

La rivista giuridica telematica

Reg. Tribunale di Roma n. 98/2014



foreuropeo.it

IL PORTALE DEL GIURISTA

SCUOLA FORENSE FOROEUROPEO

ESAME ORALE AVVOCATO 2018

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Q&A Question & Answer
Domande e Risposte esame avvocato

CENTRO STUDI FOROEUROPEO

SCUOLA FORENSE FOROEUROPEO

ESAME ORALE AVVOCATO 2018

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Q&A Question & Answer

Domande e Risposte esame avvocato

CENTRO STUDI FOROEUROPEO

Domande raccolte durante le prove di esame svolte negli anni precedenti con le risposte elaborate dal CENTRO STUDI DELLA SCUOLA FORENSE FOROEUROPEO.

E' un sistema integrativo alla preparazione all'esame orale

E' necessario utilizzare il CODICE AMMINISTRATIVO leggendo con attenzione l'articolo di riferimento previsto con la risposta.

SOMMARIO

| | | | |
|--|----|---|----|
| Accesso..... | 7 | Enti pubblici..... | 27 |
| Accesso 241/90..... | 8 | Espropri. Art. 42-bis D.P.R. n. 327/2001..... | 28 |
| Accesso all'informazione ambientale..... | 8 | Fonti del diritto amministrativo..... | 30 |
| Accesso civico e accesso libero universale..... | 9 | Imparzialità..... | 31 |
| Accesso dei cittadini agli atti degli enti locali..... | 10 | Interesse e legittimazione ad agire..... | 32 |
| Accordi tra Amministrazioni..... | 10 | Interesse legittimo e diritto soggettivo..... | 33 |
| Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato..... | 11 | Interessi legittimi. Principi costituzionali..... | 34 |
| Aggiudicazione del contratto oggetto di gara d'appalto..... | 12 | Legittimo affidamento..... | 34 |
| Amministrazione dello Stato..... | 13 | Opposizione di terzo..... | 36 |
| Appalti. Criteri di scelta del contraente..... | 14 | Ordinanze di necessità ed urgenza..... | 37 |
| Appalti. Soggetti partecipanti. I Raggruppamenti e le Associazione Temporanee di Imprese..... | 15 | Organismi di diritto pubblico..... | 37 |
| Appalti. Soggetti partecipanti. Il Consorzio..... | 16 | Organo e ufficio di una Amministrazione..... | 38 |
| Appalti. Oggetto delle procedure di gara..... | 16 | Pregiudiziale attenuata..... | 38 |
| Appalti. Soglie di rilevanza comunitaria..... | 17 | Principi fondamentali del diritto amministrativo. Buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione..... | 39 |
| Appalti. Strumenti di partecipazione. Avvalimento..... | 18 | Principi fondamentali del diritto amministrativo. Equilibrio di bilancio..... | 40 |
| Atti normativi e atti amministrativi..... | 18 | Procedimento amministrativo..... | 41 |
| Attività amministrativa..... | 18 | Procedimento amministrativo. Caratteri principali della fase dell'iniziativa..... | 41 |
| Attività amministrativa. Amministrazione attiva, consultiva e di controllo..... | 19 | Procedimento amministrativo. Il preavviso di rigetto..... | 41 |
| Attività amministrativa. Attività vincolata e attività discrezionale..... | 19 | Procedimento amministrativo. Il responsabile unico del procedimento (RUP)..... | 42 |
| Attività amministrativa. Discrezionalità amministrativa..... | 20 | Procedimento amministrativo. La comunicazione di avvio del procedimento e i suoi destinatari..... | 43 |
| Attività amministrativa. Discrezionalità tecnica..... | 20 | Procedimento amministrativo. La fase decisoria e dell'integrazione dell'efficacia..... | 43 |
| Attività amministrativa. Principio di legalità..... | 20 | Procedimento amministrativo. La fase istruttoria..... | 44 |
| Autocertificazione..... | 21 | Procedimento amministrativo. Principi..... | 44 |
| Autorità Amministrative Indipendenti..... | 22 | Procedure ad evidenza pubblica. Fasi..... | 45 |
| Cassazione..... | 22 | Procedure ad evidenza pubblica. Principi..... | 46 |
| Concorrenza..... | 23 | Procedure di gara nel pubblico impiego..... | 47 |
| Conferenza di servizi..... | 24 | Processo amministrativo. Appello..... | 48 |
| Conferenza di Servizi decisoria..... | 24 | Processo amministrativo. Appello incidentale..... | 49 |
| Danno causato all'interesse legittimo. Danno da mero ritardo..... | 26 | Processo amministrativo. Azione avverso il silenzio..... | 51 |
| Danno causato all'interesse legittimo. Danno da provvedimento illegittimo..... | 26 | Processo amministrativo. Competenza..... | 51 |
| Danno causato all'interesse legittimo. Danno da ritardo..... | 27 | Processo amministrativo. Competenza..... | 52 |
| | | Processo amministrativo. Competenza..... | 53 |
| | | Processo amministrativo. Costituzione delle parti..... | 53 |

