,* in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* Padova, 2008; M. BERTOLISSI, *L'esecuzione del contratto,* in *L'appalto di opere pubbliche,* Padova, 2004;

che integra il fulcro delle esigenze acceleratorie di un Decreto denominato "Semplificazioni".
Si è consapevoli che la tecnica legislativa, specialmente quella relativa all'operato dei pubblici poteri, non può eliminare qualsivoglia margine di ambiguità o incertezza nell'applicazione della norma, ma, certamente, ci si poteva attendere una maggiore analiticità, soprattutto nell'ambito di una decretazione dal tenore derogatorio che interviene per assunte esigenze acceleratorie.
La stazione appaltante, quindi, laddove opti per la risoluzione e non per la prosecuzione dei lavori con l'appaltatore, potrà provvedere secondo una delle seguenti modalità alternative (nella circolare interpretativa del MIT del 18/11/2020 si afferma che dette modalità sono "equivalenti"[22]):
a. procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche;
b. interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle medesime condizioni già proposte dall'operatore interpellato (è stata espresso dall'ANAC e dell'ANCE un parere positivo in ordine alla preferenza per le condizioni contrattuali dell'operatore interpellato, che senza dubbio agevolerebbe l'interpello medesimo, sebbene sia suscettibile di determinare un aggravio dei costi per la S.A.);
c. indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
d. proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera, ai sensi dell'art. 4 del D.L. n. 32/2019.
Si specifica, inoltre, che al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.
Il successivo comma 5 soggiunge che il menzionato comma 4 si applica anche in caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze sospensive descritte al comma 1 della norma, che si protrae per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno trenta giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera.
In sostanza, al di là delle ipotesi tassativizzate in senso qualitativo, in ogni caso, un mero ritardo quantitativamente individuato, qualunque ne sia la ragione (legittima o

[22] Cfr. Circolare del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 18/11/2020, avente ad oggetto *"Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenzi per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120"*.

illegittima, imputabile o meno alla S.A.), potrebbe comunque condurre alla risoluzione e alla sostituzione dell'operatore aggiudicatario.
Il successivo, e molto rilevante, comma 6 introduce una significativa e amplissima limitazione all'operatività dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. probabilmente aggravando la posizione di recessività degli interessi dell'operatore economico (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di mancato pagamento dei SAL o alla mancata cooperazione della S.A. nell'adempimento dell'appaltatore).
Ed infatti, si prevede che, al di fuori delle ipotesi di sospensione tassative di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera.
Il secondo periodo del comma 6 contiene una previsione, che sembra fare il paio con il richiamo all'art. 125 c.p.a., operato nell'art. 4 per le procedure di cui agli artt. 1 e 2[23], ma con significativi ed ulteriori problemi di interpretazione originati dal riparto di giurisdizione che assegna al giudice ordinario la cognizione delle controversie nella fase esecutiva dell'appalto.
Il legislatore, infatti, delinea taluni criteri decisionali e argomentativi a cui il giudice dovrebbe attenersi nelle ipotesi di impugnativa giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, specificando che lo stesso deve tenere conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera. Ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, deve valutarsi anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera.
Si soggiunge che, in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica.

3. L'articolo 6 e la "reviviscenza" del Collegio consultivo tecnico.
La norma reintroduce l'istituto "ballerino" del Collegio consultivo tecnico, sancendone l'obbligatoria operatività per i lavori sopra soglia sino al 31 dicembre 2021[24].

---

[23] Ai commi 2 e 3 dell'articolo 4 si prevede infatti che: *"2. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 e 2, comma2, del presente decreto, qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 119, comma 1, lettera a), del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applica l'articolo 125, comma 2, del medesimo codice.*
3. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'articolo 2, comma 3, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio2010, n. 104".
[24] Per approfondimenti sul Collegio Consultivo Tecnico, si rinvia a C. VOLPE, *Il collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, 13 novembre 2020, in www.giustiziaamministrativa.it; S. USAI, *Il collegio consultivo tecnico nella legge 120/2020: funzioni, composizione e la disciplina delle cause di sospensione dell'esecuzione dei*

Ed infatti, il suddetto strumento di ADR non costituisce una novità assoluta nell'ambito della normazione sugli appalti pubblici, essendo stato già previsto dall'art. 207 del D.lgs. n. 50/2016 come organo di assistenza tecnica deputato alla formulazione di proposte di soluzione delle controversie insorte in fase esecutiva che, laddove sottoscritte dalle parti, potevano avere valore di transazione.
Con il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 56/2017) tale istituto era stato soppresso, in accoglimento delle osservazioni critiche formulate da ANAC e dal Consiglio di Stato.
In particolare, la Commissione Speciale del Supremo Collegio, con il Parere n. 855/2016 dell'1° aprile 2016, aveva rilevato che *"il presupposto della norma non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione a-tecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se il ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro"*.
Similmente, nel corso dell'audizione parlamentare del 17 marzo 2016, il presidente dell'ANAC aveva ritenuto la formulazione normativa di cui all'articolo 207 eccessivamente vaga nel suo contenuto evidenziando che la stessa, prendendo a modello l'arbitrato irrituale, rischiava di influenzare i compiti e le funzioni attribuite alla Camera Arbitrale, eludendo la normativa in materia che prescrive l'obbligo di un arbitrato istituzionale-amministrato negli appalti pubblici (si fa riferimento alle previsioni di cui agli artt. 209 e 210 del Codice vigente).
In aggiunta, era stata altresì sollevata la questione dell'imparzialità e dell'indipendenza dei membri del CCT, evidenziandosi che le parti potevano nominare i tre membri del collegio, senza dover soddisfare ulteriori requisiti legislativamente previsti.
Successivamente, con il Decreto Legge n. 32/2019 (art. 1, commi 11-14, del c.d. Decreto "Sblocca cantieri", conv. in L. n. 55/2019), l'istituto è stato "riesumato" a tempo, ovvero fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico, quale organo di assistenza per la rapida soluzione di controversie suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione, al fine di prevenire possibili contenziosi.
Nell'ambito di siffatta normazione la natura transattiva della proposta del collegio è stata significativamente diluita, derubricandosi il Collegio a mero organo facoltativo di assistenza tecnica ai fini della risoluzione di controversie, avente una dubbia

lavori, 11 novembre 2020, in https://www.mediappalti.it/il-collegio-consultivo-tecnico-nella-legge-120-2020-funzioni-composizione-e-la-disciplina-delle-cause-di-sospensione-dellesecuzione-dei-lavori/; M. NUNZIATA, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto Legge semplificazioni*, 4 settembre 2020, in https://www.filodiritto.com/appalti-prospettive-di-prevenzione-e-risoluzione-delle-controversie-con-il-collegio-consultivo-tecnico-previsto-dal-decreto-legge-semplificazioni#_ftn7; S. VALAGUZZA, *Collegio consultivo tecnico: rischia il flop, urge restyling in sede di conversione*, 28 luglio 2020, in https://www.ingenio-web.it/27834-collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione.

utilità pratica, laddove si è specificato che *"l'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse"*.

Orbene, l'art. 6, nell'abrogare i sopracitati commi del decreto sblocca cantieri, come detto, ha superato la facoltatività dell'organo consultivo, sancendone l'obbligatorietà come organo di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche (riproponendosi l'espressione a-tecnica già criticata dal Consiglio di Stato) di ogni natura suscettibili di insorgere nella fase esecutiva dei lavori sopra la soglia comunitaria.

In via ulteriore, come si è visto al paragrafo precedente, è stato assegnato allo stesso un ruolo di assoluta centralità, con l'attribuzione dei poteri consultivi di cui all'art. 5 nelle ipotesi di sospensione dell'esecuzione dei lavori e di potenziale risoluzione del contratto all'esito della stessa.

Il CCT è modellato sulla figura del *Dispute Board* internazionale in coerenza con i modelli contrattuali standardizzati della FIDIC – la Federazione Internazionale dei Consulenti Tecnici[25] - e della ICC – Camera Internazionale di Commercio - (in parte recepiti anche nel Regolamento della Camera Arbitrale di Milano che, dal 2016, ha istituito il *Dispute Resolution Board* con una clausola modello da inserire nei contratti che prevede raccomandazioni in un certo senso vincolanti[26]) e, tuttavia, contrariamente al CCT, può notarsi che le decisioni di questi ultimi organi sono ampiamente ricorribili in sede giurisdizionale e possono essere comunque propedeutiche all'instaurazione di un giudizio arbitrale[27].

Le clausole standardizzate di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) predisposte da FIDIC e ICC prevedono, infatti, essenzialmente tre tipologie di organi: il *Dispute Adjudication Board* (regolamentato da FIDIC e ICC) che adotta decisioni immediatamente vincolanti; il *Dispute Review Board* (disciplinato esclusivamente dall'ICC) con funzioni consulenziali che adotta raccomandazioni non vincolanti, suscettibili di divenire vincolanti in assenza di contestazioni delle parti entro un termine perentorio [28]; il *Combined Dispute Board* (disciplinato esclusivamente dall'ICC) che espleta essenzialmente entrambe le funzioni.

---

[25] L'organo di rappresentanza globale internazionale formato da associazioni nazionali di ingegneri consulenti, che provengono da più di 100 paesi in tutto il mondo

[26] Il regolamento è in vigore dal 1° gennaio 2016 ed è pubblicato al seguente *link:* https://camera-arbitrale.it/it/dispute-resolution-board/index.php?id=522.

[27] Si fa riferimento, essenzialmente alle *clauses* 20.5, 20.6 e 20.7 del FIDIC *Red Book*, nonché agli articoli 4.4 (DRB) e 5.4 (DAB) delle ICC *Dispute Board Rules*, laddove si prevede che *"If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DRB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Recommendation, when required to do so, shall not raise any issue as to the merits of the Recommendation as a defence to its failure to comply without delay with the Recommendation"*.

[28] L'art. 4.3 delle ICC *Dispute Board Rules* dispone che *"The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the*

La costituzione dell'organo è, dunque, obbligatoria, per i lavori sopra-soglia, prima dell'avvio dell'esecuzione, ovvero entro 10 giorni da tale data e, per i contratti la cui esecuzione è già iniziata, entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto. Il carattere di "transitorietà" dell'Organo potrebbe ingenerare una confusione applicativa, sovrapponendo diversi regimi normativi nella vigenza del contratto, specialmente in quanto si prevede che esso, ove obbligatorio, può anche essere sciolto al termine dell'esecuzione ovvero, su accordo delle parti, dopo il 31/12/2021[29].
Ed infatti, la previsione dello strumento anche per i contratti in corso di esecuzione e la rigida "scadenza" dell'organo al 31/12/2021 potrebbe porre problemi di diritto intertemporale nei numerosi contratti la cui esecuzione potrebbe prolungarsi oltre la detta scadenza e, ovviamente, nei contratti in cui l'esecuzione è già in corso, nella vigenza e nella piena operatività degli altri strumenti di ADR previsti dal Codice.
Ciò in quanto una dottrina ha ritenuto che, per i contratti in corso, stante l'espresso divieto di compromessi successivi alla stipula del contratto, si debba realizzare un'integrazione delle previsioni pattizie ai sensi dell'art. 1339 c.c.[30].
È prevista, inoltre, al comma 4, la costituzione facoltativa dell'organo di assistenza nella fase esecutiva, anche per i lavori sotto la soglia comunitaria, potendo le parti convenire di applicare in tutto o in parte sia le disposizioni dell'art. 6, ma anche quelle dell'art. 5 in tema di sospensione. La norma non chiarisce, soprattutto con riguardo ai lavori in corso di esecuzione, in quale atto le parti possono prevedere l'istituzione del CCT facoltativo e l'applicabilità, in tutto o in parte, delle norme in materia di sospensione.
Il comma 2 disciplina le modalità di nomina dell'organo consultivo.
Il collegio è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre ovvero, in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, da cinque componenti.
I membri possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero concordando che ciascuna nomini un componente e che il terzo o il quinto, con funzione di presidente, sia nominato dai componenti di nomina di parte.
Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

Recommendation shall become final and binding on the Parties. The Parties shall comply without delay with a Recommendation that has become final and binding and agree not to contest that Recommendation, unless such agreement is prohibited by applicable law".

[29] Deve evidenziarsi che siffatta sovrapposizione confusa di regimi normativi può rilevarsi anche nel regime normativo derogatorio della sospensione, quando, verosimilmente, la durata della fase esecutiva di un contratto sia suscettibile di prolungarsi oltre l'estensione della vigenza del decreto-legge, in costanza di ipotesi sospensive aventi una lunga durata.

[30] S. VALAGUZZA, *op. cit.*

I componenti devono essere dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera secondo i requisiti descritti dalla norma[31].
Al riguardo, si osserva che i criteri di nomina del CCT non sembrano garantire un sufficiente livello di imparzialità, indipendenza e terzietà dei componenti, specie con riguardo al potere di nomina del presidente, che è assegnato alla parte pubblica in caso di mancato accordo delle parti. Ciò, soprattutto, laddove l'Amministrazione sia anche committente dell'opera pubblica, potrebbe determinare il rischio di una maggioranza 'pre-costituita' a favore della P.A[32].
Al fine di ovviare a questo potenziale sbilanciamento della maggioranza sarebbe stato ben possibile applicare le note regole in materia di arbitrato, previste anche per l'arbitrato amministrato in materia di appalti pubblici, che attribuiscono ad un organo terzo – quale il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello competente, ovvero alla Camera Arbitrale stessa – il potere di nomina del presidente del collegio, in caso di mancato accordo tra le parti.
In via ulteriore, il comma 5 disciplina un CCT facoltativo "ante-esecuzione", prevedendo che la stazione appaltante, tramite il R.U.P., possa costituire un Collegio di tre membri (di cui uno di nomina ministeriale o da parte degli enti locali), per risolvere le problematiche tecnico-giuridiche in fase di gara, in relazione, ad esempio, alle caratteristiche delle opere, alle condizioni o clausole della *lex* di gara, alla verifica dei requisiti o dei criteri di selezione o di aggiudicazione.
È stato evidenziato che detto ultimo organo si configura come una sorta di "amministrazione parallela" con funzioni di supporto affidate in capo a soggetti non incardinati nella P.A. e che non sono stati adeguatamente chiariti i rapporti tra l'organo medesimo, il R.U.P. e l'autonomia della commissione giudicatrice, stante anche il potere del CCT di pronunciarsi sui criteri di aggiudicazione [33].
È previsto altresì che, ferma la necessità di sostituzione di uno dei componenti dell'organo di supporto in gara con un membro di parte privata, non sono incompatibili le funzioni di componente del collegio "ante-esecuzione", con il successivo espletamento delle funzioni nel CCT in fase esecutiva.
Si individua, dunque, una linea di continuità dell'organo, posto stabilmente a supporto delle parti, sostanzialmente nella medesima composizione dalla fase della selezione del concorrente sino a quella dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

---

[31] Il comma 2 dell'art. 6 prescrive che *"Il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento"*.

[32] Sul punto, S. VALAGUZZA, *cit.*

[33] Sul punto, si veda anche l'intervento parlamentare del Pres. ANAC sopra citato.

Quanto alle determinazioni del collegio, adottate in contradditorio anche mediante la possibile convocazione delle parti e in difetto della possibilità di nomina di consulenti tecnici esterni, è previsto che esse hanno la natura del lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., fatta salva la diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse[34].

Al riguardo, non si comprende esattamente quale valore possano avere le decisioni del CCT nel caso in cui le parti manifestino siffatta "diversa e motivata volontà", che sembra suscettibile di derubricare il Collegio ad un irrilevante organo tecnico deputato alla formulazione di raccomandazioni non vincolanti, trasformandolo in un adempimento burocratico privo di qualsiasi valenza acceleratoria dell'esecuzione e deflattiva del contenzioso.

In via ulteriore, il richiamo all'arbitrato irrituale è particolarmente problematico alla luce degli orientamenti ermeneutici della giurisprudenza della Cassazione sulla tendenziale inammissibilità dell'arbitrato irrituale negli appalti pubblici[35], nonché

[34] Sull'arbitrato rituale e irrituale nei contratti di appalto pubblico, si rinvia, tra gli altri, a M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici,* in *Riv. dell'Arbitrato,* 2/2019, pp. 361 e ss.; G.F. LICATA, *La risoluzione delle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista,* 13 aprile 2018; E. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1607 e ss.

[35] *Ex multis* Cass. Civ. 7759/2020 e, ancor prima, SS.UU. 8987/2009, secondo cui la P.A. non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati, dello strumento del cd. arbitrato irrituale o libero poiché, in tal modo, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) che, **oltre ad essere individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta, sarebbero pure destinati ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle dette garanzie**. In senso parzialmente difforme, una dottrina, M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici,* in Riv. dell'Arbitrato, 2/2019, pp. 361 e ss. ha evidenziato che *"Nel confermare la nullità del lodo in esito ad arbitrato irrituale in cui sia parte l'Amministrazione e l'ineliminabile rilevanza dell'interesse pubblico anche nell'esercizio di strumenti privatistici, la Corte precisa, però, che la clausola compromissoria è parte di un contratto stipulato nel 1986, quando la dottrina dominante escludeva l'ammissibilità dell'istituto, così lasciando intendere possibili diversi sviluppi futuri. Ed infatti, successiva alla stipula di quel contratto è la disposizione di cui all'art. 808-ter c.p.c. con cui nel 2006 si è definito la forma obbligatoria delle determinazioni adottate con lodo contrattuale, come anticipato, pone il problema della delega ad un organo privato delle decisioni in materia di appalti pubblici, contrastando con la generale ratio della normazione sugli appalti pubblici, per come interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che impone, per i riportati fini di garanzia di trasparenza e imparzialità delle decisioni, il ricorso alle forme di arbitrato rituale amministrato, peraltro reso sempre secondo diritto, presso la Camera Arbitrale dei contratti pubblici; l'arbitrato irrituale la soluzione della controversia dagli arbitri mediante determinazione contrattuale e si è armonizzata la procedura secondo un modello analogo a quello dell'arbitrato rituale. Non pare, allora, che ove l'arbitrato irrituale segua la disciplina procedurale di quello rituale e la decisione della controversia derivi dall'applicazione del diritto sorgano ostacoli all'utilizzo dell'istituto per il solo fatto che la decisione sia contenuta in un atto privato e non in un lodo depositato (109). Semmai le parti nel valersi di tale rimedio debbono essere consapevoli delle minori garanzie in caso di inottemperanza dell'Amministrazione a quanto disposto nel lodo, posto che, come noto, il lodo contrattuale non ha efficacia di sentenza, né può essere reso esecutivo. Resta, però, l'inconveniente reale che ove la Corte di cassazione non muti orientamento, nonostante l'intervento successivo del legislatore, la parte insoddisfatta dalla soluzione fornita con il lodo irrituale possa impugnarlo e ottenere la dichiarazione della sua nullità ai sensi dell'art. 829 c.p.c."*.

della Corte Costituzionale in ordine alla previsione legislativa di forme obbligatorie di arbitrato[36].

Ed infatti, quanto all'obbligatorietà di forme di arbitrato, tanto più se irrituale, si evidenzia che essa pare contrastare con l'orientamento prevalente della giurisprudenza costituzionale[37] e amministrativa[38], che tende a configurare l'arbitrato quale metodo di risoluzione delle controversie essenzialmente legato alla libera determinazione delle parti e non ad obblighi legislativi, non godendo siffatto strumento di ADR di alcuna copertura costituzionale[39].

L'evoluzione normativa ha, infatti, confermato la volontà di trasformare l'istituto in un rimedio tendenzialmente residuale ed eccezionale nella materia dei contratti pubblici, stante l'introduzione, al pari della transazione, della necessità di una preventiva autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria, volta ad attestare, con una connessa assunzione di responsabilità erariali in tal senso, la convenienza e la coerenza con l'interesse pubblico dell'opzione per l'arbitrato[40].

Con riguardo alla natura delle determinazioni del CCT si osserva che, in materia di arbitrato irrituale, sono abbastanza ristretti i margini di azionabilità del lodo che assume la forma di una determinazione negoziale eseguibile attraverso una ordinaria azione di adempimento e, in via ulteriore, anche i profili di impugnabilità giurisdizionale della stessa[41].

---

[36] Corte Cost. 123/2018 e 221/2005, secondo cui In particolare, con la sentenza n. 127 del 1977, che ha dato avvio al predetto orientamento, questa Corte ha affermato il principio secondo cui la "fonte" dell'arbitrato non può essere individuata in una legge ordinaria o in una volontà autoritativa, "perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, primo comma, Cost. Ciò corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo o da altre ancora ad esse parificate); e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (sottolineata con particolare vigore nella sent. n. 2 del 1963 di questa Corte), autonomia, che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41 - 44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24, primo comma, della Costituzione".

[37] A partire dalle note sentenze nn. 127/1977 e 125/1996.

[38] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335.

[39] Si fa riferimento anche al potere di ricusazione della clausola compromissoria riconosciuto all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 209, comma 2, del Codice che, laddove esercitato, vincola la Stazione appaltante a non inserire la clausola medesima nel contratto.

[40] Sul punto, M. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 387. *Contra* G.F. LICATA, *op. cit.*, par. 3, che ritiene che la previsione di un obbligo autorizzativo della clausola compromissoria da parte dell'organo di governo non manifesti un disfavore per l'arbitrato, ma solo la necessità di una ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto.

[41] Posto che sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata, la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può imperniarsi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati

Il lodo contrattuale, infatti, è impugnabile solo per vizi della volontà o per incapacità delle parti/arbitri, senza la possibilità di dedurre *errores in iudicando* o nell'interpretazione del contratto. Si tratta di un margine di impugnabilità molto limitato rispetto all'arbitrato rituale amministrato, le cui decisioni si ritiene debbano essere rese sempre secondo diritto e mai secondo equità[42], in quanto, ai sensi dell'art. 209, comma 14 del Codice, il lodo arbitrale in materia di appalti è impugnabile, oltre che per i profili di nullità di cui all'art. 829 c.p.c., anche per motivi di merito.

In linea con l'intento riformatore del Decreto in ordine alla responsabilità amministrativa negli appalti pubblici, è stato previsto che l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità per danno erariale del soggetto agente e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

Al contrario, l'osservanza delle determinazioni medesime è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, fatto salvo il dolo.

Al riguardo, può sottolinearsi la mancata previsione di un rigoroso regime delle responsabilità dei componenti del collegio, il cui compito appare, invece, gravoso e perciò meritevole di disciplina, soprattutto perché le decisioni del CCT possono costituire causa di esclusione della responsabilità erariale, salvo il dolo[43].

L'organo consultivo si intende costituito con la nomina del terzo o quinto componente e ad esso deve essere consegnata integrale copia della documentazione inerente al contratto.

Il termine per l'adozione delle determinazioni del CCT, rese a maggioranza dei componenti, è fissato in 15 giorni dalla comunicazione dei quesiti, con provvedimento succintamente motivato, le cui motivazioni possono essere integrate nei successivi 15 giorni. Detto termine, in caso di particolari esigenze istruttorie, può essere esteso a 20 giorni.

Ancora una volta, analogamente alle determinazioni in fase di sospensione, emerge che i termini brevi di adozione delle decisioni non sembrano, in astratto, compatibili con i complessi profili tecnici che involgono i lavori sopra-soglia e, laddove rese in

---

rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà". Deve soggiungersi, inoltre, che ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. e), del c.p.a. è esperibile l'azione di ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento della P.A. all'obbligo di conformarsi al lodo arbitrale esecutivo divenuto inoppugnabile.

[42] Sul punto, si rinvia anche alle disposizioni dell'art. 12 del c.p.a., che disciplinano, in via generale, l'arbitrato rituale di diritto nel processo amministrativo.

[43] Ciò alla luce del citato orientamento delle SS.UU. della Cassazione n. 8987/2009, secondo cui, sebbene non si ravvisi alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale, nell'arbitrato irrituale, in ogni caso, il perseguimento dell'interesse pubblico verrebbe ad essere affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, rendendo evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità.

maniera troppo 'frettolosa', potrebbero creare ancor più danni rispetti a quelli prodotti dall'inerzia amministrativa e dalle lungaggini giudiziarie.
Senza contare che la norma non contiene una adeguata disciplina delle modalità di attivazione del CCT.
In altre parole, laddove fa riferimento ai "quesiti", non è specificato se gli stessi devono essere omogenei, ossia formulati d'accordo tra le parti, ovvero possono essere disomogenei, essendo sufficiente l'iniziativa di una sola parte per richiedere l'intervento e la conseguente determinazione del Collegio.
Qualora fosse sufficiente l'iniziativa di una sola parte, si manifesterebbe una palese dissonanza con l'art. 808 *ter* c.p.c., attribuendo valore di lodo irrituale ad una decisione che non è il frutto della concorde volontà delle parti contraenti, bensì unicamente di una espressa statuizione legislativa di un arbitrato 'obbligatorio'.
Il comma 7 disciplina il compenso dei componenti del CCT, che è a carico delle parti del contratto, è liquidato sulla base delle determinazioni delle stesse, con criteri di proporzionalità (in relazione al valore dell'opera, nonché al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni) ed è inserito nel quadro economico dell'opera, alla voce "Spese impreviste".
In mancanza di determinazione delle parti, la norma stabilisce che si possa corrispondere anche un gettone unico omnicomprensivo.
Il regime delle spese non sembra caratterizzato da una analitica regolamentazione in ordine alle modalità di ripartizione del carico delle spese tra le parti, al compenso dei componenti di parte e, in misura ancora maggiore, al compenso del membro con funzioni di presidente.
Inoltre, i parametri in base ai quali liquidare i compensi dei componenti il CCT paiono troppo genericamente indicati, se si eccettua il valore dell'opera, e ciò potrebbe determinare, oltre ad un contenzioso tra tecnici e parti del contratto, anche vere e proprie difficoltà applicative (soprattutto per le gare in corso, in cui i quadri economici sono stati già definiti) che, in ultima istanza, potrebbero tradursi in un imprevedibile aggravio del costo dei lavori pubblici.
A titolo latamente sanzionatorio il citato comma prevede una decurtazione da un decimo a un terzo del compenso, in caso di ritardo nell'adozione delle determinazioni dell'organo.
Il comma 8, invece, disciplina alcune (invero insufficienti) ipotesi di incompatibilità, volte ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti, individuate esclusivamente in una soglia quantitativa di possibile assunzione degli incarichi, definita in un massimo di cinque contemporaneamente e di dieci ogni due anni.
Come rilevato dall'ANAC, sembrano del tutto inadeguate le disposizioni sulle incompatibilità successive allo svolgimento dell'incarico e sulla necessaria assenza dei conflitti di interesse, anche in relazione all'attuale cornice codicistica delle linee

guida attuative in materia di conflitti di interesse nei pubblici appalti, nonché sul soggetto deputato alle verifiche sulle incompatibilità medesime[44].

A fronte di ciò, e visto l'elevato numero di procedure per cui sarebbe obbligatoria la costituzione del CCT (circa 900 per anno, senza contare i collegi facoltativi sotto-soglia e in fase di gara [45]) e il non elevatissimo numero di professionalità dotate di adeguate competenze al riguardo, si evidenzia che non potrebbe escludersi il rischio di una serialità nella composizione degli organi e di una arbitrarietà nelle scelte dei componenti.

È infine disciplinata una ipotesi para-sanzionatoria relativa ad un divieto di nuova nomina del componente, in caso di assunzione di determinazioni tardive (in particolare, per il ritardo nell'adozione di tre determinazioni ovvero di una sola, superiore a 60 giorni). Si prevede, inoltre, in caso di ritardo, una ipotesi di decadenza del collegio, con il potere della S.A. di operare prescindendo dalle determinazioni dello stesso. Tale disposizione appare di difficile interpretazione, specialmente per le fattispecie integralmente derogatorie in tema di sospensione, ove appare del tutto centrale e indefettibile la funzione dell'organo consultivo.

Conclusivamente, può osservarsi che l'intento, pur lodevole nella *ratio*, del legislatore di costituire un organo tecnico qualificato e stabilmente posto a supporto delle parti del contratto - sulla base di un *project-based approach* che, in relazione alle controversie e dispute tecniche tra le parti dovrebbe rappresentare *"l'equivalente legale della medicina preventiva"*[46], operando in modo deformalizzato, in contraddittorio e anche attraverso sistemi telematici - sembra perseguito in maniera poco sistematica e con una normazione scarna che non reca chiare indicazioni agli operatori che devono applicarla.

---

[44] Nella relazione parlamentare del Presidente f.f. ANAC si evidenzia, al riguardo, che *"Va rafforzato con norme esplicite il regime di indipendenza soggettiva dei componenti del CCT, non solo fissando - come fa il decreto - tetti massimi al numero di incarichi conferibili, ma anche un rigoroso regime di incompatibilità, sia relativamente alla riproduzione della stessa composizione per più collegi, sia di incompatibilità successive allo svolgimento dell'incarico, volte ad impedire sia conflitti di interessi con imprese coinvolte nelle procedure contrattuali, sia lo svolgimento di ulteriori attività (di collaborazione/consulenza) a favore dell'amministrazione interessata per un periodo non inferiore a due anni. Non è chiaro, poi, quale sia il soggetto capace e competente ad effettuare le verifiche sulle ipotesi di incompatibilità (ad esempio tenendo conto delle plurime nomine già formalizzate), le quali altrimenti si potrebbero risolvere in un ulteriore aggravio procedimentale per la stazione appaltante. Ciò assume particolare rilievo in ragione del numero di collegi da nominare, potenzialmente elevato (circa 900 l'anno)4 e dei componenti coinvolti (da 3 a 5 per ciascun collegio). Va rafforzata, inoltre, la vigilanza sul rispetto delle norme sul conflitto di interessi in generale e del conflitto di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016, anche alla luce della interpretazione estensiva della norma, fornita dall'Autorità nelle Linee Guida n. 15, par. 3, nonché delle norme sulle incompatibilità di cui all'art. 209, comma 6, del Codice, in quanto applicabile. Potrebbe, in proposito, essere valutata l'ipotesi dell'affidamento di tali compiti alla Camera arbitrale"*.

[45] Secondo le statistiche riportate da ANAC, con riguardo all'anno 2018, nell'ambito della Relazione del Presidente al Parlamento.

[46] M. NUNZIATA, *op. cit.*, che traduce le espressioni di R. PANETTA, *How to settle disputes in the international construction industry: the dispute board,* in G. IUDICA, *Sette questioni in tema d'appalto,* Milano, 2016.

L'istituto, inoltre, sembra sovrapporsi ed essere poco coordinato con gli altri strumenti di ADR già previsti nel Codice dei Contratti (si pensi all'accordo bonario, obbligatorio laddove le riserve raggiungono un determinato importo, alla transazione e al già nominato arbitrato amministrato, nonché, per la fase di gara, agli istituti dei pareri di precontenzioso e alla vigilanza collaborativa di ANAC).
Resta valido e immutato, dunque, l'aspetto critico evidenziato dal C.d.S., in sede di parere al D.lgs. n. 50/2016, relativamente alla poca chiarezza dei presupposti di operatività dell'istituto nell'attuale cornice normativa, stante anche il rilievo per cui esso ha un oggetto duplice: non solo afferente alle "controversie" sopra diritti azionabili in giudizio, ma anche a "dispute", locuzione, questa, ampia e a-tecnica che rinvia a mere questioni tecniche che non necessariamente sono suscettibili di essere azionate in giudizio.
Tutto ciò potrebbe anche importare profili di contrasto con la legge delega del codice degli appalti e le direttive comunitarie che, tra i principi direttivi, imponevano una razionalizzazione dei metodi di ADR, anche nella fase esecutiva, nonché una chiara disciplina dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri[47].
L'attuale CCT, soprattutto per i non chiari e comunque deboli collegamenti con le successive fasi giurisdizionali per il caso di mancato adempimento delle decisioni dell'organo, pare essere un ibrido, abbastanza depotenziato rispetto agli organi disciplinati dalle clausole standardizzate della contrattualistica internazionale, che risente ancora della sistematica ostilità e incompatibilità del nostro ordinamento verso l'implementazione di sistemi di risoluzione delle controversie totalmente rimessi all'autonomia privata, informati al principio del *pay now, argue later.*
Certamente, si può notare che la *sedes materiae* di una normazione straordinaria e derogatoria non appare quella più adeguata quanto alla (re)introduzione di un istituto consultivo che, più che avere una valenza acceleratoria nel contesto emergenziale (men che meno per i lavori in corso), doveva avere un carattere sistematico, i cui effetti positivi erano rinvenibili solo 'a regime' nel lungo periodo e non certo nel breve periodo di vigenza della decretazione d'urgenza.
Peraltro, la scelta di rendere lo strumento obbligatorio solo per i contratti sopra soglia rischia di non avere un particolare effetto deflattivo, stante l'assoluta e maggiore numerosità dei contratti sotto la soglia comunitaria.
A conferma dei profili problematici sopra-esaminati, sembrerebbe potersi constatare che il processo di costituzione dei collegi da parte delle S.A., nonostante la norma istitutiva sia vigente da cinque mesi, registra ancora un significativo ritardo.

[47] Legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. aaa).

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Attività amministrativa vincolata e situazioni giuridiche soggettive. Spunti di riflessione sulle nozioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo a margine di Cass. Civ., Sez. Unite, Sent. 28/01/2020, n. 1869.

di Andrea Marco Colarusso

(Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. - 2. La fattispecie. - 3. La decisione e le sue motivazioni. - 4. Attività vincolata e riparto di giurisdizione.

Abstract

The paper, taking the cue from the analysis of the Supreme Court's decision no. 1869/2020, aims to assess the proper link between discretionary and constrained public power and the al-location of jurisdiction.

As a result of a brief analysis of the doctrinaire and jurisprudential framework, the author points out that the authomatic pairing between a constrained administrative power and the exclusion of a legitimate interest frequently arises from the application of a "judgement rule" with regard to the "hard cases" that the judge must decide, instead of a deep assessment of the features of the legal position judicially claimed

Massima

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza 28/01/2020, n. 1869, hanno statuito che nelle controversie relative ai funzionari onorari, la giurisdizione deve essere determinata tenendo conto delle situazioni giuridiche, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, di volta in volta fatte valere in giudizio, sicché, laddove siano direttamente in contestazione atti amministrativi che hanno la loro origine in libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura, la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la posizione dell'interessato è di interesse legittimo, mentre, qualora l'atto impugnato non abbia carattere discrezionale, ma vincolato, la situazione fatta valere è qualificabile come diritto soggettivo, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

Nella specie, la Suprema Corte ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione, da parte del ricorrente, di due provvedimenti di decadenza dall'incarico di Presidente del consiglio di amministrazione di un'Agenzia - adottati, il primo, per ritenuta sussistenza di una causa di incompatibilità e, il secondo, per sopravvenuta scadenza del termine di durata dell'incarico stesso - sul rilievo che le causali dei due atti presupponessero l'esercizio di un potere basato sull'accertamento di specifici fatti od inadempimenti, rispetto ai quali la posizione dell'interessato era qualificabile come un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione dell'incarico.

1. Premessa

La sentenza in commento costituisce l'occasione per sviluppare alcuni spunti di riflessione in ordine ai criteri ermeneutici applicati dalla giurisprudenza ai fini dell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive vantate di fronte all'attività amministrativa.

In particolare, la Suprema Corte, dalla rilevazione del carattere vincolato dell'attività autoritativa della P.A., fa discendere, in difetto di un adeguato supporto motivazionale, la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica vantata in giudizio.

Tale corrispondenza biunivoca tra attività vincolata e diritti soggettivi, però, è tutt'altro che costante e pacifica in giurisprudenza.

In questo quadro, la mancanza di specifiche argomentazioni a supporto delle conclusioni cui è giunto il giudice consente di ritenere tutt'oggi ancora validi i rilievi critici proposti da una autorevole dottrina, che ha notato come, talvolta, la giurisprudenza *"decida di volta in volta per l'attribuzione di ciascun tipo di controversia al giudice ordinario o al giudice amministrativo sulla base di considerazioni di opportunità sostanziale che, indipendentemente dalla loro minore o maggiore ragionevolezza, non sono di per sé riconducibili a un quadro unitario sul piano dei principi"*, avvertendo che spesso *"le*

situazioni soggettive, il giudice competente e soprattutto il tipo e l'entità della tutela accordata al privato devono determinarsi in relazione alla loro compatibilità di cui la pubblica amministrazione è portatrice in ciascun tipo di controversia"[1].

2. La fattispecie

Con decreto del Presidente della Provincia del 6 marzo 2013, il dott. A.C. veniva nominato Presidente del c.d.a. dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente s.p.a. (ASEA), dopo essersi dimesso in pari data dalla carica di consigliere provinciale.

Con successiva deliberazione del Commissario straordinario n. 17 del 30 giugno 2014 – resa con i poteri del Consiglio Provinciale – l'ASEA, società per azioni a totale partecipazione pubblica, veniva trasformata in Azienda Speciale "Agenzia Sannita Energia e Ambiente", avente natura di Ente pubblico economico.

Con la medesima deliberazione commissariale, il dott. A.C. veniva confermato nell'incarico di Presidente del c.d.a. della neo-trasformata Azienda Speciale.

Con provvedimento adottato in data 19 luglio 2016, il Segretario generale della Provincia di Benevento, nella qualità di Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza, ne dichiarava la decadenza dall'incarico di Presidente del consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (di seguito, ASEA), in applicazione dell'art. 7, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39/2013, che prevede una causa di inconferibilità degli incarichi di amministratore di Ente pubblico di livello provinciale per i soggetti che abbiano ricoperto, nei due anni precedenti la nomina, la carica di consigliere provinciale.

Con ricorso proposto innanzi al TAR Campania-Napoli, sez. V, N.R.G. 3702/2016, il dott. A.C. impugnava il provvedimento.

Nelle more del giudizio di primo grado, con decreto commissariale n. 1 dell'11 gennaio 2017, impugnato con motivi aggiunti, il ricorrente veniva nuovamente dichiarato decaduto dalla carica, sulla base della ulteriore e diversa motivazione della sopravvenuta scadenza del termine di durata dell'incarico.

Con sentenza n. 1836 del 5 aprile 2017, il Tribunale amministrativo regionale annullava il primo provvedimento di decadenza, nonché tutti gli atti consequenziali e successivi impugnati con motivi aggiunti.

Con ricorso in appello, incardinato innanzi al Consiglio di Stato, sez. V, n.R.G. 4334/2017, la Provincia di Benevento chiedeva la riforma della sentenza di primo grado.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3946/2018 del 27 giugno 2018, respingeva l'appello proposto, sulla base delle seguenti considerazioni:

a) in via preliminare, confermava il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione, ritenendo la controversia attinente ad interessi legittimi, sorti dinanzi ad atti di

[1] A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 14-15.

decadenza dall'incarico di presidente del c.d.a. di un'azienda speciale avente natura pubblicistica strettamente compenetrata nell'organizzazione pubblicistica dell'ente locale e sulla quale la P.A. esercita poteri *"attraverso strumenti tipici del diritto amministrativo"*[2], che si distingue dalle società controllate o partecipate da enti pubblici, nell'ambito delle quali i poteri di nomina e revoca degli amministratori fanno sorgere situazioni di diritto soggettivo la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario[3];

b) nel merito, riteneva inapplicabile *ratione temporis* della causa di decadenza di cui all'art. 7, comma 2, lett. c) del D.lgs. n. 39/2013[4].

Avverso detta pronuncia la Provincia di Benevento proponeva, ai sensi degli artt. 111, co. 8, Cost. e 110 C.P.A., ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

---

[2] Sul punto si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 28/02/2018, n.593; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 11/03/2019, n. 1379.

[3] L'assunto secondo cui una società non muta la sua natura di soggetto privato è espressione di un principio giurisprudenziale consolidatosi a partire dalla sentenza della Cassazione civile sez. I, 06/01/1979, n.58. Conformemente si vedano, *ex multis,* Cassazione Civ., SS.UU., 06/05/1995, n. 4989; Cassazione Civ., SS.UU., 06/06/1997, n. 5085; Cass. Civ., SS.UU., 26/08/1998, n. 8454; nonché, più di recente, Cass. Civ., SS.UU., 23/01/2015, n. 1237; Cass. Civ., SS.UU., 03/10/2016, n. 19676; Cass. Civ., SS.UU., 01/12/2016, n. 24591; Cass. Civ., SS.UU.,14/09/2017, n. 21299; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 15/02/2019, n.871; Cass. Civ., SS.UU., 18/06/2019, n. 16335.

4 In particolare, il Consiglio di Stato riteneva che:

- la deliberazione n. 17/2014 non era configurabile come conferimento di un nuovo incarico all'esito della istituzione ex novo di un ente pubblico strumentale, contestuale allo scioglimento e liquidazione della società ASEA, bensì quale conferma di incarico precedente all'esito del mero mutamento della forma organizzativa della società in azienda speciale (inquadrato nella fattispecie della c.d. trasformazione eterogenea regressiva), con una sostanziale continuità di ruolo e funzioni;
- emergeva una volontà di conferma integrale degli organi sociali senza soluzione di continuità, che portava ad escludere radicalmente la costituzione di un nuovo soggetto giuridico e l'adozione di qualsivoglia atto a portata novativa del *munus* del Presidente;
- la configurazione di una mera conferma di incarico (conferito prima dell'entrata in vigore della novella normativa) e non di un nuovo incarico, faceva rientrare la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 29-ter del D.L. n. 69/2013 che, nel regolare il regime transitorio delle nuove disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità, prevedeva espressamente che gli incarichi conferiti prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 39/2013 non potevano avere effetto come cause di inconferibilità o incompatibilità fino alla scadenza degli stessi;
- allo stesso modo, era da ritenersi inapplicabile *ratione temporis* anche l'art. 20, comma 5, del d.lgs. n. 39/2013, essendo irrilevanti le contestazioni in ordine alla possibile equiparabilità tra dichiarazione omessa e mendace (si evidenziava, peraltro, che la dichiarazione era stata resa dal dott. A.C. all'atto del conferimento dell'originario incarico nell'ASEA s.p.a.);
- doveva ribadirsi l'illegittimità anche dell'ulteriore provvedimento del Segretario generale della Provincia di Benevento, impugnato con motivi aggiunti, emesso in data 11.01.2017 ai fini dell'ulteriore decadenza dell'incarico per la sopravvenuta scadenza dell'originario termine triennale di durata prevista dall'originario decreto di nomina del 6.3.2013 (al 6.3.2016), rilevandosi che tale deliberato era stato superato dal provvedimento di trasformazione n. 17/2014, con il quale si confermavano i poteri e la composizione del consiglio di amministrazione, fissando la durata quinquennale degli incarichi, ai sensi dell'art. 7 dello Statuto (e, dunque, fino alla data del 15 marzo 2018).

3. La decisione e le sue motivazioni

Le SS.UU. della Corte di Cassazione, con la citata sentenza n. 1869/2020, accoglievano il ricorso, dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario sulla base delle seguenti motivazioni:

a) l'incarico attribuito al dott. A.C. era di carattere onorario, siccome avente ad oggetto l'attribuzione di funzioni pubbliche in assenza degli elementi caratterizzanti il rapporto di pubblico impiego;

b) in materia di incarichi onorari, al fine di risolvere le questioni di riparto era necessario dare rilievo non tanto al *petitum* processuale, quanto alla *causa petendi*, ovvero alla intrinseca consistenza della posizione soggettiva fatta valere in giudizio[5], dovendosi prescindere dalla circostanza per cui vengano in questione atti amministrativi presupposti, che il giudice ordinario può disapplicare[6];

c) ritenuta l'applicabilità della normativa del D.lgs. n. 39/2013[7], osservava che i gravati atti di decadenza erano vincolati, in quanto basati sull'accertamento di specifici inadempimenti (ai sensi del D.lgs. n. 39/2013) o di fatti puntuali (il decorso del termine di scadenza dell'incarico).

4. Attività vincolata e riparto di giurisdizione.

4.1 Nella sentenza n. 1869/2020 la Corte di Cassazione, nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario, ha evidenziato che i due provvedimenti di decadenza dalla funzione, adottati, il primo, in virtù di una causa di inconferibilità normativamente individuata nei suoi presupposti applicativi dall'art. 7, co. 2, D.lgs. n. 39/2013 e, il

[5] La giurisprudenza in materia di riparto di giurisdizione è vastissima. Con particolare riferimento all'applicazione del criterio della *causa petendi* con riguardo alla non assimilabilità al rapporto di pubblico impiego della figura del funzionario onorario, si vedano: Consiglio di Stato, sez. IV, 24/03/2005, n. 1272 Cassazione Civ., SS.UU., 25/05/2005, n.10961; Cass. Civ., SS.UU., 20/04/2007, n. 9363; Cass. civ. Sez. Unite Ord., 08/07/2008, n. 18618; Cass. Civ., SS.UU., 25/06/2010, n. 15323; Cass. Civ., SS.UU., 11/10/2011, n. 20902; Cass. Civ., SS.UU., 23/09/2013, n. 21677; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 12/06/2014, n.3259; Cass. Civ., SS.UU., 04/09/2015, n. 17591; Cass. Civ. 29/12/2016, n. 27461; Cons. Stato, sez. III Sent., 27/06/2017, n. 3132.

[6] *Ex multis*, Cass. Civ., SS.UU., 05/06/2006, n. 13169; Cass. Civ., sez. I, 21/07/2008, n.20092; Cass. Civ., SS.UU., 16/02/2009, n. 3677; Cass. Civ., SS.UU., 08/06/2016, n. 11712; Cass. Civ., SS.UU., 13/11/2019, nn. 29462, 29463 e 29465.

[7] Sul punto, pur accedendo alla tesi del Consiglio di Stato in ordine alla continuità di funzioni, la Suprema Corte evidenziava che il D.L. n. 69/2013 (recante la disciplina transitoria del D.lgs. n. 39/2013), all'art. 29-ter impedisce unicamente la nullità e la decadenza automatica *ex lege* dell'incarico per cause di inconferibilità, verificatesi prima dell'entrata in vigore della novella, ma non anche l'obbligo, di cui al successivo art. 20, comma 2, del citato decreto legislativo, di rendere la dichiarazione annuale sull'insussistenza della cause medesime in costanza di rapporto. Pertanto, stante l'inadempienza del dott. A.C. all'obbligo dichiarativo, l'Ente era comunque titolato ad effettuare un autonomo accertamento, da cui era derivato il primo provvedimento decadenziale adottato dal RPCT della Provincia in data 19 luglio 2016.

secondo, sulla base dell'intervenuto termine di scadenza dell'incarico, non fossero espressione di poteri amministrativi discrezionali.
Dal solo carattere vincolato degli atti la Corte ha inferito l'ulteriore conseguenza della loro incidenza su situazioni di diritto soggettivo, la cui cognizione è affidata al giudice ordinario.
Orbene, il descritto impianto argomentativo sembra optare per una automatica correlazione tra vincolatezza, non autoritatività dell'atto e configurabilità di una situazione di diritto soggettivo.
Tuttavia, come è noto, nell'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina in merito ai criteri di riparto della giurisdizione – di cui non può darsi integralmente conto in questa sede[8] – prevalgono, da tempo, le tesi critiche che respingono la relazione di automatica implicazione tra attività amministrativa vincolata e situazioni di diritto soggettivo.
In proposito, invero, è stato sostenuto che l'insorgenza di situazioni di interesse legittimo deve essere collegata all'esercizio di un potere discrezionale, inteso come potestà di scelta di una modalità di contemperamento degli interessi in gioco, avente carattere di innovatività e di esclusività, in quanto non giuridicamente vincolata da una predeterminazione legislativa ed affidata alla competenza della pubblica amministrazione con preclusione di interventi *lato sensu* sostitutivi del giudice[9].
In via ulteriore, deve osservarsi che, ai fini della individuazione della situazione soggettiva assegnata dall'ordinamento di fronte all'attività vincolata della P.A., si è fatto riferimento ai seguenti differenti criteri[10]:

---

[8] Sull'argomento la letteratura è sterminata. Ci si limita a rinviare ai contributi successivi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, tra i quali si segnalano: R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio* in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14; A. LAMORGESE, *Il punto su... il riparto della giurisdizione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*; in *Giur. merito*, 6, 2006, p. 1341; F. CARINGELLA , R. DE NICTOLIS , R. GAROFOLI R., V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008; G. STIPO, *Il riparto di giurisdizione - Evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Nuova rass.*, 2008, p. 1013; A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2009, 1, p. 48; A. ALLEGRETTA e M. MARASCA, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2013; G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 696; V. SANTORO PASSARELLI, *Sul riparto di giurisdizione nelle azioni di annullamento e di risarcimento*, in Dir. proc. amm., 2016, p. 696; M. C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, 2019.

[9] A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, *passim*, per il quale nello stesso schema 'norma-potere-fatto' il 'potere' deve ritenersi sussistente solo allorquando, al fine del conseguimento del risultato vantaggioso da parte del privato in termini di accrescimento della propria sfera giuridica (il 'fatto'), deve interporsi una necessaria manifestazione di potere amministrativo discrezionale, volta a delineare l'assetto degli interessi coinvolti. È opportuno precisare, peraltro, che secondo l'A., laddove la norma vincoli l'azione amministrativa, non necessariamente detto vincolo riguarda il merito dell'azione, ovvero «*la garanzia del risultato utile per gli interessati (nel che consiste la posizione di diritto soggettivo)*», e che solo quando il vincolo riguardi anche il merito si può ritenere l'attività amministrativa vincolata e la sussistenza dello schema 'norma-fatto'.

[10] Per una rassegna delle varie tesi si può rinviare a A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.

a) l'interesse tutelato in via prevalente dalla norma, ovvero la circostanza per cui il vincolo può essere posto nello specifico e immediato interesse del destinatario, attribuendo allo stesso una tutela in ordine al proprio bene della vita (da cui nascono diritti soggettivi), ovvero nell'interesse generale o dell'amministrazione, garantendo al cittadino una tutela realizzabile mediatamente attraverso l'esercizio del potere pubblico[11];
b) la distinzione tra norme di azione, che regolano le modalità di esercizio del potere amministrativo e da cui sorgerebbero unicamente doveri nei confronti di destinatari indeterminati, e norme di relazione, che operano direttamente il contemperamento dei contrapposti interessi e garantiscono all'interessato un diritto soggettivo in relazione al verificarsi di una determinata situazione, la cui tutela è indipendente dall'azione amministrativa[12];
c) la distinzione tra lo schema norma-fatto, in cui il vincolo è posto immediatamente a garanzia del risultato vantaggioso del privato, e lo schema norma-potere-fatto, in cui tra la norma e il risultato vantaggioso è interposto un potere (vincolato nei presupposti empirici o nelle modalità in cui l'amministrazione persegue il suo interesse) che, però, è ostativo alla configurazione di un diritto soggettivo[13];
d) il carattere autoritativo dell'atto, che, malgrado il suo contenuto vincolato, vale a determinare la conformazione, di fronte al relativo potere, della situazione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo.
Invero, siffatti criteri non sono da intendersi necessariamente come alternativi, ben potendo (e, anzi, forse, più correttamente, dovendo) ciascuno contribuire ai fini dell'individuazione dei caratteri del rapporto tra vincolo dell'amministrazione e situazione giuridica soggettiva dell'amministrato.
In via ulteriore, una dottrina ha traslato l'angolo visuale del *discrimen* tra diritti soggettivi e interessi legittimi, dall'indagine di merito in ordine al risultato dell'attività amministrativa a vantaggio del privato, verso una valutazione processuale in ordine all'effettività della tutela della situazione giuridica, ritenendo che *"nella immediatezza e pienezza della tutela accordata (e cioè nella possibilità di conseguire una valida soddisfazione ripristinatoria o, quanto meno, surrogatoria dell'interesse eventualmente leso) consiste dunque l'elemento di discriminazione del diritto soggettivo*

[11] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1948, p. 92; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, 1970, p. 514; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 1976, p. 188; A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1984, p. 112.

[12] E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo,* in *Giur. It.,* 1951, III, 66; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 1983, pp. 141 e ss.

[13] E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo,* in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 310; nonché *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa,* in *Riv. Dir. proc,* 1972, p. 357. Al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 29, nel criticare, o meglio precisare, la tesi dell'interesse prevalente ovvero quella della distinzione tra norme di azione e di relazione, ha evidenziato che il vincolo non si appunta sempre sul merito dell'attività, in questo come garanzia del risultato vantaggioso, ma anche sulla competenza, sulla forma o sulla procedura.

dall'interesse legittimo (...) ciò che è decisivo è se l'ordinamento si sia proposto di accordare al soggetto particolare una tutela piena, oppure se (…) si sia limitato ad accordargli quella diversa tutela (indiretta e non piena) ottenibile azionando gli strumenti ordinati a conseguire il rispetto della normativa che regola l'esercizio dei poteri interferenti con quella posizione"[14].

Ciò che maggiormente mette conto di evidenziare in questa sede è che, sulla base di ciascuna delle predette ricostruzioni dogmatiche, sembra emergere la constatazione per cui se la norma qualifica come vincolata un'attività amministrativa, non per questo da tale vincolatività deve necessariamente sorgere un obbligo e un corrispondente diritto soggettivo ad ottenere o a conservare un bene[15].

In virtù di tale assunto, un'altra corrente dottrinale si è spinta sino a negare la reale utilità sistematica (quantomeno ai fini del riparto) della distinzione tra atti vincolati e discrezionali, sulla base delle seguenti argomentazioni, in qualche modo interrelate:

a) la tesi del c.d. "scetticismo della vincolatezza", che ravvisa la sostanziale impossibilità per il legislatore di precludere all'amministrazione ogni tratto discrezionale di scelta della composizione di interessi, laddove tutte le norme amministrative contengono profili di discrezionalità e vincolatezza[16];

b) la considerazione per cui l'automatica correlazione tra potere vincolato e diritti soggettivi esprime una *"regola operazionale"* di derivazione ermeneutica, utilizzata per risolvere gli *hard cases* che non sono agevolmente risolvibili sulla base del criterio di riparto della giurisdizione della *causa petendi*[17];

c) la constatazione che il potere amministrativo non è declinabile unicamente come decisione sul conflitto di interessi (e dunque come potere di disegnare l'effetto giuridico nella sfera del privato), ma anche come potere di costituire l'effetto, ovvero di realizzare l'assetto di interessi integralmente prefigurato dalla legge. Da ciò discenderebbe una sostanziale identificazione del regime giuridico tra atti vincolati e discrezionali, nell'ambito di una ampia nozione di provvedimento, che ne determinerebbe una assimilazione anche dal punto di vista del meccanismo impugnatorio.

Con riguardo a tale ultima tesi esposta sub c), è stato osservato che il potere amministrativo non è declinabile unicamente come decisione in ordine al contemperamento tra interessi confliggenti (e dunque come potere di disegnare l'effetto giuridico nella sfera del privato), ma anche soltanto come potere di costituire l'effetto, ovvero di realizzare l'assetto di interessi integralmente prefigurato dalla

[14] A. SANDULLI, *Manuale cit.*, p. 112.

[15] F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir.amm.* 1, 1995, p. 16, ha evidenziato che se la norma qualifica come dovuto l'atto amministrativo, non per questo crea un diritto soggettivo del privato ad ottenere l'*utilitas* assicurata dall'atto. Tali vicende possono essere collegate, e in questo caso il comportamento è obbligatorio, ma possono anche non essserlo, e in tale evenienza il comportamento è dovuto.

[16] F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *P.A.: Persona e Amministrazione*, 2017.

[17] L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, in *Federalismi*, 14/2017.

legge. Da ciò discenderebbe un significativo tratto di omogeneità del regime giuridico tra atti vincolati e discrezionali, nell'ambito di una ampia nozione di provvedimento, che ne determinerebbe una assimilazione anche dal punto di vista del meccanismo impugnatorio[18].

Ne discende, dunque, la valorizzazione, accanto e non necessariamente in opposizione al binomio discrezionalità/vincolatezza, che rileva nel momento della scelta, del distinto carattere dell'autoritatività, qualificante tutti gli atti adottati dall'amministrazione, che delinea la particolare forza giuridica (non necessariamente in senso ablatorio[19]) di produrre una modificazione della sfera giuridica del privato, in assenza di una necessaria manifestazione di consenso dello stesso[20].

Detta specificazione importa l'ulteriore considerazione per cui, stante l'omogeneità del carattere costitutivo di effetti giuridici tra potere discrezionale e vincolato (laddove la differenza si appunta sul potere di 'disegnare' l'effetto, determinando il regolamento di interessi, che si rinviene unicamente negli atti discrezionali), ciò che rileverebbe ai fini della individuazione della situazione giuridica soggettiva incisa, e quindi della tutela giudiziaria esperibile, è essenzialmente l'autoritatività[21].

In proposito, anche la Corte Costituzionale sembra aver valorizzato il carattere in parola allorquando – escludendo, da un lato, «*che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102 Cost., secondo comma)*» e, dall'altro lato, «*che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo*» – ha affermato che la natura della giurisdizione generale di legittimità è «*contrassegnata della circostanza che la*

[18] F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 17, ritiene che, quand'anche la legge regola integralmente il fatto, se si ravvisa il necessario potere amministrativo di riscontro dei presupposti empirici del potere medesimo e la esclusiva riserva alla p.a. di una decisione costitutiva degli effetti previsti dalla legge, non vi sarebbe comunque spazio per una garanzia normativa del risultato vantaggioso per il privato. Opposta, invece, è la ricostruzione di A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 49, per il quale *"la nozione di interesse pubblico assume un senso (logico prima ancora che giuridico) nel qualificare l'attività di un soggetto solo in quanto risulti a questo attribuito da una fonte superiore il potere di compiere scelte e di assumere decisioni in ordine alla composizione di interessi, con caratteri di novità (rispetto alla fonte attributiva) e di definitività (rispetto ad ogni successivo intervento nel merito)"*, specificando che in accordo con E. CAPACCIOLI, *op. cit.*, p. 278, *"solo l'atto discrezionale è atto di autorità (…), mentre gli atti vincolati non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna"*.

[19] D. SORACE, *op. cit.*, p. 88.

[20] F.G. SCOCA, *op. cit.*; pp. 3 e ss.; D. SORACE, *op. cit.*, par. 6.

[21] F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 18, ha evidenziato che «*Non si disconosce affatto la profonda differenza esistente tra l'atto discrezionale e l'atto vincolato: si deve peraltro sottolineare che anche il secondo è positivamente costruito come provvedimento; e che anche l'atto vincolato ha (o, se si preferisce, può avere) il carattere dell'autoritatività (e della imperatività). Basta considerare, sotto quest'ultimo profilo, che possono aversi provvedimenti ablatori vincolati o più in generale, provvedimenti vincolati con effetti sfavorevoli per il loro destinatario (il quale è tenuto a subirli)*».

pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»[22].

A tale impostazione è stato obiettato che, oltre ad essere eccessivamente legata all'effetto ablatorio del provvedimento, mostrando chiari limiti nel modello di amministrazione partecipata, la nozione di autoritatività descrive gli effetti dell'atto, ma nulla dice circa la natura del potere esercitato e, dunque, non sarebbe utile a qualificare, ai fini del riparto, le situazioni giuridiche soggettive che sono incise dalla spendita del potere medesimo[23].

Utilizzando questo angolo visuale, in altre parole, si rischierebbe di pervenire ad un ribaltamento di prospettiva per il quale, offuscata, di fatto, qualunque indagine sulla *causa petendi*, si giungerebbe all'estremo di negare totalmente la giurisdizione del giudice ordinario laddove è in causa un atto amministrativo non paritetico.

Si è affermato, infatti, che solo l'atto discrezionale è atto di reale autorità, siccome emanato nell'esercizio di un potere di supremazia affidato alla p.a. nel dettare unilateralmente disposizioni vincolanti per la composizione degli interessi in gioco, con carattere di innovatività (rispetto alla fonte attributiva) e di definitività (rispetto ad ogni intervento sostitutivo nel merito della scelta) e che, al contrario, l'atto vincolato non ha carattere innovativo, limitandosi ad accertare le condizioni di produzione degli effetti interamente previsti dal legislatore[24].

Dall'altro lato, anche la tesi del c.d. 'scetticismo debole della vincolatezza' [23] si espone a fondate obiezioni, per cui la mera interposizione di una decisione applicativa della p.a. originante dalla valutazione tecnico-discrezionale dei presupposti empirici di esercizio di un potere, quand'anche legislativamente vincolato, non sarebbe sufficiente per conferire al potere medesimo i tratti della discrezionalità, in quanto tale carattere si appunterebbe sulla potestà di comporre gli interessi in gioco e non sulla valutazione dei presupposti della norma.

Questa tesi, in definitiva, giungerebbe al paradosso logico di negare l'essenza stessa e l'utilità della nozione di discrezionalità (tutto è discrezionale=nulla è discrezionale, perché non esiste un potere realmente vincolato)[25].

Per tali ragioni, si è ritenuto che la giurisdizione del giudice amministrativo deve essere fondata sull'analisi della reale consistenza delle situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio, attesa anche la natura sostanziale dell'interesse legittimo e l'incremento delle azioni proponibili e dei mezzi istruttori esperibili nel

[22] Cfr. Corte Cost., 06/07/2004, n. 204, par. 3.2.

[23] A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 48.

[24] In tal senso, A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, pp. 45 e ss. che richiama le posizioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, e di G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario Amministrativo*, Milano, 1983, pp. 101 e ss.

[25] In tal senso, si v. anche D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali III*, Milano, 2010, p. 53, il quale, in maniera meno radicale, evidenzia che «*frequenti sono le fattispecie connotate in parte da vincolatezza e in parte da discrezionalità*».

giudizio amministrativo, che dovrebbe configurarsi non più come strumento di controllo demolitorio del provvedimento autoritativo, bensì quale sindacato sul rapporto in cui vi è la spendita del potere pubblico e, in definitiva, sul corretto uso del potere discrezionale di scelta della modalità di contemperamento degli interessi.

4.2 Poste queste premesse di ordine concettuale in relazione ai tratti identificativi delle situazioni soggettive vantate di fronte all'attività vincolata, ma autoritativa, della P.A., può notarsi come nella fattispecie controversa emerga la problematicità della concreta applicazione dei criteri di riparto della giurisdizione.
Invero, nel contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, in ordine all'affermazione della giurisdizione ordinaria ovvero amministrativa, non si rinviene una diversa valutazione della *causa petendi*, bensì l'applicazione di distinti metri e prospettive valutative, che tuttavia perseguono il medesimo risultato pratico di sottrarsi ad una reale indagine sulla consistenza della situazione giuridica azionata in giudizio.
Il Consiglio di Stato ha, infatti, valorizzato l'elemento soggettivo della qualificazione dell'Azienda quale ente pubblico strumentale strettamente compenetrato nell'ente locale che esercita su di esso poteri pubblicistici di direzione e controllo, facendo automaticamente discendere dall'affermazione dei detti poteri l'insorgenza di una situazione giuridica di interesse legittimo, senza soffermarsi analiticamente sulla circostanza che essa fosse effettivamente collegata alla natura discrezionale dell'attività amministrativa[26].
Senza contare, peraltro, che la normativa e la giurisprudenza citata a sostegno di tali argomentazioni fa riferimento alle diverse ipotesi dell'esercizio dei poteri statutari di direzione e controllo di nomina e revoca per il venire meno del rapporto fiduciario e non alle cause di decadenza di cui al D.lgs. n. 39/2013 [27].
Al contrario, la Cassazione, partendo dalla premessa dell'affermazione del carattere onorario dell'incarico conferito al ricorrente, riconosce formalmente la necessità di indagare la natura della situazione giuridica soggettiva azionata.
Tuttavia, a tale affermazione di principio non sembra fare seguito un reale scrutinio sul punto.
Ed infatti, considerando vincolata l'adozione degli atti di decadenza (siccome basata sui presupposti empirici specifici e non contestabili del D.lgs. n. 39/2013, ritenuto applicabile *ratione temporis*), la Corte conclude che da siffatta vincolatività dei presupposti di adozione del provvedimento conseguirebbe la configurazione di un potere non discrezionale e, soprattutto, in via ulteriore, inferisce che la situazione soggettiva da esso incisa sarebbe di diritto soggettivo. Ciò senza preoccuparsi in

[26] T.A.R. Napoli, (Campania), sez. I, 11/03/2019, n.1379; Consiglio di Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; T.A.R. Campania Napoli Sez. I Ord., 30/10/2014, n. 1801.
[27] Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4435/2017.

alcun modo di supportare con adeguata argomentazione la premessa generale del suo ragionamento (e cioè che di fronte all'attività vincolata della P.A. sarebbe da riconoscersi la sussistenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo), premessa che, peraltro, nemmeno è rintracciabile costantemente nella giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione.

Ad esempio, proprio con riguardo agli enti pubblici economici (quale è quello oggetto della controversia che ci occupa), la stessa Suprema Corte, in più occasioni, ben lungi dal basarsi sull'acritica affermazione della corrispondenza tra provvedimento di decadenza e situazione di diritto soggettivo, ha ritenuto, al contrario, che «*la controversia avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto con il quale è stato annullato o revocato il provvedimento di nomina di un componente del consiglio di amministrazione di un ente pubblico, anche economico, o comunque è stata dichiarata la decadenza dalla carica del medesimo, attenendo a una posizione di interesse legittimo collegantesi al potere discrezionale di scelta delle persone cui affidare il perseguimento degli scopi dell'ente, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità*»[28]; e che «*l'attività degli enti pubblici economici concernente la costituzione e il funzionamento dei loro organi statutari, coinvolgendo l'assetto organizzativo e quindi l'esercizio di potestà pubblicistiche, riguarda situazioni che hanno la consistenza, non del diritto soggettivo, ma dell'interesse legittimo, così da risultare tutelabile solo davanti al giudice amministrativo*»[29]; precisando che «*gli atti del procedimento di trasformazione del Consorzio per lo sviluppo industriale in Consorzio di sviluppo economico locale sono conformati da vere e proprie norme di azione rivolte a disciplinare l'organizzazione interna dell'ente e dirette, non alla tutela di interessi propri dei soggetti partecipanti al Consorzio, ma a salvaguardare l'equilibrio strutturale ed organizzativo di questo nonchè la sua funzionalità per gli scopi istituzionali, con la conseguenza che - come esattamente osserva il pubblico ministero - in capo a tali soggetti può riconoscersi soltanto l'interesse legittimo alla legittimità degli atti emessi in base alle relative norme di previsione*»[30].

Allo stesso modo, anche la giurisprudenza amministrativa ha escluso qualsivoglia automatismo, richiamando la necessità di un attento esame della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio, rilevando che «*l'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione. Sembra, infatti, che debba distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa,*

[28] Cass. Civ., Sez. Unite, 22/12/1999, n. 929.
[29] Cass. Civ., Sez. Unite, 1/12/1994, n. 10239
[30] Cass. civ. Sez. Unite, 06/03/2018, n. 5304, avente riguardo ad una fattispecie in cui, analogamente a quella della sentenza in commento, vi era stata una trasformazione dell'ente.

che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo»[31].

Peraltro, la constatazione che un siffatto principio generale – secondo il quale, in presenza di attività vincolata della P.A. si debba necessariamente, e per ciò solo, ritenere la sussistenza di situazioni di diritto soggettivo in capo ai soggetti coinvolti da tale attività – non possa considerarsi affatto pacifico può desumersi anche dall'analisi della disciplina legislativa dell'attività amministrativa e del perimetro della cognizione del giudice amministrativo.