| | | | |
|---|----|---|----|
| Processo amministrativo. Estinzione del giudizio..... | 54 | Provvedimento amministrativo. Nullità..... | 75 |
| Processo amministrativo. Fase decisoria..... | 54 | Pubblica Amministrazione..... | 76 |
| Processo amministrativo. Fase istruttoria..... | 55 | Pubblicità e trasparenza..... | 76 |
| Processo amministrativo. Giudicato amministrativo... 56 | | Rapporto di immedesimazione e rappresentazione organica..... | 77 |
| Processo amministrativo. Giurisdizione del Giudice Amministrativo..... | 56 | Relazioni organizzative all'interno dell'Amministrazione: gerarchia, direzione e coordinamento..... | 78 |
| Processo amministrativo. Giurisdizione del Giudice Amministrativo. Difetto di giurisdizione..... | 57 | Ricorsi amministrativi..... | 78 |
| Processo amministrativo. Giurisdizione del Giudice Amministrativo. Difetto di giurisdizione. Termini..... | 58 | Ricorsi amministrativi. Ricorso gerarchico improprio..... | 79 |
| Processo amministrativo. Interruzione..... | 59 | Ricorsi amministrativi. Ricorso gerarchico proprio... 80 | |
| Processo amministrativo. Intervento..... | 59 | Ricorsi amministrativi. Ricorso in opposizione..... | 80 |
| Processo amministrativo. Giudizio di appello..... | 60 | Ricorsi amministrativi. Ricorso straordinario..... | 81 |
| Processo amministrativo. Motivi aggiunti..... | 60 | Ricorsi amministrativi. Ricorso straordinario. Procedura..... | 81 |
| Processo amministrativo. Parti del processo..... | 61 | Ricorsi amministrativi. Ricorso straordinario. Trasposizione del ricorso..... | 82 |
| Processo amministrativo. Principi..... | 61 | Riti speciali. Procedimento in materia di accesso..... | 83 |
| Processo amministrativo. Procedimento cautelare collegiale. Esiti dell'udienza..... | 62 | Riti speciali. Procedimento in materia elettorale..... | 83 |
| Processo amministrativo. Procedure e istanze cautelari..... | 63 | Riti speciali. Procedimento per ottemperanza..... | 84 |
| Processo amministrativo. Revocazione..... | 64 | Riti speciali. Procedimento per ottemperanza..... | 85 |
| Processo amministrativo. Ricorso..... | 65 | Riti speciali. Procedimento per ottemperanza..... | 86 |
| Processo amministrativo. Ricorso avverso atti nulli... 66 | | Riti speciali. Procedimento per ottemperanza..... | 87 |
| Processo amministrativo. Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale..... | 66 | Riti speciali. Procedimento per ottemperanza. Domanda risarcitoria..... | 88 |
| Processo amministrativo. Ricorso incidentale e rapporti con il ricorso principale..... | 67 | Riti speciali. Riti abbreviati..... | 89 |
| Processo amministrativo. Ricorso per annullamento... 68 | | Procedimenti speciali. Rito appalti. Caratteristiche... 89 | |
| Processo amministrativo. Sospensione..... | 69 | Riti speciali. Rito appalti. Dichiarazione di inefficacia del contratto..... | 90 |
| Proporzionalità e ragionevolezza..... | 70 | Riti speciali. Rito appalti. Oggetto..... | 90 |
| Proporzionalità. Accezione europea..... | 71 | Riti speciali. Rito appalti. Opere strategiche..... | 91 |
| <i>Prorogatio</i> degli organi..... | 71 | Riti speciali. Rito appalti. Proposizione della domanda giurisdizionale..... | 92 |
| Provvedimento amministrativo. Atti politici..... | 71 | Riti speciali. Rito appalti. Sanzioni alternative..... | 92 |
| Provvedimento amministrativo. Vizi del provvedimento..... | 72 | SCIA..... | 93 |
| Provvedimento amministrativo. Vizi del provvedimento e loro sanatoria..... | 73 | Silenzio amministrativo..... | 94 |
| Provvedimento amministrativo. Annullamento d'ufficio..... | 73 | Silenzio devolutivo..... | 94 |
| Provvedimento amministrativo. Convalida del provvedimento..... | 74 | Silenzio tra Amministrazioni..... | 95 |
| Provvedimento amministrativo. Revoca..... | 74 | | |

In che cosa consiste il “diritto di accesso”?

Quali sono i presupposti per l’accesso agli atti amministrativi?

Ai sensi dell’art. 22 L. n. 241/1990, per “diritto di accesso” deve intendersi il diritto degli interessati di prendere ed estrarre copia di documenti amministrativi.

Nonostante il tenore letterale della norma, sussistono a oggi diversi dubbi circa l’effettiva natura giuridica della posizione che l’istante assume nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Da una parte, difatti, un primo orientamento reputa trattarsi di un diritto soggettivo perfetto, valorizzando sia il *nomen juris* prescelto dal Legislatore che l’attribuzione, da parte dell’art. 133 cpa, delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, precisazione inutile laddove si trattasse al contrario di interesse legittimo, spettante già di per sé alla giurisdizione generale di legittimità. Ulteriore indizio della natura di diritto soggettivo della posizione, poi, sarebbe dato dall’attinenza del diritto di accesso ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117 Cost.*, espressamente sancita dall’art. 29 L. n. 241/90.

Secondo diversa e opposta tesi, invece, il cosiddetto diritto di accesso assumerebbe la consistenza di interesse legittimo (come già affermato da Adunanza Plenaria n. 4 del 1999) e ciò sarebbe comprovato dalla natura discrezionale del potere che l’Amministrazione cui l’istanza è rivolta è chiamata a esercitare, che deve infatti bilanciare i contrapposti interessi dell’istante, all’informazione, e dei controinteressati, alla loro *privacy*, secondo valutazioni non prive di margini di opinabilità, così come ulteriore riprova sarebbe dato dalla sottoposizione della domanda a un termine decadenziale stringente, di 30 giorni.

In ogni caso, come saggiamente fatto notare da Adunanza Plenaria n. 7 del 2006, alla luce della puntuale disciplina presente nella L. n. 241/90 la controversia circa la natura giuridica della posizione dell’istante assume scarso interesse.

Sono considerati titolari del diritto di accesso tutti i soggetti privati, anche portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridica collegata al documento di cui è chiesta l’ostensione.

L’interesse si intende diretto quando attiene alla sfera giuridica dell’istante e non di altri soggetti, mentre rispetta il parametro della concretezza, da opporsi alla mera ipotesi o probabilità di insorgenza di un interesse, quando in sostanza esiste un collegamento fra il richiedente ed un bene concreto della vita coinvolto nel documento, non bastando ad esempio il mero interesse alla trasparenza dell’Amministrazione a giustificare la domanda di ostensione dei documenti. Infine, l’attualità dell’interesse implica che lo stesso debba riferirsi a una necessità dell’istante sussistente già al momento della domanda di accesso e non a un bisogno futuro ovvero oramai passato.

La posizione dell’istante non deve però necessariamente legarsi a un interesse anche processuale dello stesso, nel senso che i documenti di cui egli domandi l’ostensione non devono necessariamente essere necessari alla tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive in ambito processuale.