A quest'ultimo, infatti, nel vigente ordinamento processuale, sono espressamente riconosciuti, in sede di giurisdizione generale di legittimità, e dunque a tutela di interessi legittimi, strumenti adeguati anche per operare un'indagine sulla spettanza al privato del bene inciso da manifestazioni di potere vincolato, nell'ambito del ricorso *per silentium*, laddove si prevede che «*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*»[32].

Allo stesso modo, l'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della L. n. 241/1990, come è noto, fa espresso riferimento alla attività vincolata della P.A. riconoscendo la possibilità di non annullare, malgrado la violazione delle norme sulla forma o sul procedimento, «*qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe comunque potuto essere diverso da quello in concreto adottato*».

Tali rilievi testimoniano, dunque, che dalla natura vincolata del potere non si possano far discendere automaticamente (e non solo e sempre) diritti soggettivi, in quanto detta natura non è sempre giuridicamente strutturata come mezzo per assicurare il perseguimento o il mantenimento di un risultato soggettivo favorevole al portatore di un interesse particolare, ma, sovente, è (anche) una regola dell'attività della stessa amministrazione, in cui il vincolo si appunta per il perseguimento di un rilevante interesse pubblico, che coesiste e si intreccia (talvolta prevalendo) sull'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva del privato.

[31] Cfr. Cons. Stato (Ad. Plen.) Sent., 24/05/2007, n. 8, e, in senso adesivo, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 11/01/2019, n. 13; T.R.G.A. Trentino-A. Adige Bolzano Sent., 15/01/2015, n. 5.

[32] Così, oggi, l'art. 31, co. 3, C.P.A., che riproduce l'art. 2, comma 8, della Legge n. 241/1990.

Ai fini che ci occupano, può osservarsi che proprio la disciplina delle inconferibilità e incompatibilità (e delle connesse cause decadenziali) non è volta alla garanzia degli interessi del privato a conseguire o a mantenere un determinato bene (la permanenza nella titolarità dell'incarico, ovvero la reintegrazione nello stesso), ma è caratterizzata da un significativo intreccio tra gli interessi individuali dei soggetti titolari degli incarichi e il generale e prevalente interesse pubblico di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, finalizzato ad evitare situazioni di conflitto di interessi tali da integrare un *vulnus* all'imparzialità e al buon andamento dell'azione amministrativa[33].

Emerge, allora, che le decisioni, seppur contrastanti, appaiono entrambe caratterizzate da un intento semplificatorio volto ad applicare *ex ante* una regola operazionale di giudizio, al fine di agevolare le valutazioni sul riparto di giurisdizione.

Il Consiglio di Stato, infatti, afferma la propria giurisdizione desumendo la natura del potere essenzialmente dall'elemento soggettivo della tipologia di autorità che lo esercita, che escluderebbe l'applicazione del regime privatistico delle società[34].

Tale assunto, però, non è corredato da una adeguata motivazione in relazione alla concreta essenza del potere oggetto della controversia, affermandosi, in sostanza, che qualunque atto di nomina o revoca nell'ambito di una azienda speciale pubblica (e, dunque, anche i diversi provvedimenti di decadenza per inconferibilità), possa essere espressione di potere discrezionale.

Siffatto percorso argomentativo, in definitiva, sembra ricalcare la tendenza a superare i problemi di riparto con il ricorso alla giurisdizione 'per materia', che ha trovato anche la ferma opposizione della Corte Costituzionale[35], in quanto offusca significativamente l'indagine sulla effettiva spendita di potere pubblico e, in definitiva, sulla consistenza della *causa petendi*[36].

---

[33] F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9/2013, pp. 806 e ss., *id.* in *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi,* in *Libro dell'anno del diritto 2014,* in *www.treccani.it.*

[34] Cass. civ. Sez. Unite Ord., 14/09/2017, n. 21299; Cass. civ. Sez. Unite Ord., 01/12/2016, n. 24591.

[35] Numerosi sono i commenti sul tema. Senza pretesa di esaustività, si rinvia a F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, in www.astridonline.it;* M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla Corte Costituzionale 5 luglio 2004,* in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzione,* in *www.giustiziaamminisrativa.it.*

[36] Sulla natura eversiva della giurisdizione per materia si era espresso già A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit*, p. 58, aveva, in maniera illuminante, riconosciuto *"una tendenza che concorre in modo determinante a svalutare il criterio fondato sulle situazioni soggettive relegandolo quasi in un ruolo residuale e di chiusura, ma per l'altro nasconde gravi insidie per l'effettività della tutela, nella misura almeno in cui si risolve nell'affidare ad un giudice situazioni soggettive per la cui tutela questi non disponga (tradizionalmente) di strumenti adeguati. A fronte di questa situazione risulta essenziale porre al centro del discorso la rigida corrispondenza non tanto tra situazioni soggettive e giudice quanto tra situazioni soggettive e forme di tutela a ciascuna sostanzialmente connaturale, non importa da quale giudice fornita".* Sul punto, si veda anche D.

Al contrario, la Cassazione ripropone il binomio attività vincolata/diritto soggettivo, obliterando una motivata analisi sulla natura del vincolo e un'indagine sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva incisa dal provvedimento che, in definitiva, come detto, deve essere collegata alla natura discrezionale del potere esercitato.

In altre parole, dall'attestazione di un potere costitutivo di effetti legislativamente predeterminati ai sensi del D.lgs. n. 39/2013, la Suprema Corte ricava, in modo sostanzialmente apodittico, la sussistenza di una posizione di diritto soggettivo azionata in giudizio, assumendo che nel caso di specie sia in questione un potere totalmente vincolato e un contrapposto diritto alla conservazione di un bene giuridico.

Come detto, la disciplina delle inconferibilità e incompatibilità (e delle connesse cause decadenziali) non è volta solo alla garanzia degli interessi del privato, ma persegue il generale interesse di prevenire la corruzione nella pubblica amministrazione, evitando situazioni di conflitto di interessi tali da integrare un *vulnus* all'imparzialità e al buon andamento dell'azione amministrativa[37].

In definitiva, sembra potersi affermare che, nella fattispecie in commento, la riproposizione del binomio attività vincolata-diritti soggettivi (che pure può avere un valore ai fini del riparto, ma impone comunque delicate indagini sulla consistenza della situazioni giuridiche soggettive azionate) «*continui a trovare applicazione, in alcuni modelli di sentenze, come 'regola operazionale di riparto'* […] *soprattutto con riferimento agli hard cases che non si presentano agevolmente risolvibili sulla base dei criteri oramai standardizzati*»[38].

All'esito di questo breve *excursus*, si possono ritenere oggi ancor più validi i rilievi critici proposti dalla dottrina citata nella premessa del presente commento, evidenziandosi come, sovente, il giudice *"decida di volta in volta per l'attribuzione di ciascun tipo di controversia al giudice ordinario o al giudice amministrativo sulla base di considerazioni di opportunità sostanziale che, indipendentemente dalla loro minore o maggiore ragionevolezza, non sono di per sé riconducibili a un quadro unitario sul piano dei principi"*, avvertendosi che spesso *"le situazioni soggettive, il giudice competente e soprattutto il tipo e l'entità della tutela accordata al privato devono determinarsi in relazione alla loro compatibilità di cui la pubblica amministrazione è portatrice in ciascun tipo di controversia"*[39].

SORACE, *op. cit.*, nonché L. VIOLA, *op. cit.*; *id. Recenti tendenze della giustizia amministrativa: verso un diverso criterio di riparto della giurisdizione*, in *Giust. Civ.*, 1996.

[37] F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, in *www.treccani.it*

[38] L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, in *Federalismi*, 14/2017, p. 13. Ma già A. ORSI BATTAGLINI, *op.cit.*, pp. 56 e ss,

[39] A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 14-15.

·96

Dunque, si pone il dubbio che la categoria degli atti vincolati non sia caratterizzata da una compiuta analisi dei tratti essenziali della posizione giuridica azionata in giudizio e contrapposta all'esercizio del potere pubblico, ma sia suscettibile integrare un *escamotage* ermeneutico, in quanto l'attestazione della natura vincolata del potere non esaurisce in alcun modo la problematica del riparto di giurisdizione.

L'esame della giurisprudenza mostra, infatti, *"una crescente propensione a riconoscere la corrispondenza tra attività vincolata e diritti soggettivi"* attraverso il seguente schema logico: *"in via preliminare vengono individuati determinati fattori che in astratto potrebbero apparire (e in concreto sembrano essere indicati) come idonei a qualificare autonomamente l'interesse individuale come diritto soggettivo: ma poi, anziché risolutamente confermare il carattere diretto e autosufficiente di tale relazione, viene in essa interposto il criterio dell'interesse tutelato"*. Si realizza, così, un *"forzoso scambio logico tra struttura oggettiva della fattispecie e intenzione della norma"*[40].

Ciò rischia di rendere, incerta, se non arbitraria, la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, lasciando le decisioni regolative della giurisdizione in balìa di considerazioni di opportunità sostanziale o di economia processuale.

[40] A. ORSI BATTAGLINI, *ivi*, pp. 8-9.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi pubblici. L'applicazione della disciplina ed il ruolo del RPCT. Aspetti teorici e pratici con approfondimento delle Linee Guida ANAC e della Giurisprudenza

di Francesca Perrone

(Segretario Generale Comune di Massafra (TA)

Sommario

1. Oggetto della disciplina, finalità, principi e criteri direttivi. - 2. Struttura e contenuti fondamentali del d. lgs. n. 39/2013. - 3. La Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 c.d. Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi incompatibili ed inconferibili. - 3.1. Ruolo e funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità. – 3.2. Attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità. – 3.3 Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili. – 3.4 Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità. - 4 Giurisprudenza. – 4.1 TAR Lazio- Roma sez I sentenza 14 novembre 2016, n. 11270. – 4.2 Consiglio di Stato sez. V, sentenza 11 gennaio 2018 n. 126. – 5 Regolamento in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi: contenuto. – 6. Conclusioni.

Abstract

The article explains the topic of the new regulation of public offices. After having described the legislative decree 39 2013, the issue is treated with references to doctrine and jurisprudence. Strengths and critical issues are analyzed. Overall the new regulation is considered a good starting point. Norms create social customs and good administrative practices against maladministration.

1. Oggetto della disciplina, finalità, principi e criteri direttivi.

Il decreto legislativo 8 aprile 2013 n. 39, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2013 n. 92, attua la delega contenuta all'art. 1 commi 49 e 50 della Legge 06.11.2012 n. 190 (c.d. legge anticorruzione) in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati di diritto pubblico. La norma di delega non prevedeva il parere parlamentare, né sullo schema di decreto è stato richiesto il parere del Consiglio di Stato. Il decreto delegato si muove lungo due direttrici, disciplinando chiaramente i casi di inconferibilità assoluta di alcuni incarichi e i casi di incompatibilità tra incarichi diversi, che comportano l'insorgenza di un "*obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni*" tra la permanenza nell'incarico preesistente e l'assunzione dell'incarico incompatibile con il primo. Scopo della normativa è garantire l'imparzialità del funzionario, così come previsto dal dettato costituzionale (v. art. 97, 2° comma della Costituzione[1]). La normativa di delega costituisce uno degli elementi fondamentali della strategia di prevenzione dei fenomeni di corruzione e della prevenzione del conflitto di interessi[2], finalità che attengono agli interventi sull'attribuzione degli incarichi e alla definizione di nuove incompatibilità. Con riferimento ai destinatari degli incarichi ha stabilito un criterio di inconferibilità di incarichi, siano essi riferiti a fattori di natura oggettiva (*i.e.* la condanna anche con sentenza non passata in giudicato per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), siano essi di natura soggettiva (aver ricoperto, per non meno di un anno antecedente al conferimento, cariche o aver svolto incarichi in enti di diritto privato, sottoposti a controllo ovvero finanziati da parte dell'amministrazione conferente, ovvero aver fatto parte di organi di indirizzo o avere ricoperto cariche elettive "*presso le medesime amministrazioni*", vale a dire quelle definite dall'art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001). Oltre alla fattispecie di cui all'art. 1 comma 50 della lett. b) della legge n. 190/2012, il legislatore indica,

[1] La Costituzione italiana accoglie il principio dell'imparzialità con il secondo comma dell'art. 97 dove stabilisce che "*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*". Il legislatore con la legge n. 190/2012 ha inteso intervenire sul principio di imparzialità riconducendolo non più, soltanto, a mero carattere dell'atto amministrativo, né riferendolo genericamente all'intera amministrazione, ma ancorandolo, specificamente, agli incarichi amministrativi (ai titolari degli incarichi e agli organi delle amministrazioni pubbliche). Sulla problematica della imparzialità dei funzionari, si rimanda a F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, 2009, B. PONTI, Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa, Rimini, 2012; C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 3, 1 marzo 2019, pagg. 998 ss; V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 3, 1 settembre 2018; F. CINGARI, *I delitti di corruzione e gli impervi itinerari del processo*, in AA. VV. Il reato lungo gli impervi sentieri del processo, a cura di G.A. DE FRANCESCO e E. MARZADURI, Torino, 2016.

[2] Sotto quest'ultimo aspetto la legge ha previsto l'adozione di un nuovo codice nazionale di comportamento per i dipendenti pubblici (d.p.r. n. 62/2013), cui si aggiungono i codici etici e di comportamento che ogni amministrazione è tenuta ad adottare. Ai codici richiamati è, altresì, conferito valore giuridico, essendo essi fonte di responsabilità disciplinare.

espressamente, una fattispecie di inconferibilità riferita a coloro che presso le medesime amministrazioni abbiano svolto incarichi di indirizzo politico ovvero abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive nel periodo, comunque non inferiore ad un anno, immediatamente precedente al conferimento dell'incarico. Il decreto legislativo scaturito da siffatta legge delega ne rimanda l'articolazione in essa prevista, pur presentando in più punti elementi di discontinuità rispetto alla legge delega.

2. Struttura e contenuti fondamentali del d. lgs. n. 39/2013.

Il decreto legislativo si articola in 8 capi e la struttura riflette l'articolazione della legge delega. Tre Capi (il II "*Inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione*", il III "*Inconferibilità di incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni*" e il IV "*Inconferibilità di incarichi a componenti di organi di indirizzo politico*") sono dedicati alle tre categorie di cause di inconferibilità degli incarichi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 50 dell'art. 1 della legge delega n. 190/2012, mentre i Capi V "*Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale*" e VI "*Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico*" sono dedicati alle due cause di incompatibilità di cui alle lettere e) ed f) dello stesso comma 50. L'art. 1 "Definizioni" ha lo scopo di chiarire la portata dei diversi istituti disciplinati dalla legge, molto utile in una materia complessa, incompleta e discontinua, con significati diversi e modificati nel tempo. Ai fini di quanto qui interessa, ci si sofferma particolarmente sulla distinzione tra incarichi dirigenziali interni ed esterni, laddove, secondo una chiara indicazione della legge delega, ai primi non si applicano i limiti alla conferibilità nel caso di precedente appartenenza ad un organo di indirizzo politico (art. 1 comma 50 lett. c) legge delega). Nella definizione adottata, sono "esterni" gli incarichi conferiti a soggetti non appartenenti ai ruoli di una qualsivoglia amministrazione e non solo ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico. Pertanto, sono da considerarsi esterni solo i soggetti che provengono dal settore privato. L'art. 2 "Ambito di applicazioni" al comma 2, ricomprende nella disciplina degli incarichi conferiti alcuni tipi particolari, negli enti locali, quali il conferimento di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale e il conferimento di tali incarichi a soggetti con contratto a tempo determinato ex art. 110 comma 2 del d. lgs. n. 267/2000. Il Capo II "*Inconferibilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione*" si compone del solo art. 3, il quale rappresenta una delle principali novità della legge, prevedendo il principio di inconferibilità degli incarichi anche in caso di condanna non definitiva. Il primo comma statuisce che, coloro che siano stati condannati, anche con sentenza

non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, *i.e.* "*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*" articoli da 314 a 335 bis, come modificato dalla legge n. 190/2012, non possano assumere: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale; d) gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale[3]. Il secondo comma, in modo significativo, si occupa dei reati più gravi contro la pubblica amministrazione di cui all'art. 3 comma 1 della legge 27 marzo 2001, n. 97, a cui si aggiunge il reato di cui all'art. 319 *quater* codice penale aggiunto dalla L. n. 190/2012, prevedendo in queste fattispecie l'inconferibilità permanente all'assunzione di incarichi, nei casi in cui sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, ovvero sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare o la cessazione del rapporto di lavoro autonomo. Per entrambe le categorie di reati di cui al primo e al secondo comma si deve tenere distinto il caso in cui sia intervenuta una sentenza definitiva che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. In questo caso la durata dell'inconferibilità è pari a quella della interdizione, permanente o temporanea. Nel caso non sia intervenuta una sentenza definitiva di condanna si applica un diverso regime: per i reati più gravi è disposta, dalla legge n. 97 del 2001, una sospensione automatica dal servizio della durata di cinque anni; in questo caso il periodo di inconferibilità coincide con il periodo di sospensione. Per i reati meno gravi, per i quali non è prevista la sospensione automatica dal servizio, viene rapportata alla pena inflitta con la sentenza non definitiva: il doppio della durata della pena, entro il limite massimo di cinque anni. Il comma 4 disciplina i casi in cui, per il dirigente di ruolo, durante il periodo di sospensione e per il periodo di inconferibilità, possono essere allo stesso attribuiti incarichi diversi da quelli che comportino l'esercizio delle competenze di amministrazione e gestione (per i dirigenti degli enti locali, disciplinate prevalentemente all'art. 107 del d. lgs. n. 267/00). In ogni caso la legge esclude la possibilità di conferire incarichi relativi ad uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o alla erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzione di vantaggi economici a soggetti sia pubblici che privati, così come di incarichi che comportano esercizi di vigilanza o di controllo.

[3] F. MANGANARO, *La corruzione in Italia,* Foro Amministrativo (Il), fasc. 6, 2014, pag. 1861; S. SEMINARA, *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita,* in Dir. Pen.e proc., 2013, n. 8 suppl., pag. 15.

Qualora l'amministrazione non sia in grado di conferire incarichi di questo tipo il dirigente è posto a disposizione per un periodo pari alla durata della sospensione. La situazione di inconferibilità viene meno allorché sia pronunciata, per il medesimo reato, sentenza anche non definitiva di proscioglimento (comma 5). La sentenza, tuttavia, di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento) è equiparata alla sentenza di condanna (comma 7). Il comma 6 norma il caso in cui l'incarico sia conferito ad un soggetto esterno all'ente, per il quale non sia possibile sospendere disciplinarmente l'incarico per l'inesistenza di un sottostante rapporto di lavoro di natura subordinata. In questo caso è prevista la sospensione dell'incarico e del relativo contratto per l'intera durata dell'inconferibilità. Al termine di questo periodo l'amministrazione ha facoltà di valutare la persistenza dell'interesse all'esecuzione dell'incarico, avuto anche riguardo al tempo trascorso. L'art. 4 disciplina le cause di inconferibilità degli incarichi per soggetti provenienti dal settore privato, ossia che abbiano ricoperto incarichi o cariche (nel senso chiarito dall'art. 1 comma 2 lett. e), in enti di diritto privato regolati ovvero finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico. In questi casi, affinché scatti l'inconferibilità il soggetto deve provenire da un ente privato che abbia, o abbia avuto, un rapporto qualificato con l'amministrazione. L'inconferibilità che ne discende è quindi di natura generale, attinente, cioè, tutti gli incarichi dell'amministrazione, perché questi sono in grado di condizionare l'intera amministrazione, anche quando svolti da specifici uffici. La disposizione chiarisce che l'inconferibilità (e l'incompatibilità) riguarda anche il soggetto privato nello svolgimento della sua attività professionale, laddove essa sia regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. L'art. 5 applica lo stesso criterio di inconferibilità alla direzione delle Aziende sanitarie locali. In questo caso il rapporto qualificato deve sussistere tra l'Ente privato e il servizio sanitario regionale[4]. Il capo IV del decreto "*Inconferibilità di incarichi a componenti di*

[4] Al riguardo si osserva come il tema dell'applicabilità del d. lgs. n. 39/2013 è stato al centro di una sofferta giurisprudenza della stessa ANAC. Con prima delibera CIVIT/ANAC n. 58/2013 si è ritenuto di estendere i precetti di cui al d. lgs. n. 39/2013 al settore sanitario facendo rientrare nel campo di applicazione della nuova disciplina i dirigenti di distretto, i direttori di dipartimento e di presidio e, in generale, i direttori di strutture complesse. La disciplina si riteneva non applicabile, invece, ai dirigenti di struttura semplice non inseriti in struttura complessa tranne il caso in cui, tenuto conto delle norme regolamentari e degli atti aziendali, al dirigente di struttura semplice sia riconosciuta, anche se in misura minore, autonomia gestionale e amministrativa. Successivamente l'ANAC ha adottato la delibera n. 149/2014, interamente sostitutiva della delibera n. 58/2013. Con tale provvedimento l'Autorità ha ritenuto applicabile il d. lgs. n. 39/2013 a tutte le strutture del servizio sanitario che erogano attività assistenziali volte a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo (ex art. 32 Costituzione), ribadendo che nell'espressione "Aziende Sanitarie Locali", si intendono ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione e alla erogazione di servizi sanitari, incluse anche le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Ma per quanto è di interesse ai fini della presente trattazione, l'ANAC ha stabilito che le ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità presso le ASL, devono intendersi applicate solo con riferimento agli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario, attesa la disciplina speciale dettata dal legislatore

organi di indirizzo politico", è costituito dagli articoli 6, 7 ed 8. L'art. 6 tratta delle inconferibilità di incarichi derivanti dall'aver ricoperto cariche di componente di organi di indirizzo politico. La disciplina riguarda, principalmente, le cariche di governo, rimandando, al comma 1, alla ricognizione di cui alla legge n. 215 del 2004 ed estendendo a tali cariche i divieti di cui alla legge. La vigilanza e il controllo è esercitato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi della medesima legge. Sempre con il fine di graduare il regime delle inconferibilità, l'art. 7, comma 1 si occupa di coloro che abbiano ricoperto, nei due anni antecedenti l'incarico, la carica di componente di organo politico di amministrazione regionale o locale. L'introduzione di un periodo di inconferibilità è finalizzata ad introdurre una limitazione della pratica delle c.d. "porte girevoli", ossia della possibilità di transito da cariche politiche a cariche di vertice dell'amministrazione imponendo che nei passaggi dalle prime alle seconde debba necessariamente intercorrere un periodo di raffreddamento[5]. Il primo comma si occupa delle inconferibilità di livello regionale. Il primo capoverso distingue tra coloro che abbiano fatto parte della giunta o del consiglio regionale nei due anni precedenti all'incarico e coloro che abbiano fatto parte, nell'anno precedente all'incarico di giunte e consigli di enti locali della stessa regione (provincia, comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, ovvero forme associative tra comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti) ovvero siano stati presidenti o amministratori delegati di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, ovvero da parte di uno degli enti locali di cui al comma 1. Per questi soggetti la norma prevede l'inconferibilità di incarichi amministrativi di vertice della regione, di incarichi dirigenziali nell'amministrazione regionale, di amministratore di ente pubblico di livello regionale e di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale. La *ratio* della norma è quella di far prevalere il criterio della vicinanza tra carica pubblica ed incarico da conferire. Nei casi di distanza breve (organi politici della regione) il periodo di "raffreddamento" è di due anni. Laddove la distanza, invece, è maggiore (organi politici degli enti locali) il periodo è di un anno. Il secondo comma si occupa delle inconferibilità a livello locale. Anche qui, come nel caso precedente, il legislatore distingue in rapporto alla distanza tra organo politico ed incarico da conferire. Per gli incarichi nelle stesse amministrazioni locali o in enti da queste controllati, il periodo di inconferibilità è di

delegante all'art. 1, co. 49 e 50 della L. n. 190/2012, e dagli artt. 5, 8, 10 e 14 del d. lgs. n. 39/2013 (in modo conforme, Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 5583/2014).

[5] Il decreto disciplina in modo innovativo la materia, atteso che la legislazione preesistente frammentaria e blanda, risale alla legge n. 60/1953, c.d. Legge Sturzo, e alla legge n. 215/2004, c.d. Legge Frattini. Per un approfondimento in materia, S. PASSIGLI, *Democrazia e conflitto di interessi. Il caso italiano, Firenze, 2001;* F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; G. SIRIANNI, *Etica della politica, rappresentanza, interessi,* Napoli, 2008, pagg. 94 ss; L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009.

due anni; mentre per gli incarichi in altre amministrazioni locali (o in enti da queste controllati) il periodo di inconferibilità è di solo un anno. Il comma finale dell'art. 7 delimita l'inconferibilità ai soli incarichi esterni. L'art. 8 si occupa del regime delle inconferibilità degli incarichi di direzione anche in ambito sanitario. In verità, sin da subito, si è posto un problema applicativo, atteso che la norma fa riferimento solo alle Aziende Sanitarie Locali (ASL)[6]. Questi incarichi risultavano già disciplinati, quanto all'inconferibilità e all'incompatibilità, dall'art. 3, comma 9 del d. lgs. n. 502 del 1992[7]. Il disposto normativo, in conformità alla legge delega che prescrive di riconsiderare gli incarichi in questione e riallinearli alla disciplina generale, prevede al comma 1 l'inconferibilità, per cinque anni, per coloro che siano stati candidati (anche non eletti) "in elezioni europee, nazionali, regionali e locali e in collegi elettorali che comprendano il territorio della ASL". I commi 2, 3, 4 e 5 sono relativi ad ipotesi di inconferibilità attinenti alle cariche politiche assunte antecedentemente all'incarico nelle ASL a livello nazionale, regionale e comunale. A livello nazionale si distingue tra cariche di governo e cariche parlamentari. Nel primo caso l'inconferibilità è di due anni, riferita agli organi di indirizzo politico dei ministeri, degli enti pubblici e degli enti pubblici di diritto privato in controllo pubblico che svolgano funzioni rilevanti di regolazione e finanziamento del servizio sanitario nazionale. Per le cariche parlamentari, invece, l'inconferibilità è generale, ma ha una durata pari ad un anno. A livello regionale l'inconferibilità per coloro che abbiano fatto parte della giunta o del consiglio regionale o che siano stati amministratori di enti che svolgano funzioni di regolazione del servizio sanitario regionale è di tre anni a causa del rapporto ravvicinato tra organi di indirizzo e incarichi nelle ASL. A livello locale l'inconferibilità, relativa a coloro che siano stati amministratori nelle province e nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, ovvero di una forma associativa

[6] L'ANAC è intervenuta con delibera n. 149 del 22 dicembre 2014, per risolvere la questione applicativa, chiarendo che nella nozione di ASL vanno ricomprese tutte le strutture preposte all'organizzazione ed erogazione dei servizi sanitari, incluse le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, le quali prestano attività assistenziale volta a garantire la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo.

[7] *"Il direttore generale non è eleggibile a membro dei consigli comunali, dei consigli provinciali, dei consigli e assemblee delle regioni e del Parlamento, salvo che le funzioni esercitate non siano cessate almeno centottanta giorni prima della data di scadenza dei periodi di durata dei predetti organi. In caso di scioglimento anticipato dei medesimi, le cause di ineleggibilità non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate entro i sette giorni successivi alla data del provvedimento di scioglimento. In ogni caso il direttore generale non è eleggibile nei collegi elettorali nei quali sia ricompreso, in tutto o in parte, il territorio dell'unità sanitaria locale presso la quale abbia esercitato le sue funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Il direttore generale, che sia stato candidato e non sia stato eletto, non può esercitare per un periodo di cinque anni le sue funzioni in unità sanitarie locali comprese, in tutto o in parte, nel collegio elettorale nel cui ambito si sono svolte le elezioni. La carica di direttore generale è incompatibile con quella di membro del consiglio e delle assemblee delle regioni e delle province autonome, di consigliere provinciale, di sindaco, di assessore comunale, di presidente o di assessore di comunità montana, di membro del Parlamento, nonché con l'esistenza di rapporti anche in regime convenzionale, con le unità sanitarie locali o di rapporti economici o di consulenza con strutture che svolgono attività concorrenziali con le stesse. La predetta normativa si applica anche ai direttori amministrativi e ai direttori sanitari".*

tra comuni avente identica grandezza è di due anni. Il capo V, composto di due articoli, è rubricato "*Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni nonché lo svolgimento di attività professionale*". L'art. 9 tratta il regime delle incompatibilità tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati nonché tra gli stessi incarichi e le attività professionali. Il primo comma tratta le incompatibilità con incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalle amministrazioni o enti nei quali si svolge lo stesso incarico. L'incompatibilità attiene gli incarichi amministrativi di vertice nelle pubbliche amministrazioni e gli incarichi dirigenziali nelle stesse, laddove comportino poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dagli enti di diritto privato, regolati dall'amministrazione che conferisce l'incarico. In questi casi tali cariche sono incompatibili con l'assunzione e il mantenimento, nel corso dell'incarico, di incarichi e cariche negli enti privati anzidetti, dall'amministrazione o ente pubblico che conferisce l'incarico. Il comma 2 riguarda, invece, le incompatibilità con lo svolgimento di una attività professionale, se questa è regolata o finanziata ovvero retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. L'art. 10 prevede gli stessi criteri di cui all'art. 9 agli incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali. Mentre il primo comma fissa le incompatibilità connesse all'assunzione di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dal servizio sanitario regionale (lett. a) e con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di attività professionale, se questa è regolata o finanziata dal servizio sanitario regionale (lett. b), il secondo comma estende le cause di incompatibilità all'assunzione di interessi privati da parte dei congiunti più stretti del titolare dell'incarico[8]. Il capo VI intitolato

[8] L'art. 9 approvato e promulgato, attualmente vigente, registra una modifica del testo rispetto a quello in discussione finale, prevedendo, originariamente un terzo comma, poi scomparso. Il primo comma del testo originario era dedicato alle incompatibilità tra incarichi nel settore pubblico allargato (amministrazioni, enti pubblici, enti privati in controllo pubblico) ed incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati dagli enti o dalle amministrazioni nei quali si svolge l'incarico. Nel testo finale, invece, non sono richiamati gli enti pubblici, prevedendo l'incompatibilità solo tra incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati e finanziati e incarichi nelle pubbliche amministrazioni. Gli enti pubblici non direttamente richiamati, sono fatti rientrare in via interpretativa nella nozione di amministrazioni pubbliche ex art. 1 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001. Non risultano richiamati gli enti di diritto privato in controllo pubblico e questo rende ardua l'interpretazione e l'applicazione della stessa, atteso che sono numerosi i casi di enti privati in controllo pubblico che svolgono vere e proprie funzioni regolative di servizi pubblici nei quali possono dare luogo a rapporti qualificati con enti privati. Il secondo comma dell'art. 9, che nel testo originario si differenziava dal primo solo perché riguardava le incompatibilità degli incarichi amministrativi in tutti i soggetti del settore pubblico allargato con lo svolgimento di una attività professionale laddove questa sia regolata o finanziata dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico. Nel testo finale la disciplina di cui al comma 2 appare disallineata rispetto al comma precedente. Il nuovo comma 1, infatti, non riferisce più l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo a tutti i soggetti pubblici, infatti esclude da essi gli enti privati in controllo pubblico. Se ne ricava, pertanto, una disciplina contradditoria, in quanto un amministratore di ente privato regolato non è incompatibile con un incarico in un ente privato in controllo pubblico, invece il professionista che svolga la propria attività è incompatibile con detto incarico. (Sull'argomento F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei*

"*Incompatibilità tra incarichi nelle pubbliche amministrazioni e negli enti privati in controllo pubblico e cariche di componenti di organi di indirizzo politico*" è composto dagli articoli da 11 a 16. Le incompatibilità con le cariche politiche descritte negli artt. 11 e 12 relativamente alla titolarità di cariche in seno all'amministrazione (*i.e.* agli "incarichi amministrativi di vertice" e agli "incarichi dirigenziali"), non presentano alcuna correlazione con il rapporto di pubblico impiego, che nel caso della dirigenza esterna può anche mancare. Le incompatibilità ivi prescritte sono funzionali in quanto correlate non al rapporto di servizio, ma di ufficio. L'art. 11 disciplina le incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali. La disciplina è suddivisa in funzione dei diversi livelli di governo: nazionale (comma 1), regionale (comma 2), locale (comma 3) ed è così delineata: nei casi di inconferibilità è ribadita l'evidente conseguenza dell'incompatibilità. Si aggiunga, inoltre, che le incompatibilità per le cariche di governo e di parlamentare risultano già stabilite dalla legge n. 60 del 1953. L'art. 12 si occupa delle incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni ed esterni e le cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali. Anche qui si segue il criterio di base della coincidenza tra inconferibilità e incompatibilità. Gli incarichi dirigenziali, siano essi interni che esterni, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con l'assunzione ed il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di componente dell'organo di indirizzo nella stessa amministrazione o nello stesso ente pubblico che ha conferito l'incarico, ovvero con l'assunzione ed il mantenimento, nel corso dell'incarico, della carica di presidente e amministratore delegato nello stesso ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico (comma 1). Gli incarichi dirigenziali, interni ed esterni, sono incompatibili con l'assunzione, nel corso dell'incarico, della carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e commissario straordinario del Governo (comma 2). Gli incarichi dirigenziali interni ed esterni sono incompatibili con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata; con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della stessa regione; con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione (comma 3). Il quarto comma riferisce, per

funzionari pubblici, Giornale di diritto amministrativo 8-9/2013, pag. 812; M. DE ROSA, *La prevenzione della corruzione nel sistema di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, in Nunziata M. (a cura di), Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi, Roma, 2017, pag. 123; R. CANTONE - A. CORRADO, *La difficile applicazione della disciplina in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria, a cura di I. A. Nicotra, Torino 2016, pagg- 123 ss).

ultimo, l'incompatibilità a livello locale prevedendo che gli incarichi dirigenziali interni ed esterni di livello provinciale o comunale sono incompatibili con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione, ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni con medesima popolazione, ricompresi nella stessa regione dell'amministrazione locale che ha conferito l'incarico, ovvero con la carica di componente di organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della stessa regione (comma 4). L'art. 13 disciplina le incompatibilità tra incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni statali, regionali e locali. Anche in questo caso si applica il criterio della coincidenza, tuttavia, le incompatibilità previste, risultano innovative e mirano ad interrompere un sistema di larga sovrapposizione tra incarichi politici e incarichi negli enti di diritto privato in controllo pubblico, dove la privatizzazione dell'ente è utilizzata per nascondere il collegamento funzionale tra le amministrazioni pubbliche, i loro organi di indirizzo politico e gli amministratori degli enti privati in controllo pubblico. Per il resto l'articolo ricalca nella sua disciplina quanto previsto dai precedenti, sull'incompatibilità degli incarichi di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale, regionale e locale con la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, o Ministro, o Vice Ministro, o sottosegretario di Stato e di Commissario Straordinario di Governo o parlamentare (comma 1). Il comma 2 prevede analoga situazione di incompatibilità tra incarichi di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata; ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione; ovvero con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti ovvero di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della medesima regione. Gli incarichi di presidente e amministratore delegato di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello locale sono incompatibili con l'assunzione, nel corso dell'incarico, della carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione (comma 3). L'art. 14 si occupa delle incompatibilità tra incarichi di direzione nelle Aziende sanitarie locali e cariche di componenti degli organi di indirizzo politico

nelle amministrazioni statali, regionali e locali. L'articolo in questione riscrive, in coerenza con l'impostazione generale del decreto, il regime delle incompatibilità degli incarichi di direzione delle ASL, consentendo in tal modo di abrogare per intero la disciplina contenuta nel d. lgs. n. 502 del 1992 all'art. 3 comma 9. L'articolo applica fedelmente il principio della coincidenza tra inconferibilità ed incompatibilità, disponendo, come per i precedenti articoli, una serie di incompatibilità in rapporto ai diversi livelli di governo: nazionale (comma 1), regionale (comma 2) e locale (comma 3). Il comma 1 prevede la incompatibilità tra gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali, con la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato, commissario straordinario del Governo, di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico nazionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario nazionale o di parlamentare. Il comma 2 prevede analoga incompatibilità delle cariche di cui al comma precedente nelle aziende sanitarie locali di una regione, con la carica di componente della giunta o del consiglio della regione interessata, ovvero con la carica di amministratore di ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico regionale che svolga funzioni di controllo, vigilanza o finanziamento del servizio sanitario regionale (comma 2 lett. a); ovvero con la carica di componente della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione (comma 2 lett. b); ovvero con la carica di presidente e amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della stessa regione (comma 3 lett. c). Il Capo VI "*Vigilanza e sanzioni*" si compone di 5 articoli (dall'art. 15 all'art. 19). L'art. 15 individua in capo al responsabile del piano anticorruzione, la vigilanza ed il rispetto (da inserire e prevedere anche nel piano anticorruzione dell'amministrazione pubblica o ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico) delle disposizioni in materia di conferibilità degli incarichi e delle norme sulle incompatibilità. A tal fine il responsabile anticorruzione è individuato quale figura in capo a cui spetta la contestazione all'interessato dell'esistenza o dell'insorgere di situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al decreto (comma 1). Al responsabile anticorruzione sono riconosciuti poteri di segnalazione, nei casi di violazione del decreto, all'Autorità Nazionale Anticorruzione, all'Autorità antitrust nello svolgimento dei poteri affidatigli dalla legge n. 215 del 2004 e alla Corte dei Conti, ciascuna per i profili di rispettiva competenza (comma 2). Il terzo comma ha lo scopo di rafforzare la posizione del responsabile anticorruzione, figura esposta a rischi, atteso che la sua nomina è decisa dall'organo di indirizzo politico e che coincide,

sovente, con la posizione di vertice o dirigenziale dell'amministrazione conferente l'incarico. Si prevede, pertanto, a tutela di detta posizione, che il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono affidate le funzioni di responsabile, deve essere motivato e comunicato all'Autorità Nazionale AntiCorruzione (d'ora in poi anche solo "Autorità" o "ANAC") che, nel termine di trenta giorni, potrà rinviare l'atto all'amministrazione con richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca possa essere stata motivata dalla volontà dell'amministrazione di sottrarsi al potere di vigilanza del responsabile[9].

[9] Tale misura è da considerarsi presidio di garanzia dell'autonomia ed indipendenza del ruolo del responsabile anticorruzione. Gli aspetti di competenza dell'Autorità sui procedimenti di revoca del responsabile anticorruzione derivano dal combinato disposto dell'art. 1 comma 82 della L. n. 190/2012, dall'art. 15 comma 3 del d. lgs. n. 39/2013 e dall'art. 1 comma 7 della L. n. 190/2012. Mentre al principio tale forma di tutela era stata prevista direttamente dalla legge n. 190/2012 unicamente al Segretario Comunale, con il d. lgs. n. 39/2013, essa è stata estesa anche alla revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile anticorruzione (art. 15 comma 3). Con successive modifiche alla legge n. 190/2012 apportate dal d. lgs. n. 97/2016 (art. 41 comma 1, lett. f) all'Autorità è stato, altresì, conferito il potere di intervenire con richiesta di riesame anche nel caso di presunte misure discriminatorie, comunque collegate, direttamente o indirettamente, allo svolgimento delle funzioni di responsabile anticorruzione. La disciplina normativa è poco chiara, ma, per quel che riguarda la revoca, è previsto, in capo all'Autorità un termine di trenta giorni entro il quale è possibile proporre la richiesta di riesame con contestuale sospensione dell'efficacia della revoca. La necessità di esplicitare meglio alcuni profili attinenti le proprie modalità di intervento hanno portato l'ANAC ad adottare il "*Regolamento sull'esercizio del potere dell'Autorità di richiedere il riesame dei provvedimenti di revoca o di misure discriminatorie adottati nei confronti del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) per attività svolte in materia di prevenzione della corruzione*" approvato con delibera n. 657/2018. Il Regolamento così approvato contiene indicazioni pratiche laddove le amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti tenuti all'adozione di misure di prevenzione della corruzione e alla nomina del responsabile anticorruzione, adottino provvedimenti di revoca del responsabile anticorruzione o misure discriminatorie nei suoi confronti. Occorre, in proposito, distinguere i provvedimenti di revoca del responsabile anticorruzione dalle misure discriminatorie, diverse dalla revoca, adottate nei confronti del responsabile, per motivi collegati, direttamente o indirettamente alle sue funzioni. La revoca sarà oggetto di riesame ai sensi della specifica disciplina di cui agli articoli 1 comma 82 della legge n. 190/2012 e art. 15, comma 3 del d. lgs. n. 39/2013. Le altre misure discriminatorie, invece, sono disciplinate dall'art. 1 comma 7 della legge n. 190/2012, ultimo periodo. L'intervento dell'ANAC si distingue in base alle diverse fattispecie (revoca o misure discriminatorie) e diverse sono pertanto le indicazioni che il Regolamento prevede. Nel caso di revoca del responsabile, quale misura ritorsiva e discriminatoria nei confronti dello stesso per l'attività da questi posta in essere, è onere delle amministrazioni e degli altri soggetti (anche privati, cui la disciplina si applica) comunicare tempestivamente all'Autorità l'adozione degli atti di revoca del RPCT. Atteso che il termine a disposizione dell'ANAC per le verifiche cui è tenuta è di soli trenta giorni dal momento del ricevimento dell'atto, la comunicazione della revoca deve essere completa di tutta la documentazione relativa e di ogni altro documento utile a meglio chiarire i motivi della revoca. E' necessario che unitamente ai documenti citati siano trasmessi eventuali atti ed osservazioni prodotti dal responsabile nell'ambito del procedimento medesimo. A seguito dell'istruttoria, qualora l'Autorità provi la possibile esistenza di una correlazione tra la revoca e le attività svolte dal responsabile anticorruzione, le amministrazioni e gli altri soggetti interessati provvedono al riesame del procedimento di revoca. Nel caso l'amministrazione intenda confermare la revoca del responsabile anticorruzione è tenuta a dare atto, nella motivazione del provvedimento, anche di quanto rilevato dall'Autorità in sede di riesame, al fine di assicurare una compiuta analisi dei rilievi posti dall'Autorità. La richiesta di riesame del provvedimento di revoca posta dall'Autorità, trasmessa agli organi di indirizzo dell'Amministrazione, nonché al responsabile anticorruzione, comporta il protrarsi dell'inefficacia del provvedimento di revoca fino alla data di approvazione del provvedimento conclusivo del procedimento di riesame da parte dell'Amministrazione che ha proceduto alla

L'art. 16, rubricato "Vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione" delinea il ruolo dell'Autorità nei compiti di vigilanza generale sull'osservanza delle disposizioni del decreto da parte delle amministrazioni, mediante l'esercizio dei poteri di ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento di incarichi (comma 1). Tale attività può attivarsi o d'ufficio o anche in base a segnalazione e concretizzarsi con un proprio provvedimento che sospenda la procedura di conferimento dell'incarico e segnalazione alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Ove l'Autorità ravvisi la possibile violazione delle regole sulla inconferibilità, ne sospende la procedura, sottoponendo all'Amministrazione conferente l'incarico osservazioni o rilievi sull'atto predisponendo. Qualora l'Amministrazione, ente pubblico o ente privato intenda procedere al conferimento dell'incarico dovrà motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità (comma 2)[10]. E' evidente che detta procedura avente effetto sospensivo e comunicazioni dei rilievi e delle osservazioni all'Autorità riguarda solo i procedimenti di conferimenti non ancora perfezionati. Nel caso di procedimenti

---

revoca. L'Amministrazione non potrà procedere alla nomina di un nuovo responsabile anticorruzione fino alla completa conclusione del procedimento di riesame del provvedimento di revoca. L'esito del procedimento di riesame è comunicato all'Autorità che ne prende atto e che può ribadire le proprie motivazioni. Per il procedimento di riesame, in caso di adozione di misure discriminatorie diverse dalla revoca, è bene rilevare che le norme della legge n. 190/2012 non chiariscono quali siano le "altre misure discriminatorie dirette e indirette" nei confronti del responsabile anticorruzione. A tal fine è utile fare riferimento a quanto previsto in altre normative, in particolar modo dalla legge n. 179 del 30 novembre 2017, "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*". L'art. 2 comma 2 *quater* prevede quali misure discriminatorie, tra le altre, i demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o altre misure organizzative volte a produrre effetti negativi, diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro. In questi casi la legge 190/2012, all'art. 1 comma 7, prevede in capo all'Autorità il potere di intervento consistente nella possibilità di "*chiedere informazioni all'organo di indirizzo ed intervenire nelle forme di cui al comma 3, articolo 15, decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39*" e, quindi, una richiesta di riesame concernente la misura discriminatoria adottata. Le segnalazioni sono esaminate dall'Autorità ai sensi di quanto previsto dall'art. 9 del "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione". A questo punto l'ANAC può instaurare un contraddittorio con le amministrazioni o con gli altri soggetti cui si applica la disciplina mediante l'esercizio dei poteri istruttori attribuiti dalla legge n. 190/2012 (art. 1 comma 2, lett. f). Se, a seguito dell'istruttoria, l'Autorità accerta la possibile fondatezza della misura discriminatoria adottata nei confronti del responsabile anticorruzione, può richiederne il riesame mediante delibera del Consiglio. Le amministrazioni e gli altri soggetti interessati sono tenuti a riesaminare il procedimento e a dare comunicazione dell'esito dello stesso all'Autorità. Anche in questo caso, qualora l'amministrazione decida di confermare il provvedimento deve, comunque, nella motivazione del riesame dare conto dei rilievi posti in essere dall'Autorità Nazionale AntiCorruzione. (Per un approfondimento in materia si rimanda alla Delibera n. 1074 del 21 novembre 2018, *Approvazione definitiva dell'Aggiornamento 2018 al Piano Nazionale Anticorruzione*, par. 6, pagg. 18-22, Autorità Nazionale Anticorruzione e *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione*, approvato nell'adunanza del 29 marzo 2017, Autorità Nazionale Anticorruzione).

[10] La procedura così descritta impone all'Autorità conferente l'incarico di motivare il proprio provvedimento di conferma tenendo conto delle osservazioni formulate dall'Autorità, esponendosi, in tal modo, a possibile censura in sede giurisdizionale ovvero in sede di visto di legittimità. (Sull'argomento S. NESPOR, *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'Amministrazione dello Stato: criteri e limiti, secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti, in Riv. Critica del dir. Del lav. Pubblico e privato,* disponibile in www.datalexis.it; M. MARTONE, *Rapporto di Lavoro e Corruzione,* in Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (Il), fasc. 5-6, 1 dicembre 2016, pag. 575.)

conclusi, invece, permane la segnalazione alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'Autorità (terzo comma) è chiamata ad esprimere pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali che riguardano l'interpretazione delle disposizioni del decreto e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità[11]. L'art. 17 stabilisce la nullità degli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni del decreto e la conseguente nullità dei contratti, siano essi di lavoro subordinato o autonomo che li accompagnano. Trattasi dell'estensione agli incarichi in oggetto di una conseguenza automatica della violazione, che rafforza l'efficacia dei divieti e rende più chiare le conseguenze giuridiche dell'accertamento della violazione. Si deve intendere che la nullità consegue solo alla violazione delle regole sulla inconferibilità così come sancite nei Capi II, III e IV del Decreto, le uniche che possono essere violate nell'atto di conferimento e non dalla violazione delle regole sulla incompatibilità che presuppone la validità dell'atto di incarico con un diverso ordine di conseguenze. L'art. 18 rubricato "Sanzioni", chiarisce che i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi in violazione delle disposizioni del decreto sono responsabili, in primo luogo, sul piano delle conseguenze economiche degli atti adottati, salva l'ipotesi in cui, al momento dell'adozione dell'atto, siano stati assenti, ovvero siano stati dissenzienti ovvero si siano astenuti (comma 1). Come conseguenza secondaria ne deriva, altresì, per i componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli la sospensione del potere di conferire incarichi per un periodo di tre mesi. Nel periodo in cui i componenti dell'organo devono astenersi dal conferire incarichi, si provvede mediante l'istituto del potere sostitutivo, esercitato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, per i Ministeri e dall'amministrazione vigilante, per gli enti pubblici (comma 2). Per quanto riguarda gli enti territoriali, la

[11] La disciplina di cui al comma 3 è stata modificata dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 che ha disposto, con l'art. 54 *ter* comma 1, lett. b la modifica dell'art. 16, comma 3. L'originario comma 3, invece, prevedeva: *"L'Autorità nazionale anticorruzione esprime pareri, su richiesta delle amministrazioni e degli enti interessati, sulla interpretazione delle disposizioni del presente decreto e sulla loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi"*. In sede di conversione del D.L. si è ritenuto modificare l'art. 16 comma 3 del decreto, con una disposizione che incide sia sulla fase di input, in quanto restringe al solo ambito ministeriale il potere di rivolgersi all'Autorità per sollecitare pareri interpretativi su propri atti, sia nella fase di output, prevedendo che i pareri siano resi ai ministri che a loro volta potranno tenerne conto nella emanazione di direttive interpretative. In tal modo il legislatore ha voluto sollevare l'Autorità dal ruolo interpretativo che viene spostato all'organo politico previa consultazione dell'organo tecnico. La modifica si è resa necessaria atteso che dati i diversi aspetti problematici contenenti il decreto legislativo n. 39/2013, l'allora CIVIT si era trovata, in breve tempo dall'entrata in vigore del decreto sommersa dalla richiesta di pareri (circa 100) prevalentemente da parte degli enti locali, tanto da indurre la CIVIT con successivo comunicato, ad interrompere le decisioni sulle richieste di pareri pervenute ai sensi dell'art. 16 comma 3 nelle more dell'approvazione della legge di conversione del decreto n. 69/2013 (vedasi D.L. 21 giugno 2013, n. 69 "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia" convertito, in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 9 agosto 2013, n. 98, Schede di lettura, n. 36/4 Tomo II, 11 ottobre 2013, pagg. 419-421).

norma precisa, al comma 3, che le regioni, le province e i comuni provvedono entro tre mesi dal 4 maggio 2013, ossia dall'entrata in vigore del decreto, ad adeguare i propri ordinamenti determinando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari. Decorso inutilmente tale periodo, comma 4, lo Stato esercita i suoi poteri sostitutivi, attraverso la procedura di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131 (c.d. Legge La Loggia)[12]. Tra le sanzioni è prevista la pubblicazione dell'atto di accertamento della violazione di cui al d. lgs. n. 39/2013 sul sito dell'amministrazione o ente che conferisce l'incarico (comma 4). L'art. 19 "Decadenza in caso di incompatibilità" è volto a dare una disciplina generale e comune alle conseguenze dell'accertamento di cause di incompatibilità. La norma prevede che l'accertamento di una situazione di incompatibilità debba essere contestata all'interessato che ha 15 giorni di tempo per scegliere tra il mantenimento dell'incarico (facendo cessare la situazione di incompatibilità) o mantenere la situazione, incompatibile, del doppio incarico. Decorsi infruttuosamente 15 giorni (termine perentorio) dalla contestazione, senza che il soggetto abbia effettuato la propria scelta, è prevista la decadenza automatica dall'incarico, che a sua volta produce la risoluzione del contratto di lavoro (subordinato ovvero autonomo) che sia stato stipulato in connessione con l'incarico. Il Capo VIII del decreto, rubricato "*Norme finali e transitorie*" è costituito di quattro articoli, dall'art. 20 al 23. L'art. 20 "Dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità" stabilisce l'obbligo, per il titolare dell'incarico, di produrre dichiarazioni che vengono obbligatoriamente pubblicate sul sito dell'amministrazione o dell'ente che conferisce l'incarico. Per il primo comma, all'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenta una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità, di cui al presente decreto, pena l'inefficacia dell'incarico (comma 4). Le dichiarazioni che l'interessato deve produrre riguardano la non sussistenza sia di cause di inconferibilità che di incompatibilità. Questa seconda dichiarazione, a mente del secondo comma, deve essere prodotta ogni anno, perché le situazioni di incompatibilità possono insorgere, in capo allo stesso titolare o a un suo congiunto, anche nel corso dell'incarico. L'ultimo comma dell'art. 20 prevede, ferme restando ulteriori altre responsabilità[13], nonché il rispetto del diritto di difesa, che l'interessato che abbia prodotto dichiarazioni mendaci, incorra nella sanzione di inconferibilità

[12] La procedura prevede l'intervento del Presidente del Consiglio, che in una prima fase sollecita l'ente ad adottare quanto di sua competenza assegnando al medesimo un congruo termine, ed in caso infruttuoso decorso tale termine il Consiglio dei Ministri può percorrere due strade: sentire l'organo interessato e poi adottare il provvedimento ovvero nominare un commissario ad acta e questo è il percorso il più delle volte intrapreso.

[13] Trattasi di responsabilità in primo luogo di carattere penale, con riferimento all'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000. Inoltre "le falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera", sono suscettibili di determinare la sanzione disciplinare del licenziamento ai sensi e per l'effetto dell'art. 55 *quater* comma 1 lett. d) del d. lgs. n. 165/2001.

dagli incarichi dirigenziali di cui al decreto *de quo* per un periodo di tempo di 5 anni. L'art. 21 "Applicazione dell'articolo 53 comma 16 *ter*, del decreto legislativo n. 165 del 2001, affronta la tematica afferente l'ambito soggettivo di applicazione delle ipotesi di incompatibilità successiva con incarichi conferiti da parte di enti di diritto privato regolati o finanziati. Tale disposizione è stata introdotta dalla legge n. 190/2012 come comma 16 *ter* dell'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001 il quale stabilisce che "i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri". La disposizione è posta quale argine al problema del pantouflage o revolving doors, ma dal tenore testuale della stessa ne limita l'applicazione ai soli dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, escludendo tutti quei soggetti esterni che esercitino i medesimi poteri in base ad un contratto di lavoro subordinato o autonomo a tempo determinato[14]. L'art. 21 interviene su questo aspetto della norma, estendendo l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 53 comma 16 *ter* del d. lgs. n. 165/2001 a tutti i soggetti titolari degli incarichi di cui al decreto, compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione stabilisce un rapporto di lavoro subordinato ovvero autonomo[15]. L'art. 22 "Prevalenza su diverse disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità" disciplina il rapporto tra le disposizioni del decreto con altre disposizioni di legge in eventuale contrasto con le prime, conferendo a queste una peculiare capacità di prevalere, essendo le stesse da intendersi quale attuazione degli articoli 54 (dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore) e 97 (principio di imparzialità) della Costituzione[16]. L'ancoraggio di suddetta normativa alle norme costituzionali, vale a fissare una disciplina uniforme delle inconferibilità ed incompatibilità direttamente applicabile senza il bisogno di essere recepita o adeguata, in tutte le amministrazioni ed enti e a tutti i livelli di governo, salvo il caso in cui una legge statale o regionale disciplini il regime delle incompatibilità ed inconferibilità in modo più rigoroso, o prevedendo ulteriori cause ovvero prevedendo una maggior durata delle sanzioni ad esse correlate. Il comma 3

[14] Per gli incarichi dirigenziali con riferimento a quelli assegnati ex art. 110 del d. lgs. n. 267/2000 e art. 19, comma 6 del d. lgs. n. 165/2001.

[15] E, a ben vedere, sono proprio questi tipo di soggetti, incaricati di funzioni dirigenziali a risultare maggiormente esposti a rischi di condizionamento e conflitti di interesse meritevoli di regolamentazione. Si veda, in proposito, B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giornale di diritto amministrativo, 2013, 2, pagg. 185 ss.; ID., *La regolazione dell'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti dopo la legge n. 190/2012: evoluzione del sistema e problemi di applicazione agli enti territoriali*, in *Ist. Fed.*, 2003, pagg. 409 ss.

[16] A questi articoli espressamente citati dalla norma, appare utile aggiungere anche l'art. 98 della Cost. che recita "*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*".

stabilisce che le disposizioni di cui agli articoli 9 e 12 del presente decreto non si applicano agli incarichi presso le società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e agli incarichi presso le loro controllate. L'art. 23 "Abrogazioni" dispone l'abrogazione del comma 9 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 502/1992 contenente il regime delle inconferibilità ed incompatibilità con riferimento alla direzione delle ASL: tale regime è, ora, da ricondursi nelle disposizioni del decreto, in linea con la sua impostazione generale. Va infine evidenziato come il decreto commentato, non preveda una normativa di carattere transitorio. Con riferimento, pertanto, alle regole sulla non conferibilità degli incarichi, ciò ha comportato che esse sono applicabili agli incarichi da conferire successivamente all'entrata in vigore del decreto. Con riferimento, invece, alle regole sull'incompatibilità, esse sono immediatamente efficaci, anche riguardo agli incarichi già in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto, con l'applicazione della normativa prevista in materia di accertamento, contestazione e decadenza nel caso di incompatibilità sopravvenuta[17].

3. La Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 c.d. Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi incompatibili ed inconferibili.

Esaminata la normativa del d. lgs. n. 39/2013, al fine di superare i numerosi dubbi interpretativi e le criticità applicative della stessa, emersi nello svolgimento dell'attività di vigilanza sull'osservanza delle misure anticorruzione posta in essere dall'ANAC e preso atto dei numerosi quesiti alla stessa pervenuti da parte dei soggetti destinatari della normativa, l'Autorità ha ritenuto di intervenire per chiarire gli aspetti critici della materia e fornire alle amministrazioni indicazioni pratiche sul ruolo e sulle funzioni del responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (d'ora in poi anche solo RPCT) nel procedimento di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità e a chiarire i passaggi che connotano l'attività di verifica che il RPCT è chiamato a svolgere sulle dichiarazioni concernenti la sussistenza o insussistenza delle cause di inconferibilità o incompatibilità. L'Autorità, inoltre, nella elaborazione di suddette indicazioni, o meglio, Linee Guida, ha previsto

[17] Come affermato da ANAC, vedasi delibera Civit n. 46/2013, il d. lgs. n. 39/2013 non pone alcun problema di retroattività e, conseguentemente, di violazione dell'invocato principio *tempus regit actum*. Le norme del decreto, in particolare gli articoli da 4 ad 8, non incidono sulla validità del preesistente atto di conferimento degli incarichi. Per quanto riguarda, invece, il regime delle incompatibilità, sempre la delibera n. 46/2013 prevede che: "Gli incarichi e le cariche presi in esame dalla nuova disciplina (*omissis*) comportano l'espletamento di funzioni e poteri che si protraggono nel tempo (*omissis*)". Trattandosi di un rapporto di durata il fatto che l'origine dell'incarico si situa in un momento anteriore non può giustificare il perdurare nel tempo di una situazione di contrasto con la norma, seppur sopravvenuta. Deve concludersi, pertanto, nel senso che la nuova disciplina è di immediata applicazione.

di fornire adeguate istruzioni concernenti l'attività di vigilanza e i poteri di accertamento dell'ANAC. Le Linee Guida si occupano anche dell'ipotesi in cui sussista un conflitto tra ANAC e RPCT e definiscono i termini di risoluzione del conflitto medesimo. Con deliberazione n. 833 del 3 agosto 2016, sono state adottate dall'Autorità le "*Linee Guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili ed incompatibili*". Delineato il quadro normativo, l'Autorità approfondisce nelle Linee Guida, alcuni aspetti che la legge non tratta specificamente in modo chiaro dando luogo a dubbi applicativi. Essenzialmente la delibera si suddivide in tre parti che si vanno ad esaminare.

3.1. Ruolo e funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità.

La prima parte attiene al ruolo e alle funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione nel procedimento di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità. La vigilanza è assegnata al RPCT e all'Autorità nazionale anticorruzione. E' corretto, pertanto, parlare di una duplice vigilanza: interna, in capo al RPCT ed esterna facente capo all'ANAC. L'art. 15 del d. lgs. n. 39/2013 individua nel RPCT colui al quale è assegnato il compito di contestare la situazione di incompatibilità ed inconferibilità, nonché di segnalare la violazione all'ANAC. Nel caso in cui, pertanto, il RPCT nell'esercizio delle sue funzioni venga a conoscenza di un conferimento di incarico in violazione di quanto disposto dal d. lgs. n. 39/2013 dovrà attivare un procedimento di accertamento e contestazione, con le garanzie costituzionali previste. Nel caso l'accertamento verti sulla inconferibilità dell'incarico, la contestazione della violazione sarà rivolta sia nei confronti dell'organo che ha conferito l'incarico che del soggetto a cui l'incarico è stato conferito. La contestazione è il primo atto dell'attività in capo al RPCT e include due distinte verifiche. La prima, di tipo oggettivo, afferente la violazione delle disposizioni sulle inconferibilità; la seconda, destinata, in caso di provata sussistenza della causa di inconferibilità, tesa a determinare l'elemento psicologico di colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico, per l'applicazione della eventuale sanzione interdittiva di cui all'art. 18 del decreto. Accertata la sussistenza della causa di inconferibilità dell'incarico, il RPCT dichiara la nullità della nomina per quindi procedere alla verifica dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa (anche lieve) da parte dei soggetti che componevano l'organo che ha proceduto all'affidamento dell'incarico (non si contano gli assenti e gli astenuti) ai fini dell'applicazione della sanzione di cui all'art. 18. Emerge, quindi, dal dettato normativo, tesi confermata sia dall'ANAC che dalla stessa giurisprudenza amministrativa, il ruolo centrale del RPCT, *dominus* del procedimento, nella fase

propulsiva, di accertamento della sussistenza della situazione di inconferibilità, della dichiarazione della nullità dell'incarico e della applicazione della sanzione nei confronti degli autori della nomina dichiarata nulla perché inconferibile[18]. Una delle

[18] Si ritiene utile richiamare al riguardo la sentenza del TAR Lazio n. 6593/2016. Nel caso di specie, veniva nominato con Decreto del Presidente della Giunta Regionale (previa deliberazione della Giunta Regionale) il Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Reggio Calabria. Con delibera del Consiglio ANAC, n. 66 del 2 settembre 2015, l'Autorità statuiva l'inconferibilità per tale incarico ai sensi dell'art. 17 del d. lgs. n. 39/2013 con i conseguenti obblighi ai sensi dell'art. 15 del medesimo decreto. Con la stessa delibera l'ANAC ha applicato anche, ai sensi dell'art. 18 comma 2 del decreto, la sanzione interdittiva all'Organo che ha proceduto alla nomina, ossia l'impossibilità, per tre mesi, di conferire incarichi di sua competenza. In adempimento a tale delibera, il RPCT ha provveduto a contestare al sig. S.G. l'inconferibilità per l'incarico di Commissario Straordinario dell'ASP di Reggio Calabria, ai sensi dell'art. 15 d. lgs. n. 39/2013 e di conseguenza la nullità del provvedimento di nomina DGR n. 83/2015 e successivo DPGR n. 35 del 27 marzo 2015. Successivamente, il RPCT ha chiesto all'ANAC chiarimenti in ordine all'applicazione della sanzione di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Con delibera n. 68 del 23 settembre 2015, l'ANAC, integrando la propria precedente delibera n. 66, ha fornito una serie di chiarimenti ed indicazioni anche sulle modalità attraverso cui il RPCT deve procedere ai fini dell'applicabilità della sanzione ex art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Avverso gli atti in epigrafe, il Presidente della Regione Calabria ha richiesto il riesame della delibera n. 66/2015 (istanza respinta), e il signor S.G. ha proposto ricorso al TAR sollevando diversi motivi. Il TAR ha deciso, con sentenza n. 6593/2016, nel modo seguente: in ordine alla asserita illegittimità delle delibere emanate dall'ANAC, per carenza di poteri dispositivi, ordinatori e sanzionatori, si rileva come le delibere suddette sono state adottate ai sensi dell'art. 1 comma 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui l'Autorità esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza e dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, secondo cui l'Autorità nazionale anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al citato decreto, in tema di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. Dall'insieme delle predette disposizioni si ricava che in materia di prevenzione della corruzione, inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi, codici di comportamento dei pubblici dipendenti e trasparenza, l'Autorità svolge un'attività consultiva in ordine ai problemi interpretativi ed applicativi posti dalla legge n. 190/2012 e dai relativi decreti di attuazione. I pareri, pertanto, che sono espressi dall'Autorità, aventi ad oggetto l'interpretazione del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, rientrano nella funzione di vigilanza alla medesima attribuita dal d. lgs. n. 39/2013 senza che da essi scaturiscano effetti immediatamente e direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari (in tal senso Cfr. ordinanza TAR Lazio - Roma, sez. III, 19 giugno 2015, n. 2607). Ne consegue, per i giudici del TAR, che la tesi del ricorrente, secondo cui l'Autorità non si sarebbe limitata a porre in essere un atto propedeutico e di impulso, ma avrebbe adottato una decisione di natura dispositiva nei confronti del responsabile della Prevenzione della Corruzione (RPCT) non può essere condivisa. L'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013, infatti, attribuisce la competenza in ordine all'attività sanzionatoria, esclusivamente al RPCT dell'ente interessato, il quale, qualora ritenga configurabile una violazione del d. lgs. n. 39/2013, accerta ai sensi dell'art. 15, che la nomina sia inconferibile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, dichiara la nullità e valuta se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18. Il RPCT procede quindi a contestare la ritenuta causa di inconferibilità al soggetto interessato, al quale è stato conferito l'incarico e ai componenti dell'organo conferente l'incarico. Il TAR Lazio, poi, nell'affermare l'assoluta centralità del ruolo del RPCT nel procedimento *de quo*, contestualmente afferma come, bene ha fatto l'Autorità con precedente delibera n. 67/2015 in cui ha precisato che "malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria, essa non possa essere irrogata pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 e ai principi della convenzione

difficoltà applicative della norma in questione sorge dal fatto che il soggetto chiamato ad irrogare le sanzioni di cui all'art. 18, trattandosi di norma di un dirigente dell'Ente (negli enti locali tale figura è da individuare nel Segretario Comunale) non sempre goda di effettiva autonomia nei confronti dell'organo di indirizzo dell'ente stesso che ha provveduto a nominarlo[19]. Il procedimento avviato nei confronti del suddetto soggetto cui è conferito l'incarico dovrà svolgersi nel rispetto del principio del contradditorio, affinché sia garantita la partecipazione dello stesso. L'atto di contestazione dovrà essere comunicato anche ai soggetti che hanno conferito l'incarico e conterrà una breve indicazione del fatto, della nomina ritenuta inconferibile e della norma che si assume violata. All'interessato deve essere garantita la libertà di poter svolgere le proprie difese e, pertanto, gli si dovrà assicurare un congruo termine (almeno 5 giorni) per presentare memorie a propria discolpa. L'art. 17 del decreto, come visto, prevede la nullità degli atti di conferimento degli incarichi in violazione del d. lgs. n. 39/2013. Realizzatasi, quindi, la nullità dell'incarico per l'effetto della condizione normativamente prevista, rimane da adottare l'atto dichiarativo della stessa e, nel silenzio della legge, può pacificamente affermarsi che esso spetti al RPCT[20]. Questo significa che l'intervento ripristinatorio degli interessi pubblici violati ha natura vincolata in quanto connesso al mero riscontro della inconferibilità dell'incarico e alla urgenza del pregiudizio arrecato ai superiori interessi pubblici. Una volta dichiarata la nullità dell'incarico inconferibile, il RPCT procede alla seconda fase (*rectius* il secondo procedimento) di accertamento dell'elemento soggettivo della colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico, che deve seguire, in quanto applicabili, le garanzie costituzionali di cui all'art. 111, tra le quali il diritto al contradditorio, interessando tutti i componenti dell'organo conferente l'incarico presenti al momento della

EDU ed in particolare all'art. 6 come più volte interpretato dalla Corte di Strasburgo, senza che sia apprezzato anche il profilo psicologico di c.d. colpevolezza da parte dell'autore. Tale profilo psicologico potrà essere costituito dal dolo o anche dalla colpa, ai sensi dell'art. 3 della L. n. 689/1981". Ne consegue che l'organo incaricato di adottare il provvedimento sanzionatorio, all'esito del relativo procedimento, è il RPCT, che ha il compito, ove ne ravvisi i presupposti, di dichiarare la nullità del conferimento e la sussistenza della responsabilità dell'organo che ha conferito l'incarico, al quale deve essere applicata la diversa sanzione interdittiva.