D’altro canto, l’interesse del privato non può neppure limitarsi a una mera volontà di valutazione e accertamento della regolarità dell’attività amministrativa, a ciò espressamente opponendosi il disposto del terzo comma dell’art. 24 L. n. 241/90.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 22 (Definizioni e principi in materia di accesso), 24 (Esclusione dal diritto di accesso) e 25 (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

ACCESSO 241/90.

Come si sostanzia il procedimento di accesso agli atti?

Una volta presentata l'istanza di accesso, l'Amministrazione deve provvedere nei successivi 30 giorni, decorsi i quali l'istanza si intende rigettata (silenzio significativo quale dissenso).

L'Amministrazione può in ogni caso legittimamente negare l'accesso soltanto in presenza delle circostanze previste dai commi 1, 3, 6 e 7 dell'art. 24 L. n. 241/90.

Sul punto, può in generale affermarsi che il diritto di accesso deve essere bilanciato e, nel caso, sacrificato, con gli interessi indicati dai commi 1 e 6 del citato art. 24, ferma restando la preclusione di cui al comma 3 della stessa norma, ma deve intendersi prevalere anche su questi nel caso in cui la conoscenza dei documenti oggetto dell'istanza risultino necessaria per la tutela degli interessi giuridici dell'istante (cd. interessi processuali).

Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, il diritto di accesso soccombe dinanzi a contro-interessi *sensibilissimi*, cioè idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale del soggetto cui i documenti si riferiscono, tranne il caso in cui l'istante debba tutelare interessi di pari rango.

In ogni caso, in ipotesi di diniego, espresso o tacito, sull'istanza di accesso, il privato può, entro i successivi 30 giorni, proporre impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo oppure, nei casi previsti dall'articolo 25, presentare domanda di riesame al Difensore Civico ovvero innanzi alla Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi. In questi ultimi casi, l'istanza viene decisa nei successivi 30 giorni e, in caso di silenzio, si intende rigettata e può essere impugnata, nei successivi 30 giorni, al competente TAR.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 22 (Definizioni e principi in materia di accesso), 24 (Esclusione dal diritto di accesso) e 25 (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

ACCESSO ALL'INFORMAZIONE AMBIENTALE.

Quali sono i presupposti e le regole dettate in materia di diritto di accesso all'informazione ambientale?

Il diritto di accesso in materia ambientale è regolamentato dal D.Lgs. n. 195/2005, recante attuazione della Direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale. Diversamente da quanto accade per l'accesso di cui agli artt. 22 ss. L. n. 241/90, l'art. 3, c. 1, del suddetto decreto prevede che l'autorità pubblica debba rendere disponibile l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza necessità dell'istante di dimostrare la sussistenza di un proprio interesse diretto, concreto e attuale collegato al documento contenente l'informazione, caratterizzandosi invero come diritto atipico al controllo sociale diffuso sullo stato dell'ambiente.

Pertanto, l'accesso alle informazioni ambientali è di appartenenza generalizzata e del tutto svincolato da motivazioni precise circa l'interesse del singolo, in quanto l'informazione

ambientale consente di accedere ad atti o provvedimenti che possano incidere sull'ambiente quale bene giuridico protetto dall'ordinamento, con l'unico limite delle richieste "estremamente generiche", non in grado cioè neppure di rendere comprensibile l'informazione a cui si intende accedere.

Come suggerisce lo stesso nome, oggetto della tipologia di accesso in questione, inoltre, è costituito non già da documenti, ma da "informazioni" ambientali, che possono essere resi disponibili in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale.

Come chiarito dalla giurisprudenza, le informazioni cui fa riferimento la succitata normativa concernono esclusivamente lo stato dell'ambiente (aria, sottosuolo, siti naturali ecc.) ed i fattori che possono incidervi (sostanze, energie, rumore, radiazioni, emissioni), sulla salute e sulla sicurezza umana, con esclusione quindi di tutti i fatti ed i documenti che non abbiano un rilievo ambientale (*Cons. Stato Sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557*).

In tema di legittimazione attiva, viene ampliato notevolmente il novero dei soggetti, ricomprendendo tra questi i portatori di interessi pubblici e diffusi, prevedendo così un'area di accessibilità alle informazioni ambientali svincolata dai più restrittivi presupposti di cui agli artt. 22 e ss. della L. n. 241/1990.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 195/2005, 3 (Accesso all'informazione ambientale su richiesta)

ACCESSO CIVICO E ACCESSO LIBERO UNIVERSALE.

Quali sono i presupposti e le regole dettate in materia di diritto di accesso civico?

Cosa si intende per "accesso libero universale"?

Alla generale figura di accesso, la quale ha segnato il passaggio da un sistema incentrato sul principio di segretezza ad un sistema basato su principi di pubblicità e trasparenza (art. 22, c. 2 L. n. 241/1990) si affianca l'accesso civico, introdotto dal D.Lgs. n. 33/2013, e l'accesso libero universale di cui al D.Lgs. n. 97/2016.

A differenza dell'accesso disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, la cui richiesta non può essere finalizzata ad un controllo dell'operato della P.A. (art. 24, c. 3 L. n. 241/1990), l'accesso civico e l'accesso "libero universale" sono consentiti dal Legislatore con il precipuo scopo di permettere forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali, sull'utilizzo delle risorse pubbliche e per la promozione della partecipazione al dibattito pubblico.

L'istituto dell'accesso civico è uno strumento che consente alla collettività di controllare l'adempimento agli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge in capo alla P.A.

Oggetto della disciplina è la libertà di accesso di "chiunque" ai dati e i documenti detenuti dalle Amministrazioni entro i limiti stabiliti dalla legge.

Particolarmente innovativa è l'introduzione, accanto alla figura tradizione dell'accesso civico, del cd. accesso civico libero universale che si estende a tutti i dati o documenti delle pubbliche amministrazioni anche ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Si tratta, pertanto, di una nuova forma di accesso civico libero, equivalente a quelle che nei sistemi anglosassoni è definita F.O.I.A. (*Freedom of Information Act*).