[19] Nella delibera n. 67/2015 ANAC, "Criteri e modalità di applicazione della sanzione di cui al comma 2 dell'art. 18 del d. lgs. n. 39 del 2013, a seguito di nomina di commissario straordinario dell'IPAB", all'Autorità non sfugge questo particolare e nel sollecitare il Parlamento ad un intervento urgente ed improcrastinabile di modifica legislativa volta a rendere efficiente ed efficace un sistema, quale quello destinato ad attuare concretamente i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della PA, si riserva, nell'espletamento del suo potere di vigilanza, di garantire al RPCT la massima autonomia ed indipendenza, affinché lo stesso non sia sottoposto ad atti diretti e/o indiretti di influenza e/o ritorsivi.

[20] La giurisprudenza amministrativa è concorde nell'affermare:

- che la contestazione della violazione delle norme in materia di inconferibilità è atto proprio del RPCT (vedasi TAR Lazio sezione III, sentenza n. 6593/2016, nota 18 alla quale si rimanda);
- che per l'effetto della nullità dell'incarico realizzatasi al verificarsi della condizione normativamente prevista, l'atto da adottare è dichiarativo della stessa (Consiglio di Stato sez. V, sentenza 14.01.2019 n. 299);

votazione (i dissenzienti, gli astenuti e gli assenti sono esenti da responsabilità ai sensi dell'art. 18 comma 1 del decreto). Mentre la vigente disciplina sulle inconferibilità sembra non richiedere la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o dalla colpa (basti vedere che l'art. 18 del decreto si limita a prevedere la sanzione inibitoria quasi come conseguenza automatica della dichiarazione della nullità dell'incarico), l'ANAC, con delibera n. 67/2015, fa precedere la sanzione anzidetta da una verifica scrupolosa dell'elemento psicologico[21]. La sanzione inibitoria che vieta all'organo conferente di affidare incarichi di propria competenza, per un periodo pari a tre mesi, è una sanzione personale di natura interdittiva, fissa e non graduabile, che non può essere irrogata a prescindere da una indagine sull'elemento psicologico del soggetto conferente l'incarico al quale deve essere comminata. Nel caso, invece, della sussistenza di una delle cause di incompatibilità, l'art. 19 prevede la decadenza dall'incarico, con risoluzione del relativo contratto di lavoro (di natura subordinata ovvero autonoma), una volta decorso il termine perentorio di 15 giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del RPCT, dell'insorgere della causa di incompatibilità. Da ciò discende, in capo al RPCT, l'obbligo di avviare il solo procedimento di accertamento di eventuali situazioni di incompatibilità. Accertate le quali il RPCT contesta all'interessato l'incompatibilità, assegnandogli 15 giorni, per l'eliminazione della stessa, trascorsi i quali, senza che l'interessato abbia posto in essere una esplicita scelta, è adottato un apposito atto volto a dichiarare la decadenza dall'incarico. In questo caso, a differenza del precedente, l'accertamento è di tipo unicamente oggettivo, atteso che è sufficiente accertare da parte del RPCT la sussistenza di una delle cause di incompatibilità.

3.2 Attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità.

La seconda parte delle Linee Guida riguarda l'attività di verifica del RPCT sulle dichiarazioni concernenti la insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità. Si tratta dell'attività conseguente all'obbligo in capo a colui al quale è stato conferito l'incarico di rilasciare, all'atto della nomina, una apposita dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità di cui al decreto. L'amministrazione conferente l'incarico è tenuta ad usare grande cautela e diligenza nella valutazione della dichiarazione suddetta. Tale dichiarazione rileva, nell'ambito delle attività di accertamento assegnata al RPCT, ai fini del procedimento sanzionatorio nei confronti dei componenti dell'organo

[21] Una sanzione comminata per il solo fatto del verificarsi del disposto normativo, che non tenga conto dell'elemento psicologico, sarebbe incostituzionale per contrasto con i principi di parità di trattamento e razionalità con altre sanzioni amministrative, nonché per violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative, *ex* art. 12 legge n. 689/81 del diritto di difesa, del principio di legalità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 24 e 97 Cost. e con l'art. 6 della Convenzione EDU.

conferente l'incarico, che hanno il dovere di accertare la sussistenza dei requisiti necessari alla nomina, ossia l'assenza di cause di inconferibilità e di incompatibilità in capo al soggetto che si intende nominare. Con riferimento, pertanto, all'accertamento dell'elemento psicologico, il RPCT dovrà accertare se l'organo che ha conferito l'incarico ha verificato, con la massima cautela, la dichiarazione prodotta dall'interessato, avvalendosi dell'attività posta in essere dagli uffici o con una richiesta di chiarimenti all'interessato[22]. Nel caso di dichiarazioni mendaci da parte dell'interessato, si avrà una responsabilità di natura penale in capo al suo autore, essendo questa dichiarazione resa ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000 e configurante falsità in atto pubblico[23]; secondariamente ne deriva, ai sensi dell'art. 20 comma 5 del d. lgs. n. 39/2013 "la inconferibilità di qualsivoglia incarico di cui al presente decreto per un periodo di cinque anni". Le Linee Guida, in particolare, soffermano l'attenzione su un passaggio che la legge non affronta, ossia quello attinente la condotta da richiedere all'autore della dichiarazione e l'ambito oggettivo della verifica richiesta all'organo conferente l'incarico. L'ANAC, quindi, ritiene utile di "indicare alle amministrazioni di accettare dai soggetti interessati solo dichiarazioni alle quali venga allegata l'elencazione di tutti gli incarichi ricoperti dal soggetto che si vuole nominare, nonché delle eventuali condanne da questo subite per i reati commessi contro la pubblica amministrazione". Una procedura del genere consente agevolmente, da parte dell'amministrazione conferente l'incarico, di eseguire le necessarie verifiche, partendo proprio dalla elencazione degli incarichi ricoperti. Ne discende, in egual misura, che anche il compito del RPCT sarà agevolato, potendo concludere per la responsabilità dell'organo conferente l'incarico ogni volta che lo stesso sia stato conferito, nonostante dall'elencazione allegata emergessero elementi che, se accertati, avrebbero evidenziato la sussistenza di una causa di inconferibilità o incompatibilità. Si evidenzia, inoltre, che il disposto normativo prevede, da parte del RPCT, l'accertamento dell'elemento psicologico dell'organo conferente l'incarico, non dell'interessato, il quale pur potrebbe, in buona fede, nell'elencazione prodotta inserire incarichi che rendono inconferibile il nuovo incarico. Ciò anche se esclude in modo evidente la malafede dell'autore della dichiarazione, non lo esime dalla sanzione dell'inconferibilità di qualsivoglia incarico, tra quelli previsti dal decreto, per il periodo di cinque anni. ANAC consiglia alle amministrazioni conferenti gli incarichi, fermo restando che le dichiarazioni sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità costituisce condizione di efficacia dell'incarico, di perfezionare il procedimento di conferimento dello stesso, solo all'esito della verifica, da parte dell'organo di indirizzo e della struttura di supporto,

[22] Si rimanda alla delibera ANAC n. 67 del 23 settembre 2015, in ordine alle attività di verifica in capo all'organo conferente l'incarico.

[23] Vedasi, *ex multis*, Cass. Pen. Sez. V, 21 giugno 2011, n. 24866.

della dichiarazione resa dall'interessato, da effettuarsi sulla base degli incarichi risultanti dal CV allegato e anche dei fatti notori comunque acquisiti o acquisibili.

3.3 Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili e incompatibili.

L'art. 16 del d.lgs. 39/2013 prevede in capo all'Autorità poteri di Vigilanza che possono esplicarsi tramite l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. Ruolo e poteri dell'ANAC non sono, però, delineati in modo esaustivo dalla normativa[24]. L'attività di vigilanza, in capo all'ANAC si manifesta in due distinte fattispecie. La prima fattispecie, meglio definita al comma 2, prevede il potere di sospensione della procedura di conferimento dell'incarico, con proprio provvedimento, con osservazioni e rilievi ed eventuale segnalazione alla Corte dei Conti ai fini dell'accertamento di eventuale danno erariale. Trattasi di una misura di tipo cautelare e collaborativo, tesa a richiamare l'amministrazione conferente l'incarico al rispetto della disciplina in materia di inconferibilità. Questa, attesa la natura del provvedimento, può comunque procedere al conferimento dell'incarico, purché dia conto nella motivazione dell'atto delle osservazioni dell'Autorità. La seconda fattispecie, disciplinata al primo comma dell'art. 16, attiene al potere dell'Autorità di procedere (su segnalazione di terzi, del RPCT o d'ufficio) all'accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi. L'accertamento, pertanto attiene casi di incarichi già conferiti e non conferimenti in via di definizione. L'accertamento è svolto dall'ANAC nel rispetto del principio del contraddittorio, interloquendo con il RPCT dell'amministrazione interessata, avvalendosi del materiale chiesto e messo a disposizione e prevedendo la possibilità di ascoltare tutti i soggetti interessati (RPCT, soggetto conferente l'incarico e soggetto interessato). Le Linee Guida ritengono che l'attribuzione all'Autorità, ex art. 16 comma 1, di poteri di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi, conferisca ad ANAC un potere destinato a superare eventuali e diverse

[24] Per queste ragioni l'ANAC ha rappresentato tali criticità al Governo e al Parlamento con atti di segnalazione n. 4 del 10 giugno 2015 e n. 5 del 9 settembre 2015. La prima criticità segnalata dall'Autorità è nella mancata precisione nella individuazione dei soggetti che hanno il potere di accertare le situazioni di inconferibilità ed incompatibilità. Ulteriori criticità sono da ravvisarsi nell'assenza di specifiche disposizioni che impongano alle amministrazioni competenti di effettuare controlli in ordine alla insussistenza di cause di inconferibilità prima del conferimento dell'incarico e nell'assenza di una disciplina del procedimento di accertamento delle inconferibilità. Altre sono da ravvisarsi in merito alla necessità o meno di una dichiarazione di nullità (anche se dal disposto normativo di cui all'art. 17 sembrerebbe che il legislatore opti per una nullità *ex lege,* direttamente disposta dalla legge, senza bisogno di un distinto atto di dichiarazione di nullità) e sulla incertezza del soggetto cui è attribuita la competenza alla eventuale dichiarazione di nullità (se atto proprio del RPCT ovvero dell'organo che ha conferito l'incarico o, addirittura l'ANAC, in special modo nei casi in cui sia stato il RPCT a segnalare il caso all'Autorità). Altri problemi sollevati da ANAC in questi atti di segnalazione attengono anche l'incertezza del termine entro il quale la dichiarazione deve essere effettuata, l'automaticità della sanzione della sospensione, l'organo competente a conferire gli incarichi nel periodo della sospensione e le conseguenze in caso di violazione della stessa.

valutazioni dell'amministrazione conferente e del RPCT, salva la possibilità di ricorso giurisdizionale contro il provvedimento dell'Autorità[25]. Residuerebbero, in questo caso, al RPCT le seguenti funzioni non attribuibili ad ANAC: 1) prendere atto dell'accertamento compiuto da ANAC e della conseguente nullità automatica dell'atto di conferimento, ovvero nel caso di incompatibilità diffidare l'interessato a pronunciarsi, tra gli incarichi dichiarati incompatibili, a quale rinunciare; 2) avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e della applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 (limitatamente alle sole inconferibilità).

3.4 Il mancato adeguamento da parte del RPCT all'accertamento dell'ANAC e il potere di ordine dell'Autorità.

Le Linee Guida affrontano, per ultimo, i rapporti, in materia di disposizioni di inconferibilità ed incompatibilità, tra il RPCT e l'ANAC, nei casi di mancato adeguamento da parte del RPCT, all'accertamento compiuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 16 comma 1[26], o per inerzia da parte del RPCT ovvero per l'adozione di un provvedimento che si discosti dagli esiti dell'accertamento posto in essere dall'Autorità senza adeguata motivazione. L'art. 16, come già evidenziato, non prevede questa possibilità e, nel silenzio della legge, ANAC ritiene applicabile il potere di ordine. In base all'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012 ("ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 del presente articolo")[27]. Tale potere, sostiene ANAC, non ha né carattere sanzionatorio, né carattere sostitutivo, ma è definibile come un potere conformativo e dissuasivo a scopo collaborativo. Trova il suo fondamento (art. 1 comma 2, lett. f) nella funzione di vigilanza e controllo riconosciuta all'Autorità "sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni" in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. La corretta applicazione della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità è da ricondurre a tali misure. Gli incarichi inconferibili, di fatto nulli, non possono e non devono continuare a produrre effetti. Ne consegue che, laddove l'Autorità nello svolgimento delle sue funzioni e prerogative riscontri e accerti situazioni di inconferibilità ed incompatibilità, l'amministrazione interessata e il RPCT debbano adottare gli atti

[25] Per una disamina approfondita si rimanda al paragrafo 4 del presente lavoro e alle note esplicative 32 e 33.

[26] Si rimanda al paragrafo successivo per affrontare la questione da un punto di vista giurisprudenziale.

[27] Il potere d'ordine in capo all'ANAC, che esprime la funzione di vigilanza della stessa Autorità è da configurarsi quale potere atipico in quanto la legge non disciplina puntualmente né i casi in cui esso può essere adottato, né il procedimento dello stesso e neppure le conseguenze giuridiche dello stesso. Non possiede contenuto sanzionatorio, ma è volto ad assicurare il rispetto della legge. Pur non essendo provvedimento a contenuto sanzionatorio, può legarsi con quest'ultimo, divenendo il presupposto per il suo esercizio, secondo lo schema dapprima l'ordine all'adozione di un determinato provvedimento e, in caso di inadempimento, l'irrogazione della sanzione a seguito di apposita procedura (Cfr. Delibera ANAC n. 146 del 18 novembre 2014).

consequenziali a suddetto accertamento. Nel caso tali soggetti non adempiano, l'ANAC, a cui non sono attribuiti poteri di tipo sostitutivo (per intenderci non può procedere alla nomina di *commissari ad acta),* può ordinare all'amministrazione e al RPCT di adottare tali atti, nel senso di confermare quanto emerso in fase di accertamento e darvi seguito ovvero di rimuovere l'atto che si discosti da tale accertamento. Al potere d'ordine, che ANAC riconosce a se stessa, non corrisponde un potere sanzionatorio, pertanto nei casi di non ottemperanza, non resta all'Autorità, che coinvolgere, con opportune segnalazioni, le autorità competenti (Corte dei Conti, Autorità garante concorrenza e mercato, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Antitrust, Autorità giudiziaria) per l'accertamento delle responsabilità in capo al RPCT inerte, cui consegue l'obbligo di pubblicazione di tali segnalazioni sul proprio sito. Come si vedrà, sul potere d'ordine di ANAC la giurisprudenza amministrativa giunge a conclusioni diametralmente opposte.

4. Giurisprudenza.

Sull'applicazione dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013 e sui rapporti intercorrenti tra l'ANAC e il RPCT si sono espressi TAR Lazio e Consiglio di Stato.

4.1 TAR Lazio- Roma sez I sentenza 14 novembre 2016, n. 11270.

Con sentenza n. 11270 del 14 novembre 2016 il TAR Lazio Sez. Prima, si è occupato dei i poteri conferiti all'ANAC in rapporto al principio di legalità. Con ricorso presentato il 2015, contro ANAC e Regione Campania, il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Napoli impugnava la delibera dell'Autorità nazionale anticorruzione con la quale veniva accertata l'inconferibilità, ex art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, dell'incarico di Presidente del Consorzio all'Avv. Gi.Ro., che alla data del conferimento ricopriva la carica di Sindaco del Comune di Brusciano. ANAC, a seguito dell'accertamento, ordinava al RPCT del Consorzio di avviare il procedimento di contestazione della causa di inconferibilità, di dichiarare la nullità della nomina e di irrogare la sanzione di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. La parte ricorrente proponeva ricorso avverso tale delibera in ordine a due motivi: 1) Nullità per difetto assoluto di attribuzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 commi 49 e 50 L. n. 190/2012; in subordine per illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. Per il ricorrente l'ANAC impartisce ordini al RPCT, imponendo gli adempimenti da svolgere e determinando l'esito del procedimento, in assenza di norme di rango legislativo che la autorizzino in tal senso. L'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013, si sostiene, non contempla alcun potere di ordine ma solo di ispezione e vigilanza. Il secondo comma dell'articolo, poi, attribuisce all'Autorità un potere di sospensione d'ufficio del procedimento di nomina, non applicabile al caso in esame,

ove non viene in considerazione una procedura *in fieri;* 2) Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 7 del d. lgs. n. 39/2013. Difetto di adeguata motivazione. Le conclusioni dell'Autorità, circa l'applicabilità all'avv. Gi.Ro., dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 7 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013, in relazione alla nomina di Presidente del Consorzio, sono immotivate e non tengono conto delle seguenti circostanze: quello dell'avv. Gi.Ro non è un incarico, ma un mandato elettivo. Inoltre lo stesso svolge in costanza di nomina, tale mandato (mentre la norma si riferisce ad incarichi espletati nell'anno precedente). Inoltre, quale Presidente del Consorzio non è titolare di funzioni gestionali, essendo privo di poteri statutari di siffatta natura. Infine, con successivi motivi aggiunti, il ricorrente impugna la delibera ANAC n. 459 del 20 aprile 2016, con cui ANAC prendendo atto che il RPCT del Consorzio ha archiviato il procedimento, ordina al Commissario *ad acta,* nel frattempo nominato dalla Giunta regionale, di procedere alla conclusione del procedimento *de quo* e, pertanto, di annullare il surriferito provvedimento di archiviazione e di avviare, entro il termine di 30 giorni, il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 39/2013. Siffatto provvedimento è viziato, oltre che per invalidità derivata, in relazione ai vizi della delibera n. 141/2015, già dal ricorrente denunciati con il ricorso introduttivo, anche per i seguenti, ulteriori, motivi: 1) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15 e 16 del d. lgs. n. 39/2013. Eccesso di potere per erroneità e carenza di presupposti. Travisamento dei fatti. Violazione del principio di buon andamento. Incompetenza. Sviamento. L'Autorità ritiene che i poteri ispettivi e di vigilanza conferiti, legittimerebbero il potere di ordine e di nullità *ex lege* dell'incarico, qualora i procedimenti avviati dal RPCT si concludano con l'archiviazione, e l'unico organo, viceversa, titolare del potere di contestazione dell'inconferibilità/incompatibilità dell'incarico è il RPCT dell'Ente, non essendo possibile configurare l'esistenza di un potere sostitutivo dell'ANAC sul punto; 2) eccesso di potere per carenza e/o travisamento dei presupposti. Violazione del principio del giusto procedimento e di leale collaborazione. Violazione dell'art. 120 della Costituzione. Sviamento. L'Autorità si avvale di un procedimento (la nomina del Commissario *ad acta* da parte della Regione), stante l'inerzia dell'organo competente; 3) eccesso di potere per omessa o per carente motivazione, travisamento dei fatti, erroneità e manifesta illogicità. Violazione del principio di leale collaborazione. Violazione dell'art. 3 L.R. n. 29/2013. Violazione dell'art. 7 comma 2, d. lgs. n. 39/2013 e dell'art. 4 preleggi cod. civ. Per superare la posizione assunta dal RPCT del Consorzio, l'Autorità avrebbe dovuto procedere all'impugnazione del provvedimento o quantomeno alla motivazione della sua decisione, invece ha omesso di svolgere valutazioni di merito sul suo contenuto. Con ulteriori motivi aggiunti il ricorrente impugna, altresì, il decreto commissariale n. 1/2016 del commissario *ad acta*, di annullamento del provvedimento di archiviazione, per incompetenza, in quanto l'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013 e la L.R. Campania n. 19/2013

attribuiscono all'ente vigilante, e quindi alla Regione Campania, il potere di condurre il procedimento sanzionatorio. Il RPCT, costituitosi in giudizio, a sua volta impugna il decreto commissariale n. 1/2016, sostenendo l'assenza del potere in capo all'ANAC di accertare e dichiarare l'inconferibilità dell'incarico, utilizzando il potere di ordine di cui all'art. 1 comma 3 L. n. 190/2012, nonché di un potere sostitutivo nelle funzioni del RPCT competente. Il RPCT sostiene che il Commissario *ad acta* non aveva il potere di concludere un procedimento già concluso dal RPCT e che l'ANAC illegittimamente ha beneficiato di tale nomina commissariale impartendo un ordine di annullamento del provvedimento di archiviazione già adottato, viziato per carenza di potere ed esorbitante l'ambito di operatività dell'incarico conferito al Commissario *ad acta.* L'ANAC si costituisce in giudizio, tramite l'Avvocatura dello Stato, contestando nel merito le deduzioni delle parti ricorrenti. Sulla natura ed i presupposti normativi dei poteri dell'Autorità e del provvedimento d'ordine, l'ANAC richiama il combinato disposto dell'art. 1 comma 3 L. n. 190/2012 e dell'art. 16 del d. lgs. n. 39/2013 e afferma che tale potere è stato ampiamente motivato e regolato dall'Autorità stessa con le delibere n. 146/2014 e 833/2016, recante "Linee guida in materia di attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'ANAC in caso di incarichi inconferibili ed incompatibili". In ordine alla corretta interpretazione dell'art. 7 comma 2, i.e. sulla possibilità che l'incarico politico nell'ente che conferisce l'incarico non sia cessato, l'Autorità sostiene che la finalità perseguita dalla norma richiede una interpretazione che non sia limitata al mero dato letterale, ma colga lo spirito della legge. Sull'esercizio delle funzioni gestionali da parte del Presidente del Consorzio, visto lo Statuto vigente, l'incarico conferito può ritenersi fornito di deleghe gestionali e pertanto è riconducibile all'ambito dell'art. 1 comma 2 lett. l) del d. lgs. n. 39/2013. Quanto alla contestazione che tale carico non è sussumibile nella categoria degli incarichi, essendo un mandato elettivo, l'ANAC rappresenta come l'elezione da parte dell'assemblea dei soci è solo una delle modalità di conferimento dell'incarico. Infine, quanto al provvedimento di nomina del Commissario della Giunta Regionale, l'Autorità sostiene la legittimità dello stesso, atteso la mancata conclusione del procedimento da parte del RPCT del Consorzio e l'esercizio nell'uso del potere. Per di più, quand'anche si concludesse che il provvedimento del RPCT sia intervenuto tempestivamente, l'intervento della Regione è legittimo, in qualità di soggetto che esercita la vigilanza sul Consorzio, atteso che l'accertamento della inconferibilità è un atto vincolato. Il TAR in merito alla possibile carenza di potere dell'ANAC di adottare le delibere impugnate, tesi sostenuta dai ricorrenti, in quanto nessuna disposizione né nella legge delega n. 190/2012, né nel decreto legislativo n. 39/2013, attribuisce all'ANAC il potere suddetto consistente nell'ordinare ai soggetti vigilati dall'Autorità l'adozione di determinati atti in relazione al conferimento di incarichi e soprattutto di predeterminarne il contenuto, ritiene che le contestazioni meritino accoglimento. Il principio di legalità, riconosciuto dalla Costituzione agli

articoli 1, 23, 97 e 113, prevede che sia la legge a determinare lo scopo pubblico da perseguire nonché i presupposti essenziali per l'esercizio dell'attività amministrativa. Da ciò ne consegue che l'apparato di poteri in capo all'Autorità, nell'ambito dei procedimenti di conferimento di incarichi, va ricercato nel dato normativo primario e non in strumenti di c.d. soft law (vedasi Linee Guida). L'articolo 16 comma 1 del d. lgs. n. 39/2013 attribuisce ad ANAC un potere di vigilanza sul rispetto delle disposizioni del decreto, precisando che esso si sostanzia "anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi". Prevede, inoltre, al comma 2, la possibilità di "sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei Conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative". Nel caso l'amministrazione conferente l'incarico, nonostante tutto, volesse procedere al conferimento dello stesso, nell'atto di conferimento dovrà dare compiuta motivazione dell'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità. La norma delinea, in tal modo, il ruolo ed i compiti dell'ANAC in materia di inconferibilità di incarichi, prevedendo in capo all'Autorità poteri di vigilanza, indirizzo e dissuasione nei confronti dell'ente vigilato, che possono condurre fino alla sospensione di un procedimento di conferimento non ancora concluso, ma che non possono portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l'ente vigilato è legittimato ad assumere. L'art. 16, continua la sentenza del TAR, descrive in sé un sistema di vigilanza dell'Autorità sui conferimenti degli incarichi di portata autoconsistente. La normativa intende regolare i rapporti tra Autorità vigilante ed ente vigilato, in termini di vigilanza ed indirizzo da parte del primo e di effettivo esercizio del potere decisionale da parte di quest'ultimo. Una concezione diversa che riconoscesse all'Autorità nella veste di "estremo garante" in materia di prevenzione della corruzione, un potere d'ordine tale da predeterminare il contenuto del provvedimento di competenza del RPCT dell'ente vigilato non sarebbe accettabile in virtù del principio costituzionale di legalità. Questo orientamento, afferma il TAR, è confermato da altre decisioni giurisprudenziali, ove si afferma che solo al RPCT dell'ente spetta il compito, ove ne ravvisi i presupposti, di dichiarare la nullità di conferimento dell'incarico e la sussistenza della responsabilità dell'organo che lo ha conferito [28]. In definitiva il potere di dichiarare la nullità dell'incarico compete solo ed esclusivamente al RPCT dell'ente e non anche all'ANAC. L'accertamento dell'inconferibilità, per sua natura, presuppone l'esercizio da parte del RPCT, di una

[28] Cfr. TAR Lazio, Sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593. La pronuncia chiarisce anche che il potere dell'Autorità non può sconfinare oltre le attribuzioni conferite dalla norma e può, al più, esprimere "il proprio qualificato orientamento al naturale destinatario, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui era tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconferibilità o incompatibilità".

puntuale attività istruttoria, riguardante la natura dell'incarico conferito, il contenuto del potere spettante al soggetto nominato, al fine di determinare la riconducibilità o meno al novero degli incarichi non conferibili in base alla legge e il procedimento sanzionatorio in capo all'organo conferente l'incarico. All'interno dell'esercizio di tale potere si inserisce il procedimento di dialogo tra l'Autorità e l'ente vigilato in relazione ai provvedimenti da adottarsi, che può spingersi fino a suggerire al RPCT una correzione al suo operato, ma non ad obbligarlo ad adeguarsi alle considerazioni svolte dall'Autorità. Questo non comporta un vuoto di tutela né una sterilizzazione delle norme in materia di prevenzione della corruzione, in quanto l'atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale. Conclusivamente, afferma il TAR, "la delibera n. 141/2015 con cui l'ANAC ha ordinato al RPCT del Consorzio di avviare il procedimento di dichiarazione della nullità del conferimento dell'incarico del Presidente avv. Gi.Ro. è stata adottata al di fuori dell'esercizio dei poteri di vigilanza spettanti all'Autorità ed è quindi illegittima"[29].

4.2 Consiglio di Stato sez. V, sentenza 11 gennaio 2018 n. 126.

Avverso la decisione del TAR, l'ANAC ha proposto ricorso al Consiglio di Stato, il quale è intervenuto con la sentenza in epigrafe. Il Consiglio di Stato affronta nuovamente le tematiche decise dal giudice di primo grado e nell'ordine, per quanto di interesse, accertato preliminarmente che il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Napoli è tenuto al rispetto della normativa del d. lgs. n. 39/2013 (in questa sede non ci si è occupati di tale questione), affronta la questione pregiudiziale del potere di ANAC di adottare le delibere impugnate. La sentenza del TAR nega questo potere. Da questo assunto, il TAR ne fa conseguire l'illegittimità delle delibere n. 141/2015, n. 459/2016 e del decreto commissariale n. 1/2016. L'ANAC sostiene, viceversa, che la sentenza appellata non dia corretta lettura dell'art. 1 comma 3 legge n. 190/2012 e art. 16 d. lgs. 39/2013. Tali norme conferiscono all'Autorità un potere di vigilanza ed intervento sul RPCT, per verificare la correttezza del suo operato nella contestazione dei casi di inconferibilità e incompatibilità, declaratoria di nullità degli incarichi ed eventuale irrogazione delle sanzioni, allo scopo di dare corretta attuazione alla normativa, senza che se ne violi la *ratio* o siano elusi i divieti. L'Autorità intende quindi le disposizioni in materia di inconferibilità nel senso che il potere di attuazione della disciplina è attribuito al RPCT e solo successivamente all'ANAC da intendersi quale "estremo garante" del rispetto della normativa in materia di prevenzione della corruzione nei casi di

[29] Cfr. R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, Palermo, 30 giugno 2017 – Incontro di studio sul correttivo al codice dei contratti pubblici, in www.giustizia-amministrativa.it.

mancata attivazione del RPCT. Seguendo tale assunto, l'Autorità conclude per la legittimità delle delibere impugnate e del decreto commissariale n. 1/2016. Il Consiglio di Stato è chiamato a decidere in merito. Preliminarmente distingue i diversi atti impugnati per verificare se sussista la norma primaria attributiva ad ANAC dello specifico potere esercitato con ogni singolo atto. Esamina, quindi, la delibera n. 141/2015 con cui l'ANAC accerta l'inconferibilità dell'incarico di presidente del Consorzio attribuito all'avv. Gi.Ro. ed invita il RPCT ad attivare il procedimento di contestazione ex art. 18 d. lgs. n. 39/2013. Per il Consiglio di Stato, contrariamente a quanto assunto dal TAR, la delibera è legittima perché adottata nell'esercizio di un potere (il potere di accertamento delle singole fattispecie di conferimento degli incarichi) attribuito all'Autorità dalla legge e precisamente dall'art. 16 comma 1 del D. Lgs. n. 33/2013. A prescindere dal *nomen iuris*, il potere di accertamento attribuito all'ANAC non si conclude in una opinione, ma è produttivo di effetti rivestendo natura provvedimentale[30]. Quanto alla seconda delibera (delibera n. 459/2016), che annulla l'atto di archiviazione adottato dal RPCT del Consorzio a conclusione del procedimento di contestazione delle cause di inconferibilità dell'incarico all'avv. Gi.Ro. e ordina di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013, nel termine di trenta giorni, ritiene il Collegio che essa sia illegittima. L'Autorità ha, infatti, esercitato un potere non interdittivo come il precedente, ma di ingerenza para-gerarchica nell'amministrazione attiva che non le è conferito, neppure implicitamente, da una norma primaria. L'art. 15 del decreto attribuisce al RPCT il potere di contestazione della situazione di inconferibilità o incompatibilità degli incarichi, non prevedendo la norma poteri di ordine dell'ANAC. Nella vicenda che ci occupa, il RPCT ha avviato correttamente il procedimento per la contestazione dell'inconferibilità dell'incarico e lo ha concluso con un atto di archiviazione, non ravvisando, contrariamente a quanto affermato da ANAC, la violazione delle disposizioni in materia. ANAC annulla l'atto di archiviazione e ordina al RPCT di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 comma 2 del decreto, in base all'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012[31]. Affermano i giudici del Consiglio di Stato, al pari dei colleghi del TAR, che il potere

[30] Anche ANAC si esprime in tal senso: "Più precisamente, il potere di accertamento attribuito all'ANAC dall'art. 16 comma 1, d. lgs. n. 39/2013 si sostanzia in un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici e come tale impugnabile davanti al giudice amministrativo, potere in cui è compreso il potere di dichiarare la eventuale nullità dell'incarico" (ANAC, Delibera n. 207 del 13 marzo 2019, pag. 8).

[31] Per il quale articolo: *"Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera f),* (ossia "la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti") *l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati.*

d'ordine esercitato dall'Autorità nei confronti del RPCT non trova fondamento nell'art. 1 comma 3 legge n. 190/2012, che il legislatore riferisce ad altra materia. Il potere di cui all'art. 1 comma 3, difatti, riguarda il caso di inerzia delle pubbliche amministrazioni nell'adozione degli atti e dei provvedimenti che sono previsti dai piani di prevenzione della corruzione ovvero dagli atti generali di coordinamento delle strategie di prevenzione della corruzione. Il potere d'ordine, pertanto, non è da intendersi quale un potere generalizzato attribuito all'ANAC al fine di contrastare condotte inerti o elusive dei RPCT nelle singole pubbliche amministrazioni, relativamente a tutte le disposizioni finalizzate alla prevenzione di eventi corruttivi, ivi comprese quelle riferite alla inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi. Questo assunto vale anche per il potere di annullamento esercitato nei confronti dell'atto di archiviazione, che non rientra tra gli atti di vigilanza svolta dall'ANAC[32]. Il Consiglio di Stato preferisce parlare di potere di indirizzo, che si esplica nell'adozione di direttive all'ente vigilato, nonché, in casi tipizzati dalla legge, nel potere di annullamento degli atti più rilevanti adottati dall'ente vigilato o, comunque, in forme di ingerenza del soggetto vigilante sul soggetto vigilato, più o meno pregnanti a seconda dell'autonomia riconosciuta a quest'ultimo. Il Collegio, pertanto, esclude senza dubbio alcuno che sussista tra ANAC e soggetti vigilati un rapporto di sovraordinazione che possa consentire l'esistenza di un potere d'ordine e si sofferma quindi in cosa consista e come si esplichi il potere di vigilanza assegnato dalla legge all'ANAC. Il Collegio ritiene che, per potere di vigilanza, debba intendersi quel particolare potere riconosciuto alle autorità amministrative indipendenti per controllare, nell'interesse generale, il rispetto delle regole rispetto al loro settore. In detto potere di vigilanza non rientra il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia o di elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Tuttavia il Consiglio di Stato, rifacendosi anche a precedenti pronunce del supremo consesso (vedasi Cons. di Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532 e Cons. di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874) ha riconosciuto l'esistenza di c.d. poteri impliciti in capo all'Autorità, ricavati, in senso lato, dalle norme che regolano l'attività dell'Autorità stessa. Il fondamento di tali poteri impliciti è da ravvisarsi nell' assicurare la realizzazione dello scopo perseguito dalla legislazione in materia. Nel caso di specie, tuttavia, il Consiglio di Stato, non ravvisa l'esistenza di questi poteri impliciti da parte dell'Autorità, in quanto i fini perseguiti dalla legge sono ben realizzati mediante la precisa

[32] Il potere d'ordine è quel potere che presuppone un rapporto di sovraordinazione gerarchica o para-gerarchica tra due organi interni ad una medesima amministrazione. L'applicabilità della disciplina in materia di prevenzione della corruzione anche ad enti pubblici e ad enti di diritto privato in controllo pubblico, fa propendere negativamente per tale potere in capo ad ANAC laddove esso non sia esplicitamente conferito dalla legge, come nel caso di specie. In proposito vedasi "Relazione sull'attività svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anno 2018), Intervento del Presidente R. CANTONE, Roma, Camera dei deputati, 6 giugno 2019, paragrafo 5.3, pagg. 85 ss.

ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi. V'è di più. Per i giudici "*ravvisare in queste ipotesi, poteri impliciti significherebbe invadere altre competenze, confondendo attribuzioni di legge e contro il principio di legalità dell'azione amministrativa (che copre anche la ripartizione delle competenze, ex art. 97 Cost.)*". Sicché, conclude sul punto la sentenza "*pur a fronte di una preoccupazione che può apparire socialmente meritevole, nel silenzio della legge non è dato all'interprete creare in surroga la norma, commisurando l'efficacia delle disposizioni date rispetto alle finalità perseguite; e giungere, in ipotesi, ad innovare all'assetto normativo affinché ne siano realizzati gli obiettivi di massima. In base al principio di legalità, cardine irrinunziabile dello Stato di diritto, compete soltanto alla legge di porre nuove norme restrittive delle libertà o di modificazione delle competenze da essa stabilite. Solo in tale modo è possibile colmare legittimamente le pretese lacune di tutela: il che del resto è ben chiaro all'Autorità, che ha affermato di aver segnalato al Governo la necessità di nuovi interventi normativi in materia (atto di segnalazione 9 settembre 2015 n. 9 versato in atti dalla difesa dell'avv. Ro.)*". Dal che il Consiglio di Stato conferma, sul punto, la sentenza appellata dichiarando illegittima la delibera dell'Autorità n. 459/2016, per carenza di potere in capo all'ANAC[33].

5. Regolamento in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi: contenuto.

[33] Invero la sentenza del Consiglio di Stato suscita notevoli perplessità, dando spunto ad ANAC, in successive delibere (vedasi a mero titolo esemplificativo delibera n. 207 del 3 aprile 2019; delibera n. 190 del 27.02.2019) di fondare il suo potere di accertamento in tale decisione. Dal potere di ANAC di accertare la inconferibilità dell'incarico, discenderebbe un comportamento obbligato da parte del RPCT di contestare la sussistenza di inconferibilità e pronunciare l'inconferibilità accertata da ANAC senza possibilità alcuna di discostarsi da tale accertamento. Ma questo, se così fosse, conferirebbe ad ANAC un potere di ordine che, al contrario, il Consiglio di Stato con detta sentenza esclude in modo categorico. Prova ne è che, in riferimento alla delibera ANAC n. 459/2016 con la quale l'Autorità ordina al Commissario *ad acta* nominato dalla Regione Campania di procedere alla conclusione del procedimento *de quo* e, pertanto, di annullare il surriferito provvedimento di archiviazione del RPC del Consorzio e di avviare, entro il termine di 30 giorni, il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18 del d. lgs. n.39/2013 è illegittima, in quanto con detta delibera l'Autorità ha esercitato un potere di ingerenza para-gerarchica nell'amministrazione attiva che non le è conferito da una norma primaria, neppure implicitamente. Al riguardo la legge è chiara, prevedendo in capo solo al RPC il procedimento di contestazione dell'inconferibilità ed incompatibilità dell'incarico, non prevedendo, in alcun modo, al riguardo, poteri di ordine dell'ANAC, "il che esclude possano ammettersi forme non nominate e non espressamente attribuite di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni, sia pure in caso di inerzia o elusive di norme a tutela di interessi pubblici". Difatti, continua il CdS "nell'attività di vigilanza descritta non rientra il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia o di elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi". Né, continua il CdS, è possibile, anche in senso lato, ravvisare in capo all'Autorità l'esistenza di poteri impliciti che la legittimerebbero ad invadere competenze altrui, tanto più che l'atto adottato dal RPC comunque non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale e i suoi effetti potranno dal giudice sempre essere rimossi, contestualmente a possibili sanzioni nei confronti del RPC. V'è di più: La delibera n. 833 del 3 agosto 2016, al paragrafo 5, 2° capoverso, sembrerebbe giustificare, da parte di ANAC, un potere d'ordine (ampiamente smentito dalla giurisprudenza) subordinato solo ai casi in cui il "*RPC resti inerte ovvero adotti, senza adeguata motivazione, un provvedimento non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto da ANAC*". Se ne ricaverebbe, quindi, che solo in questi e limitati casi ANAC assumerebbe su di sé il potere d'ordine e non nei casi in cui il RPC adotti provvedimenti, motivati, non in linea con gli esiti dell'accertamento condotto dall'Autorità e dai quali l'ANAC dovesse dissentire.

Per dare compiuta attuazione alla disciplina relativa al conferimento degli incarichi, l'art. 18 comma 3 del d. lgs. n. 39/2013 prevede: "*Le regioni, le province e i comuni provvedono entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto ad adeguare i propri ordinamenti individuando le procedure interne e gli organi che in via sostitutiva possono procedere al conferimento degli incarichi nel periodo di interdizione degli organi titolari*". Gli enti tenuti all'adozione di detta misura, provvedono a dotarsi di un apposito regolamento che individui: a) l'organo deputato ad esercitare la potestà di conferire gli incarichi di competenza dell'amministrazione, in sostituzione dell'organo titolare che si trovi in stato di interdizione per effetto del disposto dell'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013; b) la procedura interna finalizzata al conferimento in via sostitutiva dei predetti incarichi; c) gli obblighi precedenti al conferimento di un incarico, da ravvisarsi, essenzialmente, nella presentazione di una autodichiarazione; d) la struttura organizzativa, responsabile per l'elaborazione finale del provvedimento di nomina, che verifica la sussistenza di possibili cause di inconferibilità o incompatibilità in base al contenuto della dichiarazione e degli allegati alla medesima, nonché dei fatti notori comunque acquisiti.
Il procedimento di conferimento dell'incarico viene ad essere articolato come segue: 1) Il soggetto al quale sarà conferito l'incarico presenta una autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000 (da ripresentarsi, poi, annualmente e da pubblicarsi sul sito Amministrazione Trasparente dell'Ente), quale condizione di efficacia dell'incarico. L'autodichiarazione deve essere corredata di CV contenente l'elenco di tutti gli incarichi e le cariche che la persona da nominare sta ricoprendo o ha ricoperto negli ultimi due anni, o nell'ultimo anno nonché delle eventuali condanne subite per reati contro la P.A.; 2) Sulla base delle dichiarazioni rese dal soggetto cui andrà conferito l'incarico, la struttura organizzativa individuata effettua l'istruttoria e la trasmette all'organo che conferisce l'incarico, unitamente ad una relazione contenente gli esiti svolti e alla proposta del provvedimento di nomina. Se nell'ambito delle verifiche precedenti la nomina, la struttura deputata riscontra la possibile sussistenza di una delle cause di inconferibilità o incompatibilità, ne dà notizia all'organo che conferisce l'incarico e alla persona da nominare. Questa può presentare le sue controdeduzioni scritte nel termine previsto dal regolamento, decorso il quale l'organo competente, su proposta della struttura individuata, procede all'accertamento definitivo di eventuali cause di inconferibilità o incompatibilità dell'incarico e segnala il fatto al RPCT, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti conseguenti. Anche nel caso di conferimento dell'incarico, tutta la documentazione di cui sopra, nonché il provvedimento definitivo di conferimento dell'incarico, devono essere trasmessi al RPCT dell'ente conferente, affinché questi eserciti le funzioni di vigilanza previste dall'art. 15 del d. lgs. n. 39/2013. Nell'esercizio di tali funzioni, il RPCT si potrà avvalere degli uffici competenti per materia. Nel corso dell'incarico, il titolare dello stesso presenta

all'organo conferente e al RPCT una autodichiarazione che attesti il perdurare dell'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità. Il RPCT vigilerà affinché le autodichiarazioni siano pubblicate nella apposita sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente conferente. Si ritiene utile inserire nei regolamenti particolari obblighi di comunicazione in capo ai titolari di incarichi dirigenziali, quali la comunicazione all'organo che ha conferito l'incarico e al RPCT dell'avvenuta conoscenza di quanto segue: 1) provvedimento di rinvio a giudizio e dell'eventuale sentenza di condanna, anche non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del Titolo II del libro secondo del codice penale; 2) qualsiasi altra situazione da cui possa conseguire una delle cause di inconferibilità o incompatibilità.

Al RPCT compete la vigilanza continua, anche attraverso le misure previste dalle disposizioni del piano anticorruzione, nel rispetto delle disposizioni del D.lgs. 39/2013 sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. Il RPCT dovrà segnalare i casi di possibile violazione delle disposizioni del d. lgs. n. 39/2013 ed inviare copia dei provvedimenti dichiarativi della nullità o della decadenza o della inconferibilità all'ANAC, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004 n. 215, alla Procura Regionale presso la Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative, all'Ufficio procedimenti disciplinari ai fini dell'accertamento di un'eventuale responsabilità disciplinare, per le violazioni commesse dai dirigenti. Il RPCT deve, inoltre, provvedere ad inviare denuncia al pubblico ministero a norma dell'art. 331 c.p.p., allorché venga integrata l'ipotesi di reato perseguibile d'ufficio. Qualora sussista il sospetto che vi sia una causa di inconferibilità dell'incarico già conferito, il RPCT procederà alla tempestiva contestazione scritta al titolare dell'incarico e all'organo conferente. La contestazione deve contenere (contenuti minimi essenziali) una breve descrizione del fatto, l'indicazione dell'incarico a cui si riferisce e della norma che si assume violata, nonché l'invito al titolare dell'incarico e all'organo che lo ha conferito di presentare proprie controdeduzioni scritte entro il termine stabilito. Decorso detto termine, il RPCT decide in ordine alla sussistenza della causa di inconferibilità, tenendo conto delle controdeduzioni eventualmente presentate. Se non ricorrono i presupposti per l'archiviazione del procedimento, il RPCT dichiara la nullità dell'incarico e cura l'avvio dei procedimenti di cui agli articoli 18 e 20 comma 5 del d. lgs. n. 39/2013. Analoga procedura vale per la contestazione delle cause di incompatibilità. Qualora vi sia il sospetto che una causa di incompatibilità sussistesse già all'atto del conferimento dell'incarico o che sia subentrata medio tempore, il RPCT procederà alla tempestiva contestazione scritta al titolare dell'incarico, secondo le modalità e i termini previsti per la contestazione delle inconferibilità. Se non ricorrono i presupposti per l'archiviazione del procedimento, il RPCT dichiara la sussistenza della causa di incompatibilità e diffida il titolare dell'incarico a decidere,

entro 15 giorni, se mantenere l'incarico ovvero assumere l'incarico, la carica o l'attività incompatibile con lo stesso. Trascorso tale termine, senza che il titolare dell'incarico abbia comunicato la propria decisione, il RPCT dispone la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto di lavoro subordinato o autonomo. Tanto nei casi di accertamento di inconferibilità quanto in quelli di incompatibilità, il RPCT fornisce indicazioni all'organo conferente ai fini dell'immediato avvio della procedura di recupero delle somme indebitamente erogate. Il provvedimento con cui viene accertata la violazione delle disposizioni sul conferimento degli incarichi è pubblicato sul sito internet dell'ente, in Amministrazione Trasparente nell'apposita sezione. Nei casi di inconferibilità accertati, dalla data di notifica del provvedimento all'organo che ha conferito l'incarico nullo decorre il periodo di interdizione di tre mesi, durante il quale allo stesso organo è precluso l'esercizio del potere di conferire tutti gli incarichi di sua competenza a norma dell'art. 18 comma 2 del d. lgs. n. 39/2013. Particolare attenzione il regolamento deve porre nel disciplinare la procedura atta al conferimento degli incarichi da parte dell'organo titolare del potere sostitutivo. Devono essere previsti, pertanto, all'interno della singola amministrazione, gli organi surroganti e relativa procedura sostitutiva. Entro un termine di tempo da prevedere espressamente nel regolamento, il RPCT dovrà invitare l'organo surrogante a valutare la necessità di affidare nuovamente l'incarico di cui sia stata accertata la nullità. Se l'organo surrogante valuti la sussistenza, per disposizione di legge o di regolamento, dell'obbligo giuridico di procedere alla nomina, ovvero, se ritenga comunque opportuno affidare l'incarico, procede ad attivare la procedura di nomina da concludersi entro un termine congruo previsto dal regolamento. L'organo che procede in via sostitutiva, comunica le decisioni assunte al RPCT e gli trasmette i relativi provvedimenti. L'organo titolare del potere sostitutivo, qualora intenda conferire l'incarico allo stesso soggetto cui era stato conferito l'incarico dichiarato nullo, può farlo, a condizione che la nullità sia stata determinata soltanto dalla mancata o tardiva presentazione della dichiarazione di insussistenza delle cause di inconferibilità e/o di incompatibilità. Tutte le comunicazioni di nullità degli incarichi conferiti e dei provvedimenti sostitutivi sono comunicati agli organi di vertice della amministrazione e agli organi di controllo.

6. Conclusioni.

La disciplina descritta, pur con alcuni suoi limiti[34], presenta caratteri innovativi apprezzabili. In primo luogo tenta di regolamentare, partendo dai caratteri oggettivi

[34] Risulta evidente che la normativa, che si prefigge di prevenire fenomeni di corruzione e *maladministration* rivedendo le regole di accesso e permanenza negli incarichi pubblici, resta incompleta. In *primis* per aver omesso di inserire i titolari di incarichi negli organi politici. La materia, disciplinata dall'art. 6 del decreto, ha subito una involuzione in sede di approvazione. Da un testo pienamente attuativo della delega, si è passati ad un testo intermedio che prevedeva le sole ipotesi di inconferibilità per i soli membri del governo, escludendo i

delle funzioni da svolgere, quali siano quelle che configurino un potenziale conflitto di interesse e che richieda, pertanto, un controllo all'accesso ovvero alla permanenza dell'incarico. In secondo luogo la catalogazione degli incarichi considerati, ai fini della applicabilità della nuova normativa, avviene su base sostanziale e non meramente formale. Il decreto supera, infatti, la distinzione tra enti pubblici ed enti solo formalmente privati e considera l'incarico in funzione dell'interesse che persegue: se esso è svolto nell'esercizio di una funzione o nell'erogazione di un servizio pubblico è assoggettato alla disciplina in esame, riconducendo, pertanto, tutto il sistema degli incarichi nell'alveo delle politiche di prevenzione della corruzione. V'è da dire che, come tutte le leggi, è il risultato di una sintesi tra interessi contrapposti e, come ogni legge, è perfettibile. In particolare, non definendo compiutamente i confini dei poteri attribuiti ad ANAC e al RPCT in tema di accertamento delle inconferibilità ed incompatibilità e del relativo procedimento sanzionatorio, consente ad ANAC di intervenire sul procedimento stesso travalicando i limiti delle disposizioni normative attributive del potere primario, fino ad "autoriconoscersi" un potere d'ordine[35] che, come visto, la giurisprudenza amministrativa non le ha riconosciuto. Difatti, mentre il TAR, nella sentenza esaminata, disconosce qualsiasi potere in capo ad ANAC, appare più sfumata e per certi versi incomprensibile (o poco chiara) la decisione assunta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 126/2018. Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato sancisce che l'art. 16 comma 1 del D. Lgs. n. 39/2013 attribuisce ad ANAC un potere di accertamento, che non è una "*mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto, ma un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa): tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti*", cui il RPCT non può che adeguarsi. Dall'altro, allorquando il RPCT non si è adeguato al provvedimento dell'ANAC, ha considerato corretto il suo operato e illegittima l'attività di ANAC (posta in essere con la delibera n. 459/2016) per violazione del principio di legalità, in quanto né l'art. 1 comma 3 della legge n. 190/2012, né l'art. 16 comma 1 del d. lgs. n. 33/2013 attribuiscono ad ANAC il relativo potere. Una decisione più netta da parte del Consiglio di Stato sarebbe stata auspicabile, in linea con il principio di legalità, ed avrebbe dissipato ogni dubbio, oggi sussistente, sugli

parlamentari, fino al testo definitivo che mantiene in vita la precedente disciplina della l. n. 215/2004 (c.d. Legge Frattini). Si riscontrano poi, anche, casi di disciplina contradditoria e diseguale, laddove non è prevista l'inconferibilità degli incarichi amministrativi per coloro che provengono da cariche politiche nazionali, mentre la si rileva per coloro che provengono da cariche politiche regionali e locali. Così come si rileva uguale disuguaglianza per la disciplina delle incompatibilità che riguardi i congiunti del titolare dell'incarico, che è rilevata per gli incarichi di direzione delle ASL e mancante per tutti gli altri (Cfr. F. MERLONI, *op. cit.*, pag. 814).

[35] Vedasi delibere ANAC n. 207 del 3 aprile 2019 e n. 190 del 27.02.2019.

effettivi poteri del RPCT riaffermando in materia chiara attribuzioni e responsabilità dei provvedimenti assunti e delle sanzioni comminate[36].

[36] Per ulteriori approfondimenti sulla *soft law* delle Linee Guida ANAC e sul sindacato del giudice amministrativo, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC,* in www.federalismi.it, n.3/2017; ID., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* in www.giustizia-amministrativa.it; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. Precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC,* in Diritto Processuale Amministrativo, fasc. n.2/2017, pagg. 381 ss.; ID., *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2003; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: Comandi o consigli?,* in *Diritto amministrativo,* 2016, fasc. 3, pagg. 275 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2016. E, per ultimo, a segnare un punto di chiarezza e discontinuità rispetto al passato recente, vedasi, *Addio soft law dell'ANAC, si torna al regolamento,* Italia Oggi Sette, 24 giugno 2019.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Lottizzazione abusiva e prescrizione: osservazioni a margine della sentenza del 30 aprile 2020, n. 13539 e valutazione di proporzionalità secondo i principi enunciati dalla grande camera nella sentenza del 28 giugno 2018 (CASE OF G.I.E.M. S.R.L. AND OTHERS V. ITALY)

di Lorenzo Bruno Molinaro

(Avvocato)

Sommario

1. Premessa. - 2. L'ordinanza di rimessione della terza sezione penale della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380. - 3. I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. "azione penale complementare". - 4. L'articolo 578-bis c.p.p. tra "riserva di codice" e lavori preparatori (relazione "marasca" e relazione illustrativa). - 5.Il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della corte edu sud fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) g.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018. - 6. Considerazioni finali.

Abstract

This legal paper critically addresses the decision-making process underlying the recent judgment of the united sections of Italian Supreme Court (April 30th, 2020 n. 40380), regarding illegal lotting and confiscation, with particular reference to the affirmed denial of the "complementary" criminal action about the assessment of the proportionality of the ablation measure, according to the principles set out by the Grand Chamber in the well-known sentence of June 28th, 2018 (Case of GIEM s.r.l. and Others v. Italy), following the ascertained prescription of the crime and annulment without postponement of the sentence handed down by the trial judge against the perpetrator of the offense.

The work envisages, among other things, a different reading of the new article 578-bis of the criminal procedure code ("decision on confiscation in particular cases in the event of extinction of the crime by amnesty or prescription") based not already on the literal interpretation of the norm, with an uncertain and bivalent meaning, but on the examination of the preliminary works and on the search for the effective will of the "delegating" legislator.

1. Premessa.

Giuseppe Zanardelli, Ministro della Giustizia in carica nell'anno 1889, passato alla storia per aver fatto approvare il primo codice penale dell'Italia Unita[1] considerato tra i più liberali dell'epoca, si diceva convinto, nella Relazione al Re, che << ... *le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato; e ciò deve dirsi specialmente di un codice penale, il quale concerne un grandissimo numero di cittadini anche nelle classi popolari, ai quali deve essere dato modo di sapere, senza bisogno d'interpreti, ciò che dal codice è vietato* >>.

Lo stesso Zanardelli auspicava, inoltre, che, per porre un argine alle continue oscillazioni giurisprudenziali e per sopire gli accesi contrasti interni alle Sezioni della Corte di Cassazione penale, all'indomani della sua unificazione, venisse consentito alle "*Sezioni Riunite*" di svolgere "*una funzione quasi legislativa*", al duplice scopo di garantire uniformità di indirizzi e tenuta del sistema.

Dopo aver letto la sentenza delle Sezioni Unite n. 13539 del 30 aprile 2020 (Pres. *Carcano*, Rel. *Andreazza*), sicuramente rivoluzionaria per i principi affermati e di portata dirompente nel dialogo tra Corti[2], posso affermare che l'auspicio di Zanardelli si è sostanzialmente avverato[3].

Al tempo stesso, però, ho riflettuto amaramente sulla nostra produzione legislativa che continua ad essere di pessima qualità, volatile, stratificata, il più delle volte incerta e bivalente, come testimoniato dalla ambiguità semantica della formulazione dell'articolo 578 bis c.p.p.,[4] inserito nel codice di rito dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1^ marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di attuazione del principio di delega della "*riserva di codice*" in materia penale[5].

Il richiamo non è casuale perché è proprio su questa norma, una sorta di "*Giano Bifronte*", che fa leva la parte più significativa e innovativa della sentenza in commento, laddove si evidenzia che << *l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da*

[1] Il codice penale, approvato con regio decreto 30 giugno 1889 n. 6133 (pubblicato in Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Roma, 1889, n. 6133), è entrato in vigore il 1^ gennaio 1890 ed è stato ufficialmente abrogato in toto solo il 16 dicembre 2010 con d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212, in attuazione della legge 28 novembre 2005, n. 246.

[2] Sulle ragioni della cooperazione tra i diversi attori coinvolti nella tutela multilivello dei diritti, cfr. Francesca Biondi,"Quale dialogo tra le Corti", in Federalismi.it, n. 18 del 2 ottobre 2019.

[3] In ordine agli effetti del "case law" (diverso dallo "statute law") nei modelli di ordinamento di Common law, v. Raimonda Tomasino, "Il valore del precedente: un'analisi critica", in Magistratura, numero 3/4 luglio - dicembre 2010.

[4] In tema, con specifico riferimento alle criticità della norma, v. Antonino Pulvirenti, Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela, in Archivio Penale, 30 giugno 2019 (Fascicolo n. 2/2019, Web).

[5] Sull'argomento, v. Silvia Bernardi, Il nuovo principio della 'Riserva di Codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa, in Diritto Penale Contemporaneo, 9 aprile 2018 (Fascicolo n. 4/2018).

altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale >>.

Sulla base di tale motivazione, le Sezioni Unite sono, dunque, pervenute alla conclusione che, anche in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, in assenza di un divieto esplicito ricavabile dal testo della norma, il giudice è tenuto pur sempre ad applicare la confisca, sanzione icasticamente definita "*amministrativa*"[6] ma di natura sostanzialmente penale[7] per la sua spiccata gravità e pervasività, in quanto comportante una "*ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento al rispetto dei beni*".

Alla applicazione (o conferma) della confisca, secondo i supremi giudici, non può sottrarsi nemmeno la Cassazione allorquando annulla la sentenza di condanna senza rinvio: ciò che si è appunto verificato nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, disattendendosi, contro ogni previsione, le richieste della Sezione Terza (Pres. *Lapalorcia*, Rel. *Rosi*) contenute nella ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019, n. 40380, che, al di là del quesito formulato (confisca sì, confisca no), aveva dato, comunque, per scontato, in caso di risposta affermativa, l'esito dell'annullamento con rinvio sia pure al solo fine di consentire al giudice di merito di valutare la proporzionalità della misura[8], non potendo - di certo - provvedervi il giudice di legittimità, estraneo a tale compito in quanto incompatibile con l'esercizio della funzione nomofilattica.

---

[6] Sulla differenza tra la sanzione amministrativa della confisca irrogata dal giudice una volta accertato il reato di lottizzazione abusiva e la misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., v. Luca Ramacci in "Diritto penale dell'ambiente", nonché, in giurisprudenza, fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350; Cass. pen., Sez. 3, 30 aprile 2009, n. 21188; Cons. Stato, Sez. 5, 27 maggio 2014, n. 2711; T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 12 gennaio 2012, n. 151.

[7] Sulla natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, v. Antonella Massaro, Confisca Urbanistica e condanna sostanziale: la Grande Camera della Corte Edu conferma la lettura proposta dalla Corte Costituzionale italiana, in Giustizia Insieme, 18 novembre 2018.

[8] In ordine alla relazione dicotomica fra giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni, da un lato, e pronunce della Corte EDU, dall'altro, in tema di applicazione di sanzioni edilizie produttive di possibili violazioni di diritti fondamentali protetti dalla CEDU, v. l'interessante contributo di Enrico Bonelli, Effettività del sistema sanzionatorio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu, in Federalismi.it, 19 dicembre 2018; pur sempre in tema di rapporto tra sanzione ablatoria e principi convenzionali, v. anche Francesco Paolo Garzone, La "proporzionalità" della confisca urbanistica: la Cassazione "vanifica" il contenuto della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Diritto.it, 21 marzo 2019.

Identica opinione aveva, del resto, espresso, nella sua requisitoria del 30 gennaio 2020, anche il P.G. (*Fimiani*), che aveva, infatti, concluso chiedendo "*l'annullamento senza rinvio per essere il reato estinto per prescrizione e con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca*"[9].

Ma di tali aspetti si dirà più diffusamente nel prosieguo della presente trattazione poiché l'effettiva intenzione del legislatore circa l'ambito di operatività dell'articolo 578-bis c.p.p. era completamente diversa ed anzi di segno diametralmente opposto rispetto alla tesi poi propugnata dalle Sezioni Unite, come desumibile dai lavori preparatori ed in particolare dalla Relazione della Commissione presieduta dal Dott. Gennaro Marasca (già Presidente titolare della V Sezione penale della Corte di Cassazione) istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 3 maggio 2016, cui era stato attribuito l'incarico di procedere alla elaborazione di una proposta attuativa della delega di recepimento del principio della c.d. "*tendenziale riserva di codice in materia penale*".

Mi si obietterà già da ora che ai lavori preparatori può riconoscersi soltanto "*valore sussidiario*" nella interpretazione della legge, trovando un limite nel fatto che la volontà da essi emergente non può mai sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale.

Senonché, come già anticipato, l'articolo 578-bis c.p.p. è una norma attuativa di funzione legislativa delegata secondo quanto previsto dagli articoli 76 e 77 della Costituzione.

E allora è fuor di dubbio che, per comprenderne l'esatto significato, debba farsi riferimento all'orientamento della Corte Costituzionale espresso nella sentenza del 17 luglio 2000, n. 292[10], che ha statuito, sul punto, quanto segue.

<< *La valutazione di conformità di una legge di delega all'art. 76 della Costituzione - secondo cui "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato ed oggetti definiti" - non può prescindere dalle finalità ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L'esigenza della determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell'oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato. D'altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale*

[9] La requisitoria del Procuratore Generale è pubblicata, a corredo della Informazione Provvisoria n. 2/20 della sentenza delle Sezioni Unite penali del 30 gennaio 2019, in Lex Ambiente.it, 4 febbraio 2020.

[10] La sentenza della Corte costituzionale del 17 luglio 2000, n. 292 (Pres. Mirabelli, Red. Bile), che ha affermato la necessità di verificare il contenuto dei lavori preparatori e le finalità perseguite nella interpretazione della legge delega, è relativa ai giudizi promossi con ordinanze emesse il 29 gennaio 1999 dal Pretore di Roma, il 15 aprile 1999 dal T.A.R. Lazio, sezione distaccata di Latina, l'11 maggio 1999 dal Giudice di pace di Palermo, il 16 settembre e il 26 luglio 1999 dal Tribunale di Roma e il 12 gennaio 2000 dal Tribunale di Vibo Valentia, sezione distaccata di Tropea, rispettivamente iscritte ai nn. 252, 394, 495, 659 e 704 del registro ordinanze 1999 e al n. 195 del registro ordinanze 2000, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 19, 29, 39, 50 e 52, prima serie speciale, dell'anno 1999 e n. 19, prima serie speciale, dell'anno 2000.

canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che le ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità >>.
Nella specie, proprio dai lavori parlamentari - il ricorso ai quali, come sottolineato dallo stesso giudice delle leggi, "*è rilevante per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati*" - si evince, senz'ombra di equivoco, che la lottizzazione abusiva, essendo per di più un reato contravvenzionale e non un delitto e trovando specifica collocazione nel d.P.R. n. 380/01, che disciplina in modo organico la materia, non può farsi rientrare nella "*riserva di codice*".
Ma anche questo aspetto sarà oggetto, in seguito, di ulteriori specificazioni.

2. L'ordinanza di rimessione della terza sezione della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380.
Per meglio inquadrare gli esatti termini della questione, appare opportuna una breve ricostruzione del caso approdato in Cassazione, che può essere così riassunto.

2.1. La Corte di Appello di Messina, con sentenza del 17 giugno 2013, confermava la pronuncia del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto del 24 luglio 2012 di condanna di Perroni Ignazio alla pena, condizionalmente sospesa, di anni uno e mesi due di arresto ed euro 60.000,00 di ammenda, per il reato di cui all'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01, per avere quest'ultimo realizzato, in data 7 ottobre 2008, in qualità di legale rappresentante della ditta edile Kallipoli S.r.l., la lottizzazione abusiva di un'area sita nel comune di Furnari (avente, in particolare, ad oggetto la costruzione solo parziale delle opere di urbanizzazione primaria assentite con concessione edilizia, cui aveva fatto seguito l'edificazione di dodici corpi di fabbrica fuori terra in assenza del necessario titolo abilitativo, peraltro in violazione del piano di lottizzazione approvato con deliberazione comunale dell'11 agosto 2006, n. 42, e degli standard urbanistici vigenti, con specifico riferimento alla volumetria realizzabile, alle sagome dei corpi di fabbrica, al numero delle unità abitative, alle superfici coperte, alle opere di urbanizzazione, agli abitati insediabili e alle distanze dalle strade).
Con la predetta sentenza veniva, altresì, confermata la confisca dell'area e dei fabbricati abusivamente realizzati.
Avverso l'intervenuta decisione, ritenuta illegittima, l'imputato, per il tramite del suo difensore, proponeva ricorso per cassazione, deducendo sei motivi.

2.2. Con il primo motivo, il ricorrente lamentava la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, sostenendo che l'attività edificatoria aveva riguardato un'area classificata nello strumento urbanistico vigente nel comune di Furnari come "*zona C3 - Nucleo di espansione*", sicché la stessa sarebbe stata eseguita nel pieno rispetto delle previsioni di zonizzazione e/o localizzazione dello strumento urbanistico, all'epoca vigente.

Questo dato, secondo la prospettazione difensiva, dimostrava, poi, che non si sarebbe materializzata una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, quale effetto necessario idoneo a configurare il reato di lottizzazione abusiva, potendo semmai ravvisarsi un mero abuso edilizio ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380/01.

Con il secondo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui la stessa aveva condiviso le conclusioni dei periti di ufficio, sia in riferimento al ritenuto sovradimensionamento delle superfici, dei volumi e del carico urbanistico, rispetto agli standard urbanistici utilizzabili, sia in ordine alla mancata "*monetizzazione*" delle opere di urbanizzazione secondaria non realizzate.

In buona sostanza, la sentenza avrebbe omesso di considerare che il reato *de quo* è integrato anche in presenza di autorizzazione a lottizzare purché quanto realizzato sia il frutto di consistenti e diffuse difformità tipologiche, volumetriche, strutturali e di destinazione.

Con il terzo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 del d.P.R. n. 380/01 e 43 c.p., ritenendo che nella sentenza di appello fosse stata omessa la motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. La considerazione del complessivo iter amministrativo che aveva condotto all'adozione del piano di lottizzazione e alla stipula della successiva convenzione sarebbe stata, infatti, sufficiente a dimostrare la sua buona fede, avendo egli agito con la consapevolezza di aver ricevuto le autorizzazioni necessarie dalle competenti autorità.

La sentenza, inoltre, sarebbe stata contraddittoria laddove, per respingere tale assunto, aveva affermato l'evidente e macroscopica illegittimità della lottizzazione, mentre era stata necessaria, dapprima, una consulenza tecnica ed in seguito una perizia collegiale per accertare tale illegittimità, segno chiaro della difficoltà tecnica dell'accertamento, oltre che del riscontro, appunto, della invocata buona fede.