In riferimento ad entrambi gli istituti, la richiesta non prevede motivazione, è totalmente gratuita e non richiede un collegamento ad un interesse diretto, concreto ed attuale del richiedente al documento

La differenza tra accesso civico e accesso libero universale riguarda l'ambito di applicazione: l'accesso civico è un diritto azionabile sul presupposto della mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione a carico dell'Amministrazione, al contrario dell'accesso introdotto dalla novella del 2016 che riguarda anche i documenti che la P.A. non ha l'obbligo di comunicare.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 33/2013 e D.Lgs. n. 97/2016

ACCESSO DEI CITTADINI AGLI ATTI DEGLI ENTI LOCALI.

Quali sono i presupposti e le regole dettate in materia di diritto di accesso dei cittadini agli atti degli enti locali?

Ai sensi dell'art. 10, c. 1, del D.Lgs. n. 267/2000 tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici. Al successivo comma 2, si aggiunge che il regolamento assicura ai cittadini, singoli o associati, il diritto di accesso agli atti amministrativi e disciplina il rilascio di copie previo pagamento dei soli costi di cancelleria e ricerca.

La legittimazione, generalizzata, a tale tipo di accesso deriva dal carattere di specialità della norma che ne configura il fondamento: ne consegue che può essere richiesto l'accesso agli atti che riguardano la generalità dei cittadini ed alla cui conoscenza questi possono essere interessati semplicemente in qualità di soggetti partecipi di una data Comunità, senza che sia loro richiesto alcun titolo particolare.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 267/2000, 10, cc. 1 e 2 (Diritto di accesso e di informazione)

ACCORDI TRA AMMINISTRAZIONI.

In che cosa consistono e quali fini hanno gli accordi tra Amministrazioni?

Anche al di fuori dei casi previsti per la Conferenza di Servizi, ai sensi dell'art. 15 L. n. 241/90 le Amministrazioni possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, i quali seguono le regole formali e sostanziali dettate dall'art. 11 della medesima Legge.

Gli stessi rappresentano a tutti gli effetti una generalizzazione dello strumento dell'accordo di programma, attualmente previsto dall'art. 34 D.Lgs. n. 267/2000 (cd. Testo Unico Enti Locali) e mirano allo scopo di permettere alle Amministrazioni di formare schemi di organizzazione e cooperazione (cd. accordi orizzontali) preordinati alla definizione programmatica delle future linee di azione dei partecipanti all'accordo, a loro volta finalizzati al conseguimento di determinati risultati condivisi.

In altri termini, attraverso tale strumento le Amministrazioni che vi partecipano concordano e, soprattutto, coordinano tra loro le proprie azioni, al fine di raggiungere un fine di comune interesse, quale potrebbe in ipotesi essere la riduzione del quantitativo di rifiuti prodotti e smaltiti in un determinato ambito territoriale.

La *ratio* della norma poggia sulla necessità di superare le difficoltà di coordinamento delle azioni poste in essere dalle Amministrazioni, dovute al modello di sistema ordinamentale sussistente in Italia e fondato sul pluralismo istituzionale, per cui i punti decisionali sono frammentati tra una molteplicità di soggetti pubblici che altrimenti non riuscirebbero efficacemente a coordinare la propria azione.

Chi può essere parte di un accordo ai sensi dell'art. 15 L. n. 241/90?

Dal punto di vista soggettivo, "parti" di un accordo organizzativo possono essere esclusivamente le Pubbliche Amministrazioni, anche se ciò pone tutti i noti problemi in punto di definizione della relativa categoria, vista la non tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1, c. 2 D.Lgs. n. 165/01.

Per gli accordi integrativi o sostitutivi di precedenti provvedimenti, invece, è pacificamente prevista la possibilità di intervento dei soggetti privati, conformemente alle regole di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 11 L. n. 241/90, cui l'art. 15 infatti rinvia.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 11 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento) e 15 (Accordi fra pubbliche amministrazioni)

D.Lgs. n. 267/2000, 34 (Accordi di programma)

ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO.

In cosa consiste il ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato?

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato svolge un ruolo nomofilattico all'interno della giurisdizione amministrativa, al fine di garantire un'uniforme e coerente interpretazione del diritto amministrativo, attraverso la formulazione di principi di diritto inerenti le questioni alla stessa rimesse.

Ogni volta che sussista un contrasto giurisprudenziale su questione di particolare rilevanza, difatti, la Sezione semplice del Consiglio di Stato, ovvero il Primo Presidente su richiesta delle parti o d'ufficio, è legittimata a rimettere la questione al Massimo Consesso, affinché lo stesso sciolga il quesito e decida sulla questione o sulle questioni che la stessa Sezione intenda sottoporle.

Ai sensi del quarto comma della disposizione, inoltre, di regola l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, a meno che, per ragioni di economicità processuale, non ritenga di enunciare il solo principio di diritto, ritrasmettendo per il resto gli atti alla Sezione semplice, affinché decida in via definitiva la controversia.

Anche nei casi in cui dichiarati il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio l'Adunanza Plenaria può nondimeno enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, se ritenga la questione di particolare importanza.

Il ruolo dell'Adunanza Plenaria, al pari di quello delle Sezioni Unite di Cassazione, è oggi divenuto "semivincolante". Difatti, ai sensi dell'art. 99 D.Lgs. n. 104/2010, qualora una Sezione semplice

del Consiglio di Stato non concordi con un precedente dell'Adunanza Plenaria, la stessa non risulta legittimata a decidere autonomamente la questione, ma deve rimettere con ordinanza la questione alla Plenaria, al fine di un ripensamento sulla propria giurisprudenza.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 99 (Deferimento all'adunanza plenaria)

AGGIUDICAZIONE DEL CONTRATTO OGGETTO DI GARA D'APPALTO.

Come avviene l'aggiudicazione del contratto oggetto di una gara di appalto?

Come disposto dall'art. 32 D.Lgs. n. 50/2016, al termine dell'espletamento delle varie fasi di gara e compiuta l'analisi delle offerte presentate da parte dei concorrenti alla procedura, la Commissione all'uopo istituita, assegnati i punteggi, forma una prima graduatoria, dichiarando aggiudicatario il primo classificato risultante dalla stessa.

Questa proposta di aggiudicazione, inizialmente soltanto provvisoria, deve successivamente essere sottoposta, ai sensi dell'art. 33 D.Lgs. n. 50/2016, alla valutazione e approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della Stazione Appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente o, in mancanza di espressa previsione, entro i successivi 30 giorni. Come chiarito dalla giurisprudenza già nella vigenza del precedente Codice degli Appalti, una volta decorso il suddetto termine, si intende formato il silenzio-assenso sulla proposta, ma l'aggiudicazione non diviene per ciò solo definitiva, necessitandosi in ogni caso di un'esternazione espressa di volontà in tal senso della Stazione Appaltante.

Una volta approvata la proposta, l'aggiudicazione diviene definitiva. A questo punto la Stazione Appaltante deve procedere a valutare l'effettivo possesso, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti prescritti dalle regole di gara e dalla legge.

Successivamente a tali controlli, qualora gli stessi abbiano dato esito positivo, l'aggiudicazione diviene altresì efficace e si può procedere, entro i successivi 60 giorni, alla stipula del contratto, tenendo in ogni caso conto dei termini di *stand still* previsti dallo stesso art. 32 D.Lgs. n. 50/2016.

Prima di procedere alla stipula, tuttavia, l'accordo deve ancora una volta essere approvato dal competente organo della Stazione Appaltante.

Qualora taluni dei descritti controlli non dovesse dare esito positivo, l'aggiudicazione del concorrente verrà conseguentemente annullata e, nel caso di più offerte idonee, si procederà al conseguente scorrimento della graduatoria, con ripetizione di tutte le citate fasi.

Quali danni può domandare il soggetto che abbia efficacemente dimostrato di essere stato illegittimamente privato dell'aggiudicazione di una gara cui aveva partecipato?

Nel caso di illegittima mancata aggiudicazione della gara, il ricorrente vittorioso può subentrare nel contratto, eventualmente stipulato con il soggetto dichiarato dalla Stazione Appaltante aggiudicatario.

Qualora ciò non sia possibile (ad esempio, perché al momento della pronuncia il contratto risulta già interamente eseguito), il ricorrente ha titolo a richiedere una somma corrispondente all'equivalente pecuniario del mancato guadagno derivante dall'esecuzione diretta e del cosiddetto

danno curriculare, consistente nel pregiudizio subito dall'impresa per non poter sfruttare l'esecuzione di quel contratto ai fini della partecipazione ad ulteriori procedure di gara.

Superando un precedente contrasto sussistente sul tema, l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017 ha chiarito che tali somme sono dovute dalla Stazione Appaltante non a titolo di risarcimento danni, ma come forma alternativa e per equivalente di adempimento agli obblighi incombenti sulla stessa nei confronti del soggetto che sarebbe dovuto essere dichiarato aggiudicatario della procedura.

Principale conseguenza pratica di tale affermazione, risulta data dalla carenza di alcuna necessità, per il ricorrente, di provare l'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, bastando al contrario l'allegazione del fatto illegittimo della mancata aggiudicazione e la prova dell'effettivo *quantum* di danno subito dalla dedotta circostanza.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 32 (Fasi delle procedure di affidamento) e 33 (Controlli sugli atti delle procedure di affidamento)

D.Lgs. n. 104/2010, 30 (Azione di condanna), 121 (Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni), 122 (Inefficacia del contratto negli altri casi) e 124 (Tutela in forma specifica e per equivalente)

AMMINISTRAZIONE DELLO STATO.

Quali enti costituiscono l'organizzazione amministrativa dello Stato?

La struttura fondamentale dell'organizzazione amministrativa dello Stato è costituita dai Ministeri (e dalla Presidenza del Consiglio), dalle agenzie, dalle aziende, nonché dalle Autorità Amministrative Indipendenti, le quali ultime ovviamente si pongono in una posizione del tutto peculiare e distinta rispetto agli altri enti appena indicati.

I Ministeri consistono in organizzazioni complesse, composte cioè da una pluralità di uffici e di organi con diverse competenze, chiamati collettivamente a curare in via stabile e continuativa uno o più interessi pubblici.

Tutti i Ministeri hanno una organizzazione centrale con sede a Roma, mentre molti di essi hanno anche uffici periferici, con sedi di livello regionale o provinciale e, talvolta, anche sub-provinciale. Al vertice dell'organizzazione ministeriale è posto il Ministro, organo mono-soggettivo a titolarità politica, chiamato a rispondere in parlamento dell'andamento complessivo del proprio Dicastero e, in particolare, degli atti dallo stesso emanati.

Sino al D.Lgs. n. 29/93, il Ministro rappresentava l'unico organo dotato di competenze esterne e di poteri gestori, sui quali al massimo poteva essere effettuata una delega di firma in favore dei direttori generali.

Con il citato decreto, è stato introdotto nell'ordinamento il principio di separazione tra politica e amministrazione, il che comporta oggi che mentre il Ministro fissa gli obiettivi e i programmi da attuare, la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, nonché l'emissione degli atti che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno risultano di competenza dei direttori generali, che per l'appunto curano l'attuazione dei programmi fissati dal ministro, il quale ovviamente verifica anche l'efficacia dell'azione direttoriale. Il rapporto tra Ministro e direttore generale, pertanto, non

risulta più di gerarchia, bensì di direzione, residuando infatti in capo al Ministro esclusivamente il potere di annullamento d'ufficio per motivi di legittimità.

Il D.Lgs. n. 300/99 ha poi previsto accanto ai Ministeri le Agenzie, da affiancare a supporto tecnico delle attività ministeriali. Scopo principale dell'istituzione di tali enti è stato quello di sottrarre ai Ministeri le competenze tecnico-specialistiche, sulla considerazione che queste possano essere svolte più efficientemente fuori dalla struttura politica propria del Ministero.

Le Agenzie, pertanto, sono enti dotati di competenze tecniche ed operative, che svolgono la loro attività in favore delle Amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali o locali. Sono dotate di piena autonomia nei limiti stabiliti dalla legge e sono sottoposte al controllo della Corte dei Conti, *ex art. 3, c. 4 L. n. 20/94*. Ognuna di esse, in ogni caso, è sottoposta al potere di indirizzo e vigilanza di un Ministero. Di regola, le stesse non sono dotate di personalità giuridica autonoma; perciò sono formalmente inserite nell'ambito della persona giuridica Stato, sebbene sia normalmente riconosciuta alle stesse la stessa legittimazione sostanziale e processuale riconosciuta singolarmente ai Ministeri. Si tenga presente tuttavia che le Agenzie fiscali sono rette da regole ordinamentali del tutto peculiari.

Nell'organizzazione di taluni Ministeri, inoltre, svengono incardinate organizzazioni di tipo eterogeneo, generalmente denominate come "aziende autonome dello Stato".

Queste svolgono attività di tipo produttivo, che infatti implica e impone l'applicazione di regole organizzative differenti rispetto alle strutture di tipo prettamente politico o burocratico, con cui restano in ogni caso in stretto collegamento.

Godono di spiccata autonomia operativa, contabile e finanziaria, ma risultano un modello oramai in via di superamento, in quanto in molti casi trasformate in enti pubblici economici o in società di capitali (si pensi al caso dell'Amministrazione autonoma delle Poste e Telecomunicazioni, prima divenuta un ente pubblico economico e successivamente trasformata in poste s.p.a.)

Cost., 95, c. 3

APPALTI. CRITERI DI SCELTA DEL CONTRAENTE.

Quali sono i criteri di scelta del contraente, all'interno di una procedura a evidenza pubblica?

Due sono essenzialmente i possibili criteri di scelta del contraente: il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base al primo criterio, quello del prezzo più basso, oggi detto del minor prezzo, unico parametro rilevante ai fini dell'aggiudicazione della gara è rappresentato dalla voce costo, per cui il soggetto aggiudicatario risulterà colui che abbia apportato il maggior ribasso percentuale rispetto all'offerta della Stazione Appaltante.

Si al fine di garantire la serietà dell'offerta del concorrente che, soprattutto, alla luce della necessità di tutelare il valore, di radice e rango comunitario, della concorrenza nel sistema economico, la Stazione Appaltante procede alla valutazione della cd. anomalia delle offerte proposte dai concorrenti, sulla base dei criteri dettati dall'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016 (cd. Nuovo Codice dei Contratti Pubblici).

Qualora, dall'applicazione delle formule utilizzate dalla Stazione Appaltante, un'offerta risultasse anomala, la stessa non potrebbe in ogni caso venire immediatamente scartata, dovendosi invece

invitare il concorrente a presentare le proprie giustificazioni circa l'entità, particolarmente bassa, della proposta.

Qualora il sub-procedimento dovesse dare esito positivo, di conseguenza, l'offerta rimarrà in gara, altrimenti verrà scartata e non se ne terrà conto ai fini dell'aggiudicazione.

In base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, d'altro canto, la Stazione Appaltante risulta chiamata a una analisi più complessa delle offerte, nel senso che le stesse dovranno essere vagliate non solo alla luce del prezzo, ma altresì della qualità tecnica della proposta, secondo parametri prefissati dalla stessa Stazione.

Ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, la Stazione Appaltante deve prediligere in linea di massima il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Rispetto a quanto accadeva sotto la vigenza del precedente Codice, di cui al D.Lgs. n. 163/2006, la Stazione Appaltante pertanto non risulta del tutto libera di scegliere il criterio di aggiudicazione che preferisce, sussistendo al contrario un chiaro ed espresso *favor legis* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la scelta del criterio resta pur sempre legato al principio di efficienza e buon andamento e pertanto deve essere prediletto quello che risulti più adeguato al singolo caso, attraverso una scelta che non può che venire effettuata discrezionalmente dalla Stazione Appaltante in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

Come saggiamente suggerito dagli stessi giudici, il criterio del minor prezzo può essere utilizzato, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla Stazione nel capitolato d'onere, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione pertanto il concorrente deve solo offrire un prezzo

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 95 (Criteri di aggiudicazione dell'appalto) e 97 (Offerte anormalmente basse)

APPALTI. SOGGETTI PARTECIPANTI. I RAGGRUPPAMENTI E LE ASSOCIAZIONI TEMPORANEE DI IMPRESE.

Cosa sono e quale scopo perseguono, all'interno di una procedura a evidenza pubblica, i Raggruppamenti e le Associazioni Temporanee di Impresa?

Qualora non risulti conveniente, per la singola impresa, rispondere singolarmente alla gara, la stessa può decidere di associarsi con altri soggetti, sommando con gli stessi i propri requisiti tecnici ed economici, formando in tal modo un cd. Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI), anche denominato come Associazione Temporanea di Imprese (ATI), che partecipa alla procedura ad evidenza pubblica.

Lo scopo dei Raggruppamenti, pertanto, è quello di permettere alle imprese di incrementare i propri requisiti di qualificazione, in vista della partecipazione ad una specifica gara.

Lo strumento consente così anche alle imprese di piccole dimensioni la partecipazione alle procedure di gara e, nel contempo, garantisce alle Amministrazioni appaltanti la selezione della migliore offerta nei confronti di una platea più numerosa di concorrenti, in piena applicazione dei principi di concorrenza e di massima partecipazione.

Quanti tipi di raggruppamento sono previsti e in che cosa consistono?

Il raggruppamento può essere di tipo verticale ovvero orizzontale.

Il raggruppamento orizzontale si configura quando tutte le imprese riunite eseguono la medesima prestazione (contratti di servizi e forniture) oppure realizzano lavori appartenenti alla stessa categoria di qualificazione (contratti di lavori). Nei raggruppamenti orizzontali, pertanto, manca una forma in alcun modo gerarchica tra le imprese e infatti con la presentazione dell'offerta congiunta, i soggetti riuniti in RTI orizzontale assumono una responsabilità solidale nei confronti della Stazione Appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori.

Il raggruppamento verticale, d'altra parte, si configura invece quando una delle imprese, detta mandataria, esegue la prestazione qualitativamente e/o economicamente principalmente le altre, dette mandanti, eseguono le prestazioni secondarie (contratti di servizi e forniture), ovvero quando la mandataria realizza i lavori della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano i lavori delle categorie scorporabili (contratti di lavori). Per le imprese riunite in RTI verticale la responsabilità è, al contrario di quanto accade nelle Associazioni orizzontali, limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma in ogni caso la responsabilità della mandataria per l'intero appalto

È inoltre consentita la costituzione di un raggruppamento cd. misto, consistente in un raggruppamento verticale in cui l'esecuzione delle singole categorie (per i lavori) o delle singole prestazioni (per i servizi e le forniture) viene assunta da sotto-associazioni strutturate in forma di RTI orizzontale.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 48 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

APPALTI. SOGGETTI PARTECIPANTI. IL CONSORZIO.

In cosa si distingue il Consorzio di imprenditori con i Raggruppamenti Temporanei di Imprese?

Il Consorzio è il contratto con il quale più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

All'interno della procedura di gara, i requisiti di partecipazione relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, sono computati cumulativamente in capo al Consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

A differenza dei RTI, pertanto, gli imprenditori costituiscono fin da principio un ente completamente distinto da essi, che partecipa singolarmente alla procedura di gara, mentre si fa luogo a una unione di più soggetti distinti, unitamente considerati soltanto ai fini della procedura.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 48 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

APPALTI. OGGETTO DELLE PROCEDURE DI GARA.

Cosa si intende per “settori speciali”?

Perché la relativa disciplina si distingue rispetto a quella prevista per i settori ordinari?

Per settori speciali si intendono quelli inerenti l’energia elettrica, l’energia termica e il gas, l’acqua, i servizi di trasporto, porti e aeroporti, servizi postali, nonché estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

Data la peculiarità e, soprattutto, la funzione strategica che tali settori assumono all’interno delle dinamiche e degli equilibri economici e sociali di ogni Paese, le procedure di affidamento di contratti nei settori speciali seguono una particolare disciplina, che si discosta da quella generale prevista per i settori ordinari e che è dettata dagli artt. 114 e ss. D.Lgs. n. 50/2016 (Nuovo Codice Appalti) e che in questo caso mira tra l’altro a riconoscere.

Medesime ragioni, tra l’altro, giustificano la sussistenza di cd. “settori esclusi” all’applicazione, totale o parziale, delle regole del Codice Appalti, nei quali tuttavia, ai sensi dell’art. 4 del medesimo testo di legge deve in ogni caso essere garantito il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica, che in ogni caso escludono la legittimità di affidamenti diretti di contratti di lavoro, servizi e/o forniture nei relativi settori.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 3, c. 1 lett. hh) (Definizioni), 4 (Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi) e 114 (Norme applicabili e ambito soggettivo) ss.

APPALTI. SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA.

Cosa comporta il superamento, da parte di una procedura di gara, della soglia di rilevanza comunitaria?

L’art. 35 D.Lgs. n. 50/2016 (Nuovo Codice Appalti) fissa in linea generale i criteri di valutazione e calcolo delle cd. soglie di rilevanza comunitaria.

I contratti che superino tale soglia di rilevanza sono soggetti all’applicazione di tutte le regole dettate dal Codice per la specifica tipologia contrattuale (a seconda cioè che lo stesso rientri all’interno dei settori ordinari, speciali ecc. del medesimo Codice).

Nel caso di contratti “sotto soglia”, d’altra parte, la procedura, pur scontando una notevole riduzione degli oneri formali e procedurali rispetto a quanto previsto in linea generale dal Codice, deve comunque rispettare i principi generali previsti dal medesimo D.Lgs. n. 50/2016, nonché ispirarsi ai principi di sostenibilità ed efficienza energetica e garantire la predisposizione di idonee misure atte al contrasto di fenomeni di conflitto di interesse, secondo le regole descritte dall’art. 36 D.Lgs. n. 50/2016 e ferma restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie o tramite centrali di committenza.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti), 36 (Contratti sotto soglia), 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze) e 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza)

APPALTI. STRUMENTI DI PARTECIPAZIONE. AVVALIMENTO.

In che cosa consiste lo strumento dell'avvalimento?

Attraverso il contratto di avvalimento l'ordinamento predispone uno strumento volto a garantire la partecipazione anche di quei soggetti che, pur non possedendo già di per sé tutte le capacità tecniche o economiche, ovvero la struttura o i mezzi per eseguire singolarmente l'oggetto del contratto posto a base di gara, possano nondimeno contare sul supporto, negozialmente vincolato, di altre imprese, invece dotate di quegli strumenti che, al partecipante alla gara, mancano.

In altri termini, attraverso il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda, realizzandosi così un possesso per relazione dei requisiti tecnico professionali ed economico finanziari per concorrere, in piena applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione.

Alla luce della *ratio* che sorregge l'istituto, non possono essere prestate qualificazioni strettamente personali della ditta ausiliaria, così come è consentito avvalersi di più imprese ausiliarie, ma non è possibile l'avvalimento a cascata, cioè un avvalimento da parte della impresa ausiliaria.

Per le stesse ragioni, poi, in relazione a ciascuna gara non è consentito che più concorrenti si avvalgano della stessa impresa ausiliaria, né che nella medesima procedura partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvalga dei requisiti.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 89 (Avvalimento)

ATTI NORMATIVI E ATTI AMMINISTRATIVI.

Quali sono le principali caratteristiche degli atti normativi secondari e degli atti amministrativi generali?

In cosa i primi si differenziano dai secondi?

Tratti tipici dell'atto normativo secondario, che lo differenziano dall'atto amministrativo generale, si ravvisano nei caratteri della generalità, dell'astrattezza e della innovatività.

Pertanto, l'atto normativo è sostanzialmente idoneo a produrre una modificazione l'ordinamento giuridico, rivolgendosi a una pluralità indeterminabile di soggetti e con disposizioni suscettibili di ripetizione infinita nel tempo, mentre l'atto amministrativo generale risulta privo di tale capacità.

Forti dubbi erano sorti in merito alla natura giuridica delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, previste dalla riforma della normativa in materia di appalti.

L'opinione prevalente le reputa atti amministrativi generali, vista la natura di Autorità Amministrativa Indipendente dell'Anac e la funzione regolatoria che le linee guida tendono ad assumere nella loro concezione legislativa.

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA.

Quali differenze intercorrono tra l'attività amministrativa e l'attività politica?

Al di là di quanto accade per l'attività politica, l'azione amministrativa risulta ontologicamente vincolata nei fini, prefissati a monte dalla legge o dagli atti generali di indirizzo, che debbono essere perseguiti, circostanza che è propria non solo dell'attività amministrativa vincolata, ma bensì anche di quella discrezionale.

Quando si afferma che l'attività politica, al contrario di quella amministrativa, è libera, si intende riferirsi al fatto che è essa stessa a fissare i propri fini, secondo una scelta che risulta insindacabile dal giudice e che, se rispettosa dei valori fondamentali dell'ordinamento (essenzialmente, principi costituzionali ed eurounitari) non risultano neppure contrastabili dai portatori di interessi contrapposti per il mezzo della tutela giuridica, ma solo con l'arma dell'opposizione politica.

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. AMMINISTRAZIONE ATTIVA, CONSULTIVA E DI CONTROLLO.

Quali vesti può assumere l'attività amministrativa?

Per mezzo dell'attività amministrativa i soggetti complessivamente costituenti l'apparato amministrativo provvedono alla cura dell'interesse pubblico, loro affidato dalla legge.

In concreto, inoltre, l'attività può assumere essenzialmente tre vesti e cioè manifestarsi in una attività di amministrazione attiva, consultiva ovvero di controllo.

Attraverso gli atti di amministrazione attiva, nello specifico, la Pubblica Amministrazione agisce in modo tale da realizzare concretamente le finalità pubbliche, attraverso manifestazioni concrete di pubblico potere.

Strettamente collegata e, anzi, generalmente prodromica all'esercizio del potere, risulta poi l'attività di amministrazione consultiva, che si manifesta nella emissione di pareri e consigli da destinare alle autorità che debbono successivamente agire in concreto.

Una volta che l'Amministrazione abbia esercitato funzioni correlate alle proprie funzioni istituzionali, la legge può poi attribuire ad altri soggetti il potere di sindacare tale operato, attività quest'ultima che è pertanto definita, per l'appunto, come amministrazione di controllo.

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. ATTIVITÀ VINCOLATA E ATTIVITÀ DISCREZIONALE.

Cosa si intende per attività vincolata e attività discrezionale dell'Amministrazione?

L'attività dell'Amministrazione può distinguersi in due fondamentali categorie: attività vincolata e attività discrezionale.

L'attività amministrativa si dice vincolata nel caso in cui una e una sola è la scelta che l'Amministrazione possa compiere e risulti conforme al dettato normativo. In altri termini, l'attività è vincolata quando i presupposti del procedimento e il contenuto dispositivo del provvedimento finale sono predeterminati tutti dalla legge, per cui unico scopo della pratica azione del soggetto pubblico è quello di accertare la sussistenza o meno dei presupposti indicati dal dettato normativo.

Qualora invece la legge lasci spazi di libertà all'Amministrazione circa la scelta del se procedere o meno all'emanazione di un atto (valutando in sostanza l'opportunità dell'azione), ovvero in merito alle modalità di esercizio del potere o del contenuto da assegnare all'atto, l'attività si dice discrezionale.

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA.

In cosa consistono i caratteri principali della discrezionalità amministrativa e quali sono i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale?

La discrezionalità amministrativa consiste nell'applicazione, da parte dell'Amministrazione, di regole di tipo non giuridico, di buona pratica amministrativa, al fine di individuare la scelta più opportuna tra le molteplici possibili.

Secondo la ricostruzione ermeneutica maggiormente seguita, in caso di contestazione giurisdizionale del provvedimento, il Giudice Amministrativo potrà esercitare soltanto un sindacato di tipo estrinseco, cioè basato sull'analisi della ragionevolezza e della correttezza formale del percorso logico seguito dall'Amministrazione. Non sarà al contrario possibile per lo stesso l'analisi dell'opportunità stessa del contenuto dispositivo dell'atto, attraverso un sindacato di tipo intrinseco, in quanto ciò comporterebbe una indebita sostituzione del Giudice nel ruolo istituzionale dell'Amministrazione, in violazione del principio di separazione dei poteri, nonché del divieto previsto dall'art. 34, c. 2 D.Lgs. n. 104/2010.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 34, c. 2 (Sentenze di merito)

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. DISCREZIONALITÀ TECNICA.

In cosa consistono i caratteri principali della cd. "discrezionalità tecnica" e quali sono i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale?

Con il termine discrezionalità tecnica si indica il potere lasciato all'Amministrazione di analizzare i presupposti indicati dalla legge per l'esercizio del potere sulla base di regole e cognizioni di carattere tecnico e scientifico.

In caso di contestazione giurisdizionale, il Giudice Amministrativo potrà esercitare un cosiddetto sindacato intrinseco di tipo debole.

In altri termini, il Giudice potrà analizzare la valutazione tecnica svolta dall'Amministrazione, ma non potrà sostituire il suo parere a quello dell'Autorità se non in caso di errore nell'applicazione delle regole tecniche e scientifiche, in quanto al contrario ciò comporterebbe una indebita sostituzione del Giudice nel ruolo istituzionale dell'Amministrazione, in violazione del principio di separazione dei poteri, nonché del divieto previsto dall'art. 34, c. 2 D.Lgs. n. 104/2010.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 34, c. 2 (Sentenze di merito)

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. PRINCIPIO DI LEGALITÀ.

Cosa implica il principio di legalità dell'azione amministrativa?

A livello costituzionale, il principio di legalità si evince dall'art. 97 Cost., che pone innanzitutto una riserva di legge (da intendersi in senso relativo) in materia di organizzazione amministrativa.

Non può, quindi, esservi un'Amministrazione che non sia individuata dalla legge e alla quale la legge conferisce specifici poteri da esercitarsi nella sfera di competenza di ciascun soggetto pubblico.

Ne deriva che ogni atto di esercizio del potere, prima ancora di essere valutato in ordine alla sua corrispondenza rispetto alla finalità che deve perseguire, deve provenire dal soggetto abilitato a decidere.

Tuttavia, giurisprudenza e dottrina ritengono unanimemente che lo stesso principio di legalità sia riferibile