Con il quarto motivo, il ricorrente deduceva la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, per avere la Corte di Appello disposto la confisca dell'area e dei beni su di essa esistenti, non tenendo in minimo conto che i beni confiscati appartenevano al ricorrente solo in minima parte, perché, per la restante parte, erano pacificamente di proprietà di soggetti rimasti estranei al processo.

Questi ultimi avrebbero di certo subito la violazione del loro diritto di proprietà in assenza di qualsivoglia colpa loro attribuibile e a fronte della mancanza di qualsivoglia indennizzo compensativo tale da dar luogo a violazione del principio di proporzionalità.

Con il quinto motivo, il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della

motivazione, nella parte in cui non aveva tenuto conto degli effetti della concessione edilizia in sanatoria rilasciata dai Commissari prefettizi che erano alla guida della civica amministrazione, omettendo, altresì, di considerare che, con tale concessione, era stato condonato l'unico illecito di cui l'imputato si era reso responsabile e, cioè, l'attività edificatoria abusiva realizzata nel corso dell'operazione di lottizzazione legittimamente autorizzata.
Secondo il ricorrente, poi, la concessione in sanatoria, pur non determinando l'estinzione del reato di lottizzazione abusiva, avrebbe, tuttavia, impedito l'applicazione della confisca, misura che, dunque, andava sicuramente annullata.
Con il sesto motivo, infine, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 175 c.p. e 125 c.p.p. e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, perché i giudici di appello non avevano motivato sulle ragioni del diniego del beneficio della non menzione della condanna, pur a fronte di specifica richiesta difensiva.

2.3. La Terza Sezione, con ordinanza del 2 ottobre 2019, n. 40380[11], supportata da motivazione articolata ed arricchita da numerosi richiami giurisprudenziali, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., avendo rilevato la possibile insorgenza di un contrasto sulla facoltà, in capo alla Corte di Cassazione, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura ablatoria, secondo i principi indicati dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, del 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia.

2.4. L'ordinanza in questione, nell'esplicitare le ragioni dei diversi indirizzi, ha innanzitutto segnalato l'orientamento della giurisprudenza formatosi da tempo nel senso di ritenere che la confisca dei terreni e delle opere realizzate possa essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, sempre che sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri, però, il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e che verifichi, inoltre, "*l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (cfr., per tutte, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe)*".

[11] L'ordinanza di rimessione di Cass. pen., Sez. 3, del 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380, è pubblicata in Sistema penale.it., 18 novembre 2019, unitamente al contributo di Alessandra Galluccio, Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato.

Tale orientamento, come sottolineato dalla Cassazione, ha acquisito maggior forza dopo il deposito delle motivazioni della richiamata sentenza della Grande Camera, che, dopo l'assunto di segno contrario della sentenza Varvara c. Italia, ha riconosciuto la compatibilità della confisca urbanistica con la declaratoria della sopravvenuta prescrizione del reato, purché il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi costitutivi sia stato accertato all'esito di un'istruzione probatoria rispettosa dei principi del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza.

L'ordinanza di rimessione ha, quindi, osservato che il giudice nazionale dovrebbe procedere, in tale ipotesi, ad una interpretazione dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 in linea con quella data a tale disposizione dalla Corte EDU.

Nella specie, infatti, pur avendo la Corte di Appello confermato la confisca già disposta dal giudice di primo grado, nulla aveva detto, così come i giudici di primo grado, in ordine all'oggetto della misura ablatoria, per cui era sicuramente indispensabile, "*alla luce di una interpretazione della disposizione convenzionalmente, oltre che costituzionalmente, orientata, verificare che la confisca fosse stata disposta in modo da risultare proporzionata al reato commesso*".

La mancanza di tale giudizio nella sentenza impugnata doveva necessariamente essere colmata, secondo la Corte, da una valutazione di merito sul requisito della proporzionalità della confisca, tuttavia non demandabile al giudice di legittimità.

Di qui, dunque, il quesito "*se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. srl e altri c. Italia*".

Nell'ordinanza di rimessione viene ricordato, sul punto, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avrebbe offerto soluzioni contrastanti al quesito consistente nell'individuazione della norma processuale che permetta il rinvio alla Corte di appello ai predetti fini, o valorizzandosi l'articolo 578-bis c.p.p. (essenzialmente, Sez. 3, n. 5936 dell'8 novembre 2018, *Basile*; Sez. 3, n. 14743 del 20 febbraio 2019, *Amodio*; Sez. 3, n. 31282 del 27 marzo 2019, *Grieco*) o facendosi leva sull'applicazione della disciplina prevista per casi analoghi, come la pronuncia sulla falsità dei documenti.

Ha poi aggiunto che, nonostante quanto affermato in altre decisioni (citandosi, in particolare, Sez. 3, n. 22034 dell'11 aprile 2019, *Pintore*), né dall'articolo 578-bis c.p.p., unicamente riferito ai giudici di appello ed alla Corte di Cassazione, né dalla giurisprudenza della Corte EDU risulterebbe l'obbligo per il giudice di primo grado di svolgere un processo penale nonostante il reato sia già estinto per prescrizione.

Sulla base di tali argomentazioni, l'ordinanza ha, dunque, avvertito l'esigenza di una composizione dell'accertato contrasto giurisprudenziale, rilevando che, onde consentire alla Corte di Cassazione di annullare con rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla statuizione sulla confisca, in caso di reato di lottizzazione abusiva

dichiarato prescritto, né sarebbe applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. per la sostanziale impossibilità di riferire tale disposizione alla confisca "*lottizzatoria*", ma solo alla confisca "*allargata*" o per equivalente, né sarebbe individuabile altra disposizione utile allo scopo.
Ha, poi, osservato che, anche a voler ritenere applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. alla confisca urbanistica, occorrerebbe, pur sempre, effettuare il controllo di conformità costituzionale della norma all'articolo 76 Cost., posto che, mentre la legge delega, in forza della quale è stata adottata la norma, avrebbe stabilito la riserva di codice per le disposizioni di diritto penale sostanziale, il decreto legislativo delegato avrebbe inserito una norma nel codice di procedura penale, per di più di portata innovativa, non compresa tra i principi e criteri direttivi della legge delega.
Non sarebbe possibile, peraltro, neppure dare per scontato che tale rinvio sia imposto al giudice di legittimità dal riconoscimento del principio di proporzionalità della confisca contenuto nella sentenza della Corte EDU G.I.E.M. s.r.l. c. Italia, che giammai potrebbe far ipotizzare un "*obbligo di esercizio della giurisdizione penale*" anche successivamente alla declaratoria di prescrizione del reato, ai soli fini di disporre la confisca.
In definitiva, secondo l'ordinanza di rimessione, una volta disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, in mancanza di una espressa valutazione sulla proporzionalità dei beni confiscati rispetto alla abusiva lottizzazione realizzata o, comunque, di una motivazione delle sentenze di merito che renda evidente e chiara tale proporzionalità, sarebbe viziata da eccesso di giurisdizione la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali.

3. I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. "azione penale complementare".
Con la sentenza in commento, depositata il 30 aprile 2020[12], le Sezioni Unite, dopo aver sottoposto a un rigoroso vaglio critico tutti i nodi interpretativi e le pur raffinate argomentazioni svolte sia nella ordinanza di rimessione che nella requisitoria del P.G., hanno risolto il contrasto, annullando "*senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione, confermando la disposta confisca*".
I principi di diritto affermati, sulla base dei quali è stata anche negata la sussistenza dei presupposti per l'esercizio della c.d. "*azione penale complementare*" in ordine alla valutazione della proporzionalità della confisca, sono i seguenti.

[12] La sentenza di Cass. pen., Sezioni Unite, del 30 aprile 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 13539, è scaricabile per esteso in Giurisprudenza Penale, 30 aprile 2020.

"*La confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento*".

"*In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sulla impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 480 del 2001*".

A tali conclusioni le Sezioni Unite sono pervenute dopo aver ritenuto inammissibili tutti i motivi di ricorso, compreso il quarto, per carenza di interesse, in quanto relativo, come già detto, ad una presunta lesione di soggetti terzi (indicati come proprietari in buona fede di gran parte dei beni), fatta eccezione per il quinto che è stato, invece, valutato dalla Corte semplicemente come infondato, in quanto relativo a questione di diritto concernente la idoneità di una sanatoria per i singoli reati edilizi a far venire meno la confisca nonostante la sua non estensibilità al reato di lottizzazione.

La Corte ha chiarito, al riguardo, che, una volta riconosciuto che la sanatoria degli immobili edificati nell'area interessata da una lottizzazione abusiva può eventualmente legittimare, ricorrendone i presupposti, soltanto le opere che costituiscono oggetto della lottizzazione, ma non comportare alcuna valutazione di conformità di quest'ultima alle scelte generali di pianificazione urbanistica, rendendo così lecita tale attività, non può che derivarne anche la irrilevanza degli effetti di tale sanatoria sulla confisca che è sanzione accessoria della sola lottizzazione.

Ovviamente, subito dopo aver maturato la decisione di dichiarare infondato il ricorso, la Corte ha dovuto prendere atto dell'intervenuta prescrizione che, comportando l'estinzione del reato, ha fatto sì che la sentenza impugnata venisse annullata senza rinvio, in applicazione dell'articolo 129, comma 1, c.p.p., preclusivo di ogni altra attività processuale.

A questo punto si è posto il problema di verificare la possibilità che la Corte di Cassazione, annullando la sentenza di condanna per il reato di lottizzazione in quanto estinto per prescrizione, possa, al tempo stesso, decidere dell'impugnazione in ordine alla confisca, in ciò dunque compresa anche la possibilità di annullare con rinvio, quanto a tale limitato aspetto, al giudice di merito.

Nell'interrogarsi su tale possibilità, le Sezioni Unite, dopo aver ricordato che la individuazione all'interno della sentenza di statuizioni che restino "*immuni*" rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione non può che essere il frutto di precise disposizioni normative, hanno escluso di aver rinvenuto nel sistema una

norma che tale possibilità consenta in concreto, legittimando una "*azione penale di tipo complementare*".

La tesi troverebbe, infatti, esplicita conferma nella lettera dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 («*La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca del terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*»), la quale lascerebbe intendere che la confisca dei terreni ben può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato sempre che sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva.

E tanto in base ad un indirizzo che "*affermatosi sin da tempi risalenti (si veda, nel vigore dell'art. 19 della I. n. 47 del 1985, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene, Rv. 197506 e Sez. 3, n. 10061 del 13/07/1995, Barletta, Rv. 203473), si è, poi, nel tempo consolidato ed "affinato" fino a trovare, in epoca più recente, sostanziale sintonia anche con la giurisprudenza della Corte EDU*".

Condensato inizialmente nella semplice affermazione della compatibilità tra dichiarazione di estinzione per prescrizione del reato e confisca delle aree lottizzate in ragione della sufficienza di un accertamento del reato, tale principio, secondo la Corte, si è via via irrobustito, forgiato anche dall'apporto della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, attraverso, dapprima, la indicazione della "*latitudine*" dell'accertamento, necessariamente comprensivo, per tenere conto delle indicazioni a suo tempo giunte dalla sentenza della Corte EDU 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia, sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo del reato (tra le prime, Sez. 3, n. 21188 del 30 aprile 2009, *Casasanta*; Sez. 3, n. 30933 del 19 maggio 2009, *Costanza*), e, successivamente, attraverso la predisposizione di modalità procedimentali coerenti con i principi del "*giusto processo*", come tali "*richiedenti la sussistenza del contraddittorio delle parti quale elemento imprescindibile dell'accertamento stesso (tra le altre, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe; Sez. 4, n. 31239 del 23 giugno 2015, Giallombardo)*".

E seppure in un primo momento l'assunto è apparso in dissonanza con la giurisprudenza della Corte EDU, lo stesso ha, invece, incontrato da ultimo, nella lettura della Corte sovranazionale, la affermazione di una sua compatibilità con i principi della Convenzione.

In altri termini, per le Sezioni Unite, se è vero che la pronuncia della Corte EDU 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ha affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente - o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza - possa subire una "*pena*" (tale dovendo essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'articolo 7 CEDU, è altrettanto vero che in seguito sia l'elaborazione della Corte Costituzionale che la "*rilettura*" operata dalla Corte EDU hanno offerto ulteriore fondamento al predetto indirizzo esegetico.

E ciò anche perché la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha, da un lato, ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento

della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca e, dall'altro, precisato che un tale "*pieno accertamento*" non è precluso in caso di proscioglimento dovuto a prescrizione, atteso che tale pronuncia ben può «*accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato*».

Ai fini della confisca urbanistica, deve, pertanto, tenersi conto «*non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento*», valorizzandosi le potenzialità di accertamento del fatto reato consentite anche a fronte di pronuncia di sentenza di proscioglimento.

Sempre sul piano della compatibilità di tale approdo con il diritto convenzionale, le Sezioni Unite hanno, altresì, rammentato che la Corte EDU, nella pronuncia della Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, dopo aver ribadito che i principi di legalità e colpevolezza, compendiati nell'art. 7 CEDU, rendono «*necessario impegnarsi, al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato, ad individuare la realtà di una situazione*», andando «*oltre al dispositivo di una decisione interna*», per «*tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione*», ha affermato che «*qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato*» (§ 261).

Sulla base di tali rilievi, le Sezioni Unite hanno, in definitiva, stabilito che << *nella "lettura" data da questa Corte, l'art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale", permettendo di fondare la "legittimità" del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre che dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU* >>.

Tale ricostruzione, una volta assodato che non occorre una condanna formale per applicare la sanzione della confisca e che non esiste alcuna norma che preveda, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione nel giudizio di legittimità, l'obbligo del rinvio al giudice di merito per la sola valutazione di proporzionalità della confisca, troverebbe - a ben vedere - ulteriore conferma nell'articolo 578-bis c.p.p., secondo cui «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di*

appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

Al fine di superare l'opposta tesi esplicitata dalla Sezione Terza nella ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno argomentato che:

a) è senz'altro esatto che la formulazione originaria della norma, introdotta dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (di attuazione della delega per la riserva di codice), e da ultimo modificata con la l. n. 3 del 2019 (che vi ha inserito l'inciso relativo alla «*confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*»), ha rappresentato il sostanziale trapianto, nel codice di rito, del contenuto dell'articolo 12-sexies, comma 4-septies, del d.l. n. 306 del 1992, secondo cui «*le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunziata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*»; infatti, il riferimento ai "*commi precedenti*" effettuato da tale norma ricomprendeva anche il comma 1 con il quale, per determinate ipotesi di reato, si prevedeva che, in casi di sentenza di condanna o di applicazione della pena, fosse sempre disposta la confisca cosiddetta "*allargata*", ovvero quella concernente i beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito (e tale comma è stato sostanzialmente trasfuso nel primo comma dell'art. 240-bis c.p., inserito nel codice dall'articolo 6, comma 1, del d.lgs. n. 21 del 2018 cit., e richiamato espressamente dall'articolo 578-bis, così come, appunto, l'articolo 12-sexies, comma 4-septies cit. richiamava il comma 1);

b) è del pari esatto che il comma 1 dell'articolo 12-sexies cit. (e, conseguentemente, in virtù della già indicata corrispondenza, il comma 1 dell'articolo 240 bis cit.) prevedeva la sola confisca "*per sproporzione*", senza in alcun modo contemplare la confisca urbanistica, ma è anche vero che, con l'articolo 578-bis, il legislatore non si è limitato a richiamare la «*confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale*», ma ha anche ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca «*prevista da altre disposizioni di legge*» e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'articolo 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca «*prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*».

Da tale ultimo assunto, le Sezioni Unite hanno tratto, quindi, la conseguenza che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa - di certo - "*non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge», formulato senza ulteriori*

specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale".

D'altronde, la riferibilità dell'articolo 578-bis alla confisca urbanistica poggerebbe anche su un criterio di evidente razionalità: l'esigenza che ha spinto il legislatore a dettare una norma volta, in chiara analogia con la disposizione dell'articolo 578 c.p.p. (non a caso immediatamente precedente nella topografia codicistica), ad evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all'articolo 240-bis cit. nel frattempo disposta in primo grado o in grado di appello (a seconda che la prescrizione maturi rispettivamente nel giudizio di appello o in quello di legittimità).

In ordine alla non necessità di un rinvio al giudice di merito, le Sezioni Unite hanno, infine, evidenziato che "*la norma dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., specificamente dedicata proprio al tempo e al quomodo della declaratoria di determinate cause di non punibilità (in esse rientrando anche la estinzione del reato), è stata da sempre interpretata da questa Corte come espressiva di un obbligo per il giudice di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia «lo stato e il grado del processo» (clausola, questa, significativamente menzionata dalla norma), sentenza di proscioglimento (in tal senso, Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Confl. comp. in proc. Bevilacqua, Rv. 229387; Sez. 5, n. 12174 del 18/02/2002, Vitale, Rv. 221392; implicitamente, Sez. 6, n. 783 del 26/02/1999, Tota, Rv. 214141)*".

Dunque, tirando le fila del ragionamento, solo là dove specificamente previsto, il principio dell'immediata adozione di pronuncia di proscioglimento potrebbe trovare deroga nel contemperamento con interessi ritenuti comunque meritevoli di tutela, difettando invece, per quanto riguardante la confisca lottizzatoria, ogni disposizione in tal senso.

Pertanto, non potrebbero giammai condurre ad una prosecuzione del giudizio le norme che consentono al giudice, nonostante la declaratoria di proscioglimento, di operare diversamente per determinate specifiche finalità (tra esse annoverandosi l'articolo 537 c.p.p., in tema di pronuncia sulla falsità di documenti, e l'articolo 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 in tema di contrabbando).

È infatti chiaro che tali norme, proprio perché derogatorie rispetto all'articolo 129 c.p.p., non potrebbero essere di certo considerate esemplificative di un "*sistema*" in tal senso, tanto più in ragione della peculiarità di situazioni, come quella disciplinata, ad esempio, dall'articolo 537 c.p.p. (la cui finalità è quella di evitare la celebrazione di un giudizio civile per accertare la falsità dell'atto), non equiparabili a quella della confisca urbanistica.

Sulla base di queste ed altre considerazioni, le Sezioni Unite hanno, quindi, concluso per la impossibilità di autorizzare, nella specie, la c.d. "*azione penale complementare*", rilevando, al tempo stesso, che:

- *"la confisca ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria";*

- *"l'eventuale annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe, comunque, in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustifichino (nel senso che "un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito", v. Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606); e tale presupposto non può che restare fermo anche con riguardo a quanto previsto dall'art. 609, comma 2, cod. proc. pen. in relazione alla possibilità per la Corte di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello (si veda, infatti, sia pure con riferimento all'applicabilità dell'art. 129 cod. proc. pen., Sez. 3, n. 394 del 25/09/2018, Gilardi, Rv. 274567).*

4. L'articolo 578-bis c.p.p. tra "riserva di codice" e lavori preparatori (relazione "marasca" e relazione illustrativa).

4.1. L'architrave motivazionale su cui poggia la decisione delle Sezioni Unite è rappresentato, come si è visto, dall'articolo 578-bis c.p.p. e, segnatamente, dal suo tenore letterale, eletto dai giudici a criterio interpretativo principe, allorquando affermano che << *l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale* >>.

L'articolo 578-bis c.p.p., come già ricordato, è stato inserito nel codice di rito dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1^ marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di

attuazione del principio di delega della "*riserva di codice*"[13] in materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, con decorrenza dal 6 aprile 2018.
La disposizione in esame è stata successivamente modificata dall'articolo 1, comma 4, lettera f), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "*Spazzacorrotti*")[14].
Rispetto al dettato precedente, la modifica operata è consistita, in effetti, nel solo inserimento dell'inciso "*o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*".
La legge n. 103 del 2017, entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha previsto modifiche all'ordinamento penale, sia sostanziale che processuale, nonché all'ordinamento penitenziario, inserendo tra i principi e criteri direttivi l'attuazione, sia pure tendenziale, del predetto principio della "*riserva di codice*", al fine di garantire una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e, quindi, l'effettività della funzione rieducativa della pena.
Tale principio palesa l'intenzione del legislatore di inserire nel codice penale tutte le fattispecie criminose che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità ed integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato.

4.2. Come emerge dalla Relazione Illustrativa ("*Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 3017, n. 103, ai sensi dell'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*") e dalla Relazione della Commissione di studio ministeriale presieduta dal Dott. Gennaro Marasca, istituita con D.M. 3 maggio 2016 (allo scopo di procedere ad una ricognizione della legislazione penale speciale e valutare quali siano i settori di essa meritevoli di trovare sistemazione nel codice penale per la rilevanza costituzionale dei beni e degli interessi tutelati), lo schema di decreto legislativo consta di 9 articoli attraverso i quali: è affermato, appunto, il principio di riserva di codice penale (articolo 1); sono trasferiti dalla legislazione speciale al codice penale alcuni delitti riconducibili alla tutela della persona (articolo

[13] Cfr. Di Tullio D'Elisiis Antonio, La riserva di codice in materia penale: novità dalla Gazzetta, in Diritto.it, 28 marzo 2018.

[14] Con tale legge, entrata in vigore il 1^ gennaio 2020, è stato riscritto anche l'articolo 159 c.p., il quale, nella formulazione attuale, prevede che "il corso della prescrizione rimane […] sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna".
Questa importante novità, di impatto dirompente sull'attuale sistema penale, ha indotto la dottrina a qualificare l'art. 578-bis c.p.p. come una disciplina "a tempo": così, sul punto, Gianluca Varraso, La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine, in Diritto Penale Contemporaneo, 4 febbraio 2019.

2), dell'ambiente (articolo 3), del sistema finanziario (articolo 4) e alla lotta alla criminalità organizzata (articolo 5).
Dalle due Relazioni, oltre che dall'Atto del Governo n. 466 e dall'indagine conoscitiva della II Commissione Permanente (Giustizia) del 18 ottobre 2017, si ricava, altresì, che il legislatore delegato ha tradotto l'espressione « *fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale* » come riferita ai soli delitti, circoscrivendo dunque la propria ricognizione ai delitti e tralasciando le contravvenzioni.
E già tale precisazione non è priva di conseguenze, essendo il reato di lottizzazione abusiva una contravvenzione e non un delitto, punita con la pena dell'arresto sino a due anni e l'ammenda da euro 15.493 a 51.645.

4.3. A ciò va aggiunto che la delega è stata intesa come limitata al solo trasferimento di fattispecie vigenti, con esclusione, dunque, di qualsiasi ulteriore intervento di correzione delle fattispecie penali, prevedendosi, all'articolo 6, il travaso all'interno del codice penale << *dell'articolo 240-bis, rubricato "confisca in casi particolari", nel quale viene spostato l'attuale contenuto dell'articolo 12-sexies del decreto-legge Scotti-Martelli (D.L. n. 306 del 1992), ovvero la disposizione che, in relazione alla commissione di uno specifico e costantemente alimentato catalogo di reati, detta le misure di sicurezza patrimoniali della confisca allargata e della confisca per equivalente; le specifiche disposizioni del decreto relative alla confisca allargata per i reati previsti dal Testo unico stupefacenti e dal TU dogane vengono invece inserite in quei testi normativi, attraverso il nuovo articolo 85-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 e articolo 5-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 43 del 1973* >>.
La riforma, come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, abroga, in pratica, l'articolo 12-sexies e ne trasferisce il contenuto all'interno del capo relativo alle misure di sicurezza patrimoniali, subito dopo l'articolo 240 sulla confisca.
In merito, la relazione illustrativa afferma che « *l'articolo 6 si giustifica, per ragioni di coerenza sistematica, con l'esigenza di dettare una disciplina organica in ambito codicistico delle misure di sicurezza patrimoniali* ».

4.4. Nella parte quarta della Relazione "*Marasca*" si legge, inoltre, che la professoressa Anna Maria Maugeri, componente della Commissione di studio, propone "*una radicale rivisitazione della materia della confisca da inserire nella parte generale del codice penale*"[15].

[15] V., per altri aspetti riguardanti la tematica, con nota a margine di Cass. pen., Sez. 1, 11 ottobre 2019, n. 1178, Anna Maria Maugeri, Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione, in Sistema Penale, 22 aprile 2020.

Prosegue, sul punto, la Relazione, evidenziando quanto segue.

<< Negli ultimi quindici anni le materie più delicate per i valori ambientali coinvolti sono già state oggetto di vere e proprie mini-codificazioni di settore, le quali assolvono, limitatamente alle materie regolate, ad una completa ed esauriente disciplina, comprensiva dei profili sanzionatori penali.

Si pensi al Testo Unico in materia edilizia (D.P.R. n. 380/2001) e a quello in materia di paesaggio (D.lgs. n. 42/2004), o al c.d. Testo Unico ambientale (D.lgs. n. 152/2006) in tema di ambiente.

Molte altre materie sono disciplinate in modo organico da singole leggi: si pensi alla disciplina in materia di industrie a rischio di incidenti rilevanti, di caccia e pesca, di OGM, di alimenti, di inquinamento marino, ecc.

Analoghe considerazioni valgono per le normative speciali in tema di incolumità e salute pubblica: ancora una volta il distacco delle sole fattispecie penali e il loro "travaso" nel codice penale appare sconsigliabile, risolvendosi in una scissione tra precetto e norma sanzionatoria penale disfunzionale alla leggibilità del sistema.

Tanto premesso, l'indicazione generale, salve le eccezioni di seguito nominate, è di mantenere le fattispecie penali oggi contenute nella legislazione speciale nella sede attuale, ogni qual volta - ed è la regola – esse costituiscano l'appendice sanzionatoria di complessi di precetti e procedure analiticamente disciplinate da testi unici o da leggi "organiche".

Ciò che è stato unito e disciplinato organicamente è bene non venga artificiosamente separato, proprio per assicurare le esigenze di migliore conoscenza dei precetti perseguita dal disegno di legge delega.

Il "travaso" delle sole fattispecie penali sanzionatorie nel codice penale, lungi dal rendere i reati meglio conoscibili, costringerebbe i destinatari e gli operatori del diritto ad un "ping-pong" tra precetti, rimasti nei testi di provenienza, e sanzioni, "esportate" nel codice penale, con una perdita di razionalità e leggibilità del sistema complessivo (...).

La disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell'urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali è contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente e di integrale disciplina dei singoli settori, che recano, principalmente, norme di carattere amministrativo.

È opportuno che la tutela penale in tali ambiti materiali rimanga nelle attuali collocazioni, in modo da restare collegata alle complessive discipline amministrative: i singoli articoli che prevedono le sanzioni penali puniscono, infatti, le violazioni delle più rilevanti tra tali disposizioni.

Il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde, dunque, alla generale esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti; certezza e conoscibilità che diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore. E, del resto, il mandato assegnato alla Commissione non prevede la

possibilità di disporre, attraverso la depenalizzazione delle violazioni meno gravi, una complessiva razionalizzazione del sistema sanzionatorio al fine di realizzare il c.d. "diritto penale minimo". Consente al più l'eliminazione di duplicazioni sanzionatorie, attraverso l'abrogazione di singole disposizioni superflue.
Le considerazioni appena svolte valgono, in primo luogo per la legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), il cui art. 30 prevede sanzioni penali tutte riferite alla violazione delle disposizioni (amministrative) di cui ai precedenti art. 6 e 13, nonché 11, comma 3, e 19, comma 3 della stessa legge. Valgono anche per il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), che rappresenta la più recente tra discipline organiche nelle materie qui considerate e contiene una complessa architettura normativa. Esso costituisce, infatti, l'ultima tappa di una faticosa opera di razionalizzazione con un primo tentativo compiuto, rappresentato dal testo unico n. 490 del 1999 rispetto alla quale il trasferimento della disciplina sanzionatoria penale nel codice penale sarebbe un passo indietro, perché avrebbe il solo effetto di spezzare il nesso logico fra sanzioni penali e precetti di tipo amministrativo.
Quanto al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentazioni in materia edilizia), anch'esso punto di arrivo della faticosa evoluzione normativa del settore, pare invece opportuno operare una razionalizzazione ulteriore, nel senso di procedere all'abrogazione esplicita di quelle disposizioni sanzionatorie penali, contenute in precedenti leggi, che erano state espressamente mantenute in vigore dall'art. 137, comma 2, «per tutti i campi di applicazione originariamente previsti dai relativi testi normativi e non applicabili alla parte I di questo testo unico». Esse costituiscono, di fatto, mere duplicazioni delle sanzioni oggi inserite nello stesso d.P.R. n. 380 del 2001. Si propone, dunque, di lasciare immutato tale ultimo testo normativo e di abrogare invece gli artt. 13, 14, 15, 16, 17 della legge 5 novembre 1971, n. 1086 (Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica) e l'art. 20 della legge 2 febbraio 1974, n. 64 (Provvedimenti per e costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche), precisando espressamente che ogni riferimento contenuto in altre leggi alle disposizioni abrogate deve intendersi come effettuato alle disposizioni del d.P.R. n. 380 del 2001, che si pongono con queste in totale continuità (artt. 71, 72, 73, 74, 75 e 95). I limiti del mandato conferito a questa commissione impongono di limitare l'abrogazione alle sole disposizioni sanzionatorie, non potendosi questa estendere agli interi testi normativi che le contengono, perché questi recano anche disposizioni di altro tipo (...).
In conclusione, si propone di non effettuare alcun trasferimento di disposizioni sanzionatorie dalle attuali collocazioni verso il codice penale >>.

4.5. Emerge, in definitiva, dai lavori preparatori che, anche dopo la riforma, la sede propria del reato di lottizzazione abusiva continua ad essere quella del d.P.R. n. 380/01, che è normativa organica di settore, la quale mal si concilia, secondo le ragioni ispiratrici della delega, con un eventuale travaso di norme proprie all'interno

del codice penale, non richiedendo, comunque, alcuna "*razionalizzazione*" ulteriore, in sintonia con quanto previsto in generale dall'articolo 3 bis c.p., secondo cui "*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*".
Tuttavia, secondo le Sezioni Unite, per cogliere l'effettivo significato dell'articolo 578-bis c.p.p., non vi sarebbe ragione di indagare sulla "*mens legis*".
Infatti, qualunque essa sia, ciò che conta è che il dato letterale della norma, ovvero dell'articolo 578-bis c.p.p., conduca al risultato voluto che poi sarebbe quello di ricomprendere nel richiamo alla confisca "*prevista da altre disposizioni di legge*" anche la confisca urbanistica, e ciò indipendentemente dalle motivazioni che abbiano potuto determinare "*il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito*".
Ora, se è vero che l'espressione utilizzata dal legislatore autorizza in astratto tale conclusione, è altrettanto vero che la disposizione si presta indiscutibilmente anche ad una diversa interpretazione, come rilevato dalla Cassazione nella stessa ordinanza di rimessione, nella quale si sottolinea che:
1. - "*Il nuovo articolo del codice di rito è frutto del trasferimento ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018, che ha attuato la delega per la riserva di codice, di una disposizione della normativa antimafia: l'art. 12-sexies, comma 4-septies del d.l. n. 306 del 1992 (comma peraltro introdotto con la riforma del Codice antimafia, I. 21/10/2017, n. 161) che disciplina la cd. confisca allargata. La redazione della "nuova" disposizione che fa richiamo all'art. 240-bis cod. pen. nella sua, del pari, nuova formulazione, non contiene, a differenza dell'abrogato art. 12-sexies d.l. 306/92, riferimenti né all'art. 295, c. 2 del D.P.R. n. 43 del 1973 (T.U. doganale), né all'art. 73 (escluso il comma 5) D.P.R. n. 309 del 1990 (T.U. stupefacenti), perché l'art. 3-bis cod. pen. ha stabilito che se una materia è disciplinata in un testo unico, le disposizioni che la riguardano devono essere inserite all'interno di tale corpus normativo, per cui nei menzionati testi unici sono state previste due nuove disposizioni sulla confisca allargata. In conseguenza l'art. 578-bis cod proc. pen. è stato espressamente formulato in modo che ne fosse consentita applicazione anche ai reati in materia di contrabbando e di sostanze stupefacenti: in tal modo si spiega l'inciso dopo il richiamo alla confisca di cui all'art. 240-bis cod.pen. "e da altre disposizioni di legge", inciso dopo il quale è stato aggiunto "o la confisca prevista dall'art. 322- ter cod.pen.", con l'art. 1, comma 4, lett. f) legge n. 3 del 9/1/2019 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in tal modo aggiungendo alle ipotesi di confisca allargata, anche l'ipotesi di confisca per equivalente (...)".*
2. - "*Del resto è consolidata l'interpretazione che esistano diverse tipologie di confische e certamente la confisca urbanistica non è assimilabile né a quella allargata di cui all'art. 240-bis cod.pen., né a quella per equivalente di cui all'art. 322-ter cod.pen., essendo la prima una confisca legata in via diretta al reato di lottizzazione abusiva da un vincolo pertinenziale".*

3. - "Manca una disposizione processuale che consenta alla Corte di Cassazione che pronunci sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre anche il rinvio al giudice di appello al fine di verificare la conformità della disposta confisca al criterio di proporzionalità imposto dalla sentenza G.I.E.M.".

Quali conseguenze trarre da questa diversa lettura?

Appare scontato che, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva (e non mi sembra questo il caso), l'interprete non debba ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, in virtù dell'esame complessivo del testo, della "*mens legis*", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore[16].

Soltanto qualora la lettera della norma risulti ambigua (e si appalesi, altresì, infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, onde il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa[17].

Quando, poi, si è al cospetto di norma, quale l'articolo 578-bis c.p.p., frutto di legislazione delegata, non può farsi a meno di rilevare che, come ritenuto dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza del 17 luglio 2000, n. 292, il ricorso ai lavori parlamentari è senz'altro decisivo "*per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati*".

---

[16] Cfr., per un approfondimento della tematica, Giulio Corato, Gli argomenti del diritto. L'argomento psicologico (o ricorso alla volontà/intenzione del legislatore concreto), in Giurisprudenza Penale, 27 aprile 2016, con richiami a Cass. civ. n. 5128/2001, Cass. civ. n. 13083/2009 e Cass. civ. n. 3495/1996.

[17] Cfr. V. Crisafulli, Sulla motivazione degli atti legislativi, in Riv. dir. pubblico, 1937, I, p. 425, il quale rileva "l'assenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma di diritto scritto o consuetudinario, prescrivente che le leggi siano motivate". Per una diversa opinione, v., però, C. Mortati, Le leggi provvedimento, Giuffrè, Milano, 1968, spec. 134 ss. e 244 ss., il quale sostiene la necessità che quantomeno le leggi-provvedimento siano motivate, facendosi così risultare "le ragioni che, sulla base dei presupposti accertati, si sono ritenute sufficienti per l'emanazione dell'atto", per consentire "una loro più esatta interpretazione ed il migliore espletamento del controllo di costituzionalità". L'autore aggiunge che "è da rigettare espressamente l'opinione che considera incompatibile con l'indole propria degli atti legislativi primari l'imposizione dell'obbligo di motivazione, ritenendo che essa potrebbe accogliersi limitatamente a quelle leggi contenenti norme non solo generali ed astratte, ma altresì non vincolate alla soddisfazione di interessi pubblici specifici, circoscritti nel tempo o nello spazio, in deroga al diritto comune".

Del resto, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 12 aprile 2017, n. 127, richiamando la propria costante giurisprudenza in materia, ricorda, in proposito, che:
1.- "*Il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi, deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano. Questa stessa giurisprudenza chiarisce che la delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega. Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la ratio della legge delega (sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, n. 119 del 2013)*".
2. - "*La rilevata esistenza di oggettive incertezze nella stessa ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega (sentenza n. 278 del 2016), senza contrastare con gli indirizzi generali desumibili da questa (sentenze n. 229 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 272 del 2012)*".
3. - "*È ben vero che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il parere delle Commissioni parlamentari non è vincolante e non esprime interpretazioni autentiche della legge di delega (sentenze n. 250 del 2016 e n. 173 del 1981), ma è altrettanto vero che esso costituisce pur sempre elemento che, come in generale i lavori preparatori, può contribuire alla corretta esegesi della stessa (sentenze n. 308 e n. 193 del 2002)*".
È, peraltro, indubitabile che la consapevole scelta del legislatore delegato di interpretare i principi e i criteri direttivi della delega nel senso che la confisca urbanistica sia da escludere dalla "*riserva di codice*" abbia rappresentato legittimo esercizio della discrezionalità spettante al Governo nella fase di attuazione della delega, nel rispetto della *ratio* di quest'ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale.
Così come è altrettanto indubitabile che tale discrezionalità non possa essere messa in discussione nemmeno dalla opinabile affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui la riferibilità dell'articolo 578-bis cit. alla confisca urbanistica troverebbe, comunque, giustificazione nella esigenza di evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un accertamento di penale responsabilità confermato anche in grado di appello, vanifichi non solo la confisca di cui all'articolo 240-bis c.p.p., ma anche quella di cui all'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.
A tale affermazione può replicarsi già solo ribadendo che il legislatore delegato, nel menzionare « *le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale* », ha inteso riferirsi soltanto ai delitti e non anche alle contravvenzioni.

E il reato di lottizzazione abusiva, pur essendo un reato grave, tale da determinare, secondo attenta dottrina[18], "*un vulnus alle condizioni di vita della popolazione residente, la cui protezione è determinata dall'articolo 9 della Costituzione*", è ancora oggi, per precisa opzione legislativa, un reato contravvenzionale, come tale sottratto all'ambito di operatività della delega[19].

Per concludere sul punto, appare logico ritenere che, a fronte di elementi testuali del dato normativo suscettibili di divergenti letture, il Governo ben potesse assumersi la responsabilità, come poi avvenuto con la presentazione in Parlamento delle suddette Relazioni, di effettuare una specifica scelta chiarificatrice.

E tale scelta, consapevolmente effettuata, si rivela, a mio avviso, immune da censure, tenuto conto proprio delle finalità ispiratrici della delega, tese ad escludere - come si è visto - che *"la disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell'urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali, contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente"* trovi ingresso nel codice penale.

È evidente, infatti, che il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde alla avvertita esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti: certezza e conoscibilità che - come risulta anche dal Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 2017 - *"diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore"*.

Di questa generale esigenza, oltre che della imprescindibile necessità di comparare l'elemento letterale e l'intento del legislatore in presenza di un testo normativo dal significato obiettivamente equivoco, le Sezioni Unite non hanno inteso farsi carico nella sentenza in commento, preferendo attribuire laconicamente al richiamo alla confisca "*prevista da altre disposizioni di legge*", inserito nell'articolo 578-bis c.p.p. senza ulteriori specificazioni, una valenza tale da ricomprendere nella espressione anche la confisca urbanistica, notoriamente disciplinata da fonte normativa diversa dal codice penale.

E ciò sebbene l'istituto della confisca urbanistica sia ontologicamente diverso dall'analogo istituto disciplinato dall'articolo 240 c.p., atteso che - pur permanendone il carattere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 7 CEDU - i terreni e le opere vengono acquisiti al patrimonio immobiliare del comune e non a quello statale come avviene invece per la confisca codicistica, configurandosi in tal modo una espropriazione a favore dell'autorità comunale in luogo di quella a favore dello Stato.

[18] Così Nicola Centofanti, in "L'abusivismo edilizio. Sanzioni amministrative e Penali", Giuffrè - Edizione 2010.

[19] Cfr., sul punto, anche la sentenza Grieco già citata (Cass. pen., Sez. 3, del 27 marzo 2019, n. 31282), nella quale si sottolinea che l'art. 578-bis c.p.p. "non riguarda l'ipotesi di confisca delineata dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 380 del 2001".

5. Il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della corte edu sud fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) g.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018.

5.1. Dopo aver accertato che il reato di lottizzazione abusiva era estinto per prescrizione e dovendo, dunque, disporre l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, le Sezioni Unite si sono interrogate anche in ordine alla possibilità di confermare *"la statuizione del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto di confisca del terreno abusivamente lottizzato e dei manufatti sullo stesso abusivamente realizzati*".

A tale quesito le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa, rilevando che "*deve, infatti, restare salvo il principio, certamente implicito anche nell'ambito dell'art. 578-bis cod. proc. pen. (così come lo è sempre stato con riguardo alla parallela norma dell'art. 578 cod. proc. pen.), secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all'art. 609, comma 2, cod. proc. pen.*", ed aggiungendo, altresì, che "*non può esservi dubbio che il potere appena ricordato di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi*".

Né - secondo le Sezioni Unite - residuerebbe, nella specie, un qualche spazio "*per valutare l'eventuale illegittimità della statuizione della confisca, neppure sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità evocato dall'ordinanza di rimessione come questione rilevabile d'ufficio per effetto della decisione della Corte EDU 26/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, posto che lo stesso ricorrente, con l'unico motivo riguardante la confisca, ha dedotto una questione, ovvero quella della buona fede di soggetti terzi proprietari dell'area e di beni lottizzati, del tutto estranea alla propria posizione*",

Nel merito della rilevabilità d'ufficio, "*neppure potrebbe dirsi che il profilo della proporzionalità esulasse dal perimetro cognitivo dei giudici e delle parti del processo perché insorta solo successivamente alla decisione predetta della Grande Camera; al contrario, già con la decisione della Corte EDU del 20/01/2009, Sud Fondi c. Italia, venne a suo tempo affermata la necessità del requisito di proporzionalità della confisca in connessione con il principio dell'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, sicché non a caso la giurisprudenza di questa Corte ebbe poi ad insistere, proprio sulla base dei principi costituzionali e convenzionali, sulla necessità del rispetto di detto principio (tra le altre, in motivazione, v. Sez. 3, n. 37472 del 26/6/2008, Belloi, Rv. 241101)*".

5.2. Intanto, va subito osservato che non pare esatto sostenere che il riferimento alla valutazione di proporzionalità contenuto nella sentenza Sud Fondi sia speculare e

sovrapponibile rispetto a quello contenuto nella sentenza G.I.E.M. della Grande Camera.

Nella sentenza Sud Fondi, infatti, la Corte pone l'accento sul concetto di "*giusto equilibrio*" e, dopo aver rilevato che "*le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso*" (paragrafo 139), conclude che "*la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche*".

Viceversa, nella sentenza G.I.E.M., la Grande Camera amplia il raggio di azione della valutazione di proporzionalità, facendovi rientrare un maggior numero di elementi.

Dopo aver, appunto, premesso che "*nessuno può contestare la legittimità delle politiche statali a favore della tutela ambientale, perché in tal modo si garantiscono e si difendono anche il benessere e la salute delle persone (Depalle c. Francia [GC], n. 34044/02, § 84, CEDU 2010, e Brosset-Triboulet e altri c. Francia [GC], n. 34078/02, § 87, 29 marzo 2010)*", la Grande Camera afferma che "*l'esame della situazione attuale, che si basa sulle informazioni fornite dalle parti, lascia qualche dubbio circa la realizzazione dello scopo che ha giustificato le misure contestate dai ricorrenti*".

Ciò perché:

"*In primo luogo, il terreno confiscato alla società G.I.E.M. S.r.l. è stato restituito alla società ricorrente nel 2013 a seguito di istanza presentata al tribunale di Bari dal sindaco di questa città. Tale restituzione è stata effettuata in virtù dei principi stabiliti dalla Corte nella sua sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata) in base agli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 42-43 supra).*

Successivamente, per quanto riguarda le società Hotel Promotion S.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l., alla data del 29 luglio 2015, gli immobili confiscati risultavano ancora occupati dai proprietari. Inoltre, nel maggio 2015, il consiglio comunale di Golfo Aranci ha riconosciuto l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito (paragrafo 74 supra).

Infine, nel maggio 2015, il perito nominato dalla società Falgest S.r.l. e dal sig. Gironda ha sottolineato lo stato di abbandono nel quale si troverebbe il complesso sequestrato agli interessati, in assenza di manutenzione da parte del Comune proprietario dei luoghi (paragrafo 87 supra).

Ci si può quindi chiedere in che misura la confisca della proprietà dei beni in questione abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente".

La Grande Camera pone, dunque, un diverso problema, che è quello del necessario bilanciamento - nella ricerca del "*giusto equilibrio*" - tra i diversi parametri, ricordando, fra l'altro, che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi

ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito[20]

E questo ragionevole rapporto non può dirsi rispettato se la persona interessata è costretta a sopportare oneri eccessivi, tanto più se si considera che la valutazione di proporzionalità della confisca deve necessariamente tener conto anche di ulteriori elementi, quali "*la possibilità di adottare misure meno restrittive, la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o anche l'annullamento del progetto di lottizzazione, la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi ed infine soprattutto il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione*" (paragrafo 301).

Da tanto deriva indiscutibilmente che non è sufficiente garantire l'osservanza del solo parametro oggettivo relativo all'ingerenza nel diritto di proprietà, come può essere quello dell'accertamento del criterio quantitativo della corrispondenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate, ma anche e soprattutto di quello soggettivo, da verificare in concreto in relazione "*al grado di colpa o di imprudenza*" degli interessati "*o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato*".

Del resto, se è vero che l'articolo 7 della Convenzione non menziona espressamente alcun legame mentale da riscontrarsi tra l'elemento materiale del reato e la persona che si ritiene lo abbia commesso, è altrettanto vero che *"la logica della sentenza e della punizione e il concetto di "colpevolezza" (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di "personne coupable" (nella versione francese) supportano un'interpretazione secondo cui l'articolo 7 richiede, ai fini di punizione, un legame intellettuale (consapevolezza e intenzione) che rivela un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore del reato, in mancanza del quale la sanzione sarà ingiustificata, anche perché sarebbe incoerente, da un lato, richiedere una base giuridica accessibile e prevedibile e, dall'altro, consentire a un individuo di essere giudicato colpevole e punirlo anche se non era stato messo in condizione di conoscere la legge penale a causa di un errore inevitabile per cui la persona che ne è venuta a capo non può essere in alcun modo biasimata*".

5.3. Ad analoghe conclusioni, pur sempre in ordine all'assenza di simmetria tra i parametri indicati dalla Grande Camera e la precedente giurisprudenza della Corte

[20] Per utili puntualizzazioni sul requisito di proporzionalità e i profili connessi alla concreta operatività della misura ablatoria, v. Cass. pen., Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco ed altri, già citata, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, Cass. pen., Sez. 3, 22 gennaio 2020, n. 2292, Romano, Cass. pen., Sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino, nonché Cass. pen., Sez. 3, 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio, in cui si sottolinea che la confisca richiede, pur sempre, "un accertamento in fatto che deve necessariamente essere effettuato, sulla base di dati materiali oggettivi, dal giudice del merito e da questi supportato con adeguata e specifica motivazione, sindacabile, in sede di legittimità, nei limiti propri di tale giudizio".

EDU, perviene, peraltro, anche lo stesso P.G. nel procedimento definito dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento.

Nella propria requisitoria, il P.G. afferma, infatti, che la sentenza G.I.E.M. ha individuato, al paragrafo 301, "*criteri di verifica della proporzionalità ulteriori rispetto a quello della mera coincidenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate*", ovvero: un primo requisito di carattere oggettivo, relativo all'impatto della misura sul diritto di proprietà; un secondo requisito di carattere soggettivo, relativo al grado di colpa o di imprudenza degli interessati o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato in questione; un terzo requisito, consistente nella necessaria disponibilità per il giudice di un sistema graduale di misure al fine di consentirgli di bilanciare, in concreto, l'interesse generale (consistente nel ripristino e salvaguardia del c.d. ordine urbanistico e quindi, come rileva la sentenza G.I.E.M. al paragrafo 295, nella tutela del "*benessere e della salute delle persone*") con quello particolare.

Tali criteri sarebbero, inoltre, pienamente coerenti con i rilievi di cui ai paragrafi 292 e 293, in cui la Grande Camera ha enunciato i seguenti principi, per poter ritenere convenzionalmente legittima l'ablazione del diritto di proprietà: "*che un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni abbia un fondamento giuridico; che sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito; che lo Stato abbia un ampio margine di apprezzamento per scegliere i mezzi da utilizzare al fine di conseguire lo scopo nell'interesse generale*".

Ne discende, in buona sostanza, che la violazione dell'articolo 1, Protocollo 1, CEDU, pure in fattispecie in cui si lamentava la confisca di terreni non interessati dall'attività lottizzatoria, non viene affermata dalla Grande Camera per tale ragione, bensì per la violazione della regola del bilanciamento tra interessi contrapposti che è, poi, alla base dell'applicazione del principio di proporzionalità.

In tale ottica, il P.G. condivide anche la critica mossa dalla dottrina, secondo cui, "*dopo la sentenza G.I.E.M., la Corte di legittimità ha ricostruito una sorta di criterio legale di proporzionalità: questa si avrebbe sempre quando la confisca coinvolge beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e quelli a essa funzionali, nel mentre i giudici europei hanno chiesto un bilanciamento in concreto, un apprezzamento pratico del giudice in funzione dell'intensità offensiva della condotta; i giudici italiani rispondono, invece, indicando una regola di giudizio legale, un parametro normativo fisso*".

5.4. In definitiva, anche alla luce di un'interpretazione convenzionalmente orientata, che tenga nel debito conto gli insegnamenti ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, da ultimo, proprio dalla sentenza G.I.E.M., è fuor di dubbio che l'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01, nel prevedere l'obbligatoria confisca dei "*terreni abusivamente lottizzati*" e delle "*opere abusivamente costruite*", imponga di limitare la misura soltanto a quei beni che siano stati di fatto interessati dall'attività illecita, evitando, in tal modo, una generalizzata ablazione della proprietà che, in

quanto sproporzionata ed eccessivamente onerosa, finirebbe per porsi in contrasto con l'art. 1 del Protocollo 1.

5.5. Naturalmente, nell'ampio spettro della valutazione di proporzionalità, occorre, poi, tener conto anche della necessità della preventiva definizione degli illeciti e del relativo regime sanzionatorio, soprattutto perché, nel procedere a tale valutazione, non può farsi a meno di verificare anche l'osservanza degli obblighi procedurali di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1.
La Grande Camera rammenta, infatti, che, nonostante il silenzio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 per quanto riguarda i requisiti procedurali, un procedimento giudiziario relativo al diritto al rispetto della proprietà deve anche offrire alla persona interessata un'adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione.
Una ingerenza nei diritti previsti dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 non può, quindi, avere alcuna legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l'esito della causa.
Da ciò l'ovvia considerazione che la legge dalla quale scaturisce la possibilità di infliggere una sanzione di tipo penale deve anche presentare i caratteri della accessibilità e della prevedibilità: vale a dire, da un lato, essa deve essere conoscibile e intelligibile da parte del soggetto al quale si rimprovera la violazione del precetto contenuto nella norma giuridica e, dall'altro, deve esplicitare la previsione delle conseguenze sanzionatorie cui sarà esposto il contravventore, sicché, a tal fine, non rileva il *nomen iuris* o l'inquadramento che un istituto riceve da parte della legislazione nazionale, in quanto - ad evitare da parte di questa una "*truffa delle etichett*e" in relazione alla qualificazione giuridica del proprio apparato sanzionatorio mediante il declassamento a livello amministrativo di sanzioni che invece presentano indicatori tali da farle refluire nel terreno delle pene - è necessario procedere ad una disamina concreta delle singole misure, secondo una linea che superi il mero dato formale costituito dalla qualificazione attribuita ad un istituto dal singolo ordinamento interno[21].

5.6. Se questi sono i principi "*consolidati*" enunciati dalla Grande Camera, appare mal riuscito il tentativo delle Sezioni Unite di giustificare la mancata rilevabilità d'ufficio del *deficit* di proporzionalità con quanto previsto dall'articolo 609, comma 2, c.p.p., in relazione alla possibilità per la Corte di Cassazione di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

[21] Cfr., Cass. pen., Sez. 3, 5 aprile 2018, n. 15126, Settani ed altri.

Tale possibilità - secondo le Sezioni Unite - sarebbe, infatti, da escludere in quanto "*nella specie, la confisca, ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria*",
E tanto anche perché *"l'annullamento con rinvio, effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che Io giustifichino*".

5.7. In ordine alla ritenuta inapplicabilità del rimedio previsto dell'articolo 609, comma 2, c.p.p., va - di contro - osservato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 43 del 2 marzo 2018, a seguito di una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU, sopraggiunta all'ordinanza di rimessione, che aveva mutato il significato della normativa convenzionale interposta nel giudizio di legittimità costituzionale radicato per possibile contrasto con l'articolo 117, primo comma, Cost., è pervenuta ad opposte conclusioni, disponendo la restituzione degli atti al giudice *a quo* ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione.
Richiamando precedenti decisioni, il giudice delle leggi ha chiarito in tale occasione che «*le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata (sentenza n. 49 del 2015)*»[22].
D'altronde, trattandosi di irrogazione di una pena suscettibile di essere considerata illegale nel senso di cui all'art. 7 CEDU, è certo che l'applicazione dell'articolo 609, comma 2, c.p.p., sia di ancor più immediata evidenza, a maggior ragione se si considera che le disposizioni della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, allorquando palesano una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione stessa, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale sono state pronunciate.
Non convince, dunque, l'affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui, trattandosi di questione riconducibile, con adattamenti, alla nozione di "*violazione di legge*" di cui all'articolo 606, comma primo, lett. e), c.p.p., la stessa dovrebbe essere fatta valere, nei

[22] V. Paola Mori, "Il Predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU", in Sidiblog, 15 aprile 2015.

limiti previsti dall'art. 581 c.p.p., mediante l'illustrazione di apposite ragioni di fatto e di diritto.
Essendo, infatti, il giudice tenuto ad applicare il diritto nazionale in conformità ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma Cost.), deve giocoforza ritenersi che, laddove la Corte EDU abbia individuato un profilo di (possibile) incompatibilità tra l'ordinamento di uno Stato membro del Consiglio d'Europa e i principi convenzionali, peraltro, per la prima volta e con una sentenza resa dalla Grande Camera, che quindi certamente rappresenta il diritto consolidato in materia, la Corte di Cassazione sia tenuta a rilevare d'ufficio la questione ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p., esattamente come se si trovasse di fronte ad una normativa sopravvenuta, della quale non può fare a meno di tener conto.

5.8. Né miglior sorte pare debba attribuirsi all'argomento suggestivo, pure utilizzato dalle Sezioni Unite, secondo cui il sistema processuale ripudierebbe l'annullamento c.d. *ad explorandum*.
Per giustificare tale tesi, i supremi giudici arrivano a richiamare, come si è visto, un risalente precedente giurisprudenziale, ovvero la sentenza "*Giordano*" delle stesse Sezioni Unite[23].
Orbene, a parte il fatto che quella sentenza è intervenuta quando il problema della valutazione della proporzionalità della confisca era ben lontano dal venire ad esistenza, ciò che più rileva è che essa riguardava il diverso problema della incidenza sulla pronunzia impugnata della successione di leggi penali, per effetto della quale "*sia rimasto parzialmente abolito il reato al quale si riferisce la condanna*".
È proprio sulla base di siffatta evenienza che le Sezioni Unite "*Giordano*" hanno statuito che:
"*Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito*".
"*È vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte a una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell'art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse*".
Nulla a che vedere, pertanto, con il caso di specie, in cui altro precedente, non meno significativo, delle stesse Sezioni Unite, in ordine alla necessità di consentire, in tali

[23] Cass., SS. UU., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in Altalex, 16 febbraio 2004.

casi, "*l'azione penale complementare*", non viene sufficientemente valorizzato nella sentenza in commento.

Mi riferisco alla sentenza delle Sezioni Unite n. 38834 del 10 luglio 2008, *De Maio*, e al principio di diritto dalle stesse affermato, secondo cui "*l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'articolo 240, comma secondo, n. 1, del codice penale*".

Con tale sentenza, la Corte, nell'esaminare la questione sulla compatibilità tra l'intervenuta prescrizione del reato e la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, c.p., ritiene non condivisibile l'argomentazione, utilizzata da altro risalente orientamento per dare risposta negativa al quesito, secondo cui «*per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale*» (così Sez. Un., sent. n. 5 del 25 marzo 1993, *Carlea* e altri).

Nella motivazione della sentenza "*De Maio*" si sottolinea, infatti, che tale preclusione deve essere aggiornata soprattutto alla luce di un sistema processuale che si è sviluppato, nel tempo, attraverso molteplici modifiche legislative ed incisive evoluzioni giurisprudenziali.

Si consideri, in primo luogo, che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di un pronuncia sull'azione civile, tanto che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 c.p.p.), con la conseguenza che il giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

Si consideri ancora che il comma 4 dell'art. 425 c.p.p., come modificato dall'art. 2 sexies, comma 1, d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con modificazioni in l. 5 giugno 2000, n. 144, prevede uno specifico ampliamento dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, il quale può pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione della misura di sicurezza della confisca.

Si consideri, infine, "*la legislazione speciale, come interpretata dalla costante giurisprudenza*", anche in tema di lottizzazione abusiva, dove l'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 stabilisce che il giudice penale dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite con la «*sentenza definitiva*», che «*accerta che vi è stata lottizzazione abusiva*».

Da tutto questo deriva, in conclusione, che la questione circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (articolo 6 CEDU e

articolo 111 della Costituzione), con l'obbligo per il giudice di immediata declaratoria di una causa di non punibilità ai sensi dell'articolo 129 c.p.p., impone senz'altro di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice stesso, di poteri di accertamento, finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto, rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento.

Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (articolo 44, comma 2, d.P.R. n. 380/01) e dovendo la disposizione essere interpretata da parte del giudice nazionale in senso convenzionalmente conforme, in guisa che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale deve ritenersi implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale.

L'unico limite a che il processo penale possa progredire limitatamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica è che il reato ovviamente non risulti estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, «*poiché in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato*».

E non era certamente questo il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite con la ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019.

6. Considerazioni finali

6.1. Quasi a voler temperare le conseguenze della drastica soluzione adottata in risposta al quesito formulato dalla ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite, nella parte finale della sentenza in commento, concludono il complesso ragionamento affermando che << *ciò, peraltro, non significa che la relativa questione sia definitivamente preclusa: è proprio l'ampio impiego, da parte dei giudici di merito, della formula di legge relativa alla confisca urbanistica a consentire all'interessato di proporre ogni doglianza sul punto in sede esecutiva (anche, ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l'attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a*

quella della confisca) e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell'incidente di esecuzione, nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell'applicazione giurisprudenziale (nel senso che in sede esecutiva può farsi questione anche sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa, cfr. Sez. 1, n. 30713 del 03/07/2002, Merlo, Rv. 222157 e Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000, El Yamini, Rv. 216491) >>.

Anche tale approdo interpretativo non convince del tutto.

È ben vero, infatti, che il giudice della esecuzione ha la possibilità di rimodulare l'ambito di applicabilità della confisca, verificandone l'estensione, così come previsto dall'articolo 676 c.p.p., essendo, a tal fine, abilitato anche a fare uso di poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., ma è altrettanto vero che ciò non implica affatto che il giudice della esecuzione possa addirittura rimuovere tale misura in favore del condannato, una volta applicata dal giudice della cognizione, escludendone la legittimità ovvero rilevando l'insussistenza dei presupposti fondativi del merito della decisione, così intaccando il giudicato su di essa formatosi.

Limitare l'estensione della confisca a taluni beni, escludendone altri, equivale ad una revoca, seppur parziale, della misura, come tale inammissibile.

Come chiarito proprio da una delle due sentenze citate dalle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. 4, 20 aprile 2000, n. 2552, *El Yamini*), "*innanzi al giudice dell'esecuzione potrà farsi questione sul (sulla formazione del) titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate, se non appartenenti all'imputato (condannato) o rivendicate da un terzo, sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa e, quindi, sulla portata del giudicato ma non potrà riconoscersi a detto giudice il potere di vanificare il giudicato stesso rimuovendo, in favore del condannato, il provvedimento di confisca disposto dal giudice del merito e non più soggetto ad impugnazione*".

A tale conclusione perviene, del resto, anche Cass. pen., Sez. 1, 20 gennaio 2004, n. 3877, *La Mastra*, secondo cui la disciplina dettata dall'articolo 676 c.p.p. è univocamente interpretabile nel senso: a) di ricondurre al giudice dell'esecuzione un potere di disporre la confisca quando ciò non ha fatto il giudice della cognizione; b) di non ricondurre allo stesso giudice il potere di revocare la confisca, che comporta un trasferimento in via definitiva a favore dell'amministrazione in forza della irrevocabilità del provvedimento che l'ha disposta (in proposito va richiamata la sentenza delle Sezioni Unite 28 gennaio 1998, secondo cui la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis,* ai sensi dell'articolo 673 c.p.p., non si estende anche alla misura della confisca disposta con sentenza divenuta irrevocabile); c) di ricondurre al giudice civile la competenza a risolvere una controversia sulla

proprietà delle cose confiscate, non potendosi ovviamente giustificare una confisca che cada su beni non appartenenti al condannato.
Ciò conferma, in altri termini, che nessun potere può essere riconosciuto al giudice dell'esecuzione di modificare una situazione che è stata ormai definita sotto ogni profilo e che ha prodotto effetti irreversibili.
Se i principi, "*de iure condito*", sono questi, come potrebbero mai conciliarsi con l'assenza di ogni previsione, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01, di strumenti alternativi alla confisca, sebbene la Grande Camera abbia affermato (v. paragrafo 303 della sentenza G.I.E.M.) che "*l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista - salvo che per i terzi in buona fede - dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione*"?
Potrebbe mai la demolizione prevista per il reato di abuso edilizio soddisfare l'esigenza di proporzionalità?
E se pure si volesse qualificare la demolizione come valido strumento alternativo, secondo l'ipotesi formulata sempre dalla Grande Camera al paragrafo 301 della sentenza G.I.E.M., potrebbe mai tale misura ripristinatoria, sicuramente meno grave della confisca (in quanto comportante la sola eliminazione della "*res*" abusiva ma non anche la perdita del suolo), trovare applicazione anche in assenza di una sentenza di condanna, come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite?
La risposta a tale domanda non può che essere ovviamente negativa, in quanto l'ordine di demolizione dell'opera edilizia abusiva, previsto dall'articolo 31, comma 9, del d.P.R. n. 380/01, presuppone indiscutibilmente una sentenza di condanna, non risultando sufficiente nemmeno l'avvenuto accertamento della commissione dell'abuso come nel caso di sentenza che rileva l'intervenuta prescrizione del reato [24].
È innegabile, pertanto, che il giudice dell'esecuzione, pur ritenendo sproporzionata la confisca, non potrebbe mai rimuovere gli effetti di tale sanzione anche solo limitandone la portata, mancando, come già detto, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01 ogni, pur esile, riferimento alla possibilità di applicare strumenti ad essa alternativi [25].

[24] Cfr., fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 10 maggio 2017, n. 39455, Cass. pen., Sez. 3, 27 ottobre 2015, n. 50441, Cass. pen., Sez. 3, 2 dicembre 2010, n. 756, Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2004, n. 3991, nonché, in senso conforme, Cass. pen., SS.UU., 24 luglio 1996.

[25] V., però, in ordine alla possibilità di ricorrere al giudice della esecuzione entro determinati limiti, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, sopra richiamata, in cui si evidenzia che "se si tiene conto della estrema gravità del reato di lottizzazione abusiva, che la distingue dalla semplice costruzione in assenza di permesso di costruire e comporta il completo stravolgimento del territorio in spregio all'attività di pianificazione e di ogni eventuale vincolo (paesaggistico o di altro genere) esistente, con un rilevantissimo aggravio del carico urbanistico e le modalità di applicazione della confisca in precedenza ricordate, deve ritenersi, con interpretazione convenzionalmente orientata, che la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e che il

Questa conclusione non sta a significare naturalmente che non potrebbe essere esplorata la possibilità di un incidente di costituzionalità avente ad oggetto la norma in esame nella parte in cui non prevede per il giudice la possibilità di disporre la demolizione nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, per violazione degli articoli 3 (per irragionevolezza rispetto alle altre disposizioni del d.P.R. n. 380/01 relative ad illeciti meno gravi), 42 (perché, nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, l'impossibilità di ripristinare con la demolizione l'ordine urbanistico violato non consentirebbe di garantire la funzione sociale della proprietà che la pianificazione territoriale le attribuisce attraverso l'imposizione di vincoli conformativi) e 117, comma 1, Cost., con riferimento all'art. 1 Protocollo 1 CEDU, quale norma interposta come interpretata dalla sentenza G.I.E.M.[26].

Quel che è certo, però, è che, allo stato della legislazione, la sola interpretazione anche su base convenzionale dell'articolo 44 non varrebbe a superare il problema.

6.2. Come potrebbe, poi, il giudice della esecuzione, a fronte del giudicato già formatosi, revocare la confisca o anche solo limitarne l'estensione, laddove, una volta esercitati i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., accertasse che la lottizzazione è stata realizzata in zona completamente urbanizzata?

In tale ipotesi, la prospettiva muterebbe, infatti, radicalmente, alla luce del fatto che, con una recente sentenza (Sez. 3 pen., 21 gennaio 2019, dep. 16 marzo 2020, *Di Falco* ed altri), la Corte di Cassazione ha ribadito che "*il reato di lottizzazione abusiva deve escludersi con riferimento a zone completamente urbanizzate, mentre lo stesso è configurabile sia con riferimento a zone assolutamente inedificate, sia con riferimento a zone parzialmente urbanizzate in cui sussista un'esigenza di raccordo con il preesistente aggregato abitativo e di potenziamento delle opere d'urbanizzazione (Sez. 3, n. 37472 del 26/06/2008, Belloi, Rv. 241097 - 01; Sez. 3, n. 20373 del 20/01/2004, Iervolino, Rv. 228447 - 01)*".

Corollario di tale principio è che, in una situazione simile, come confermato anche dalla Cassazione, "*pur in presenza di una causa estintiva del reato, non può essere ordinata la confisca urbanistica*".

Eppure, anche in presenza di un dato oggettivo così rilevante, il giudice della esecuzione non potrebbe giammai vanificare il giudicato.

Sulla base di tale quadro di riferimento e alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e domestica, appare, in definitiva, davvero difficile sostenere che il giudice della esecuzione, in assenza di un intervento del legislatore,

---

giudice del merito può senz'altro individuare, limitando la misura alle sole aree abusivamente lottizzate, venendo assicurate agli interessati, per le diverse ipotesi, anche in sede di esecuzione, le garanzie del contraddittorio, restando la confisca e la conseguente perdita della proprietà una misura residuale, assunta dal giudice penale sempreché non sia già intervenuta l'autorità amministrativa e soggetta ai diversi esiti come in precedenza ricordato".

[26] Tale prospettiva è sostenuta dal Procuratore Generale nella già citata requisitoria, in cui si afferma, fra l'altro, che "per l'ampliamento degli strumenti a disposizione del giudice penale è necessario (ed auspicabile) l'intervento del legislatore".

possa farsi carico di verificare la possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio la confisca già applicata, verificando la legittimità convenzionale dell'ablazione della proprietà con gli strumenti che l'ordinamento attualmente gli mette a disposizione.
Più che di compito improbo si tratterebbe piuttosto di compito verosimilmente impossibile, a maggior ragione se si considera che, indipendentemente dai principi affermati dalla Grande Camera, le stesse Sezioni Unite hanno ricordato in altra importante decisione (19 aprile 2018, n. 36072, *Botticelli* e altri) che la misura della confisca deve risultare non solo proporzionata alle finalità di tutela perseguite, ma anche non inutilmente vessatoria quanto ai diritti del destinatario, in consonanza con un orientamento ormai generalmente predicato quanto alle misure di tipo ablativo, anche cautelari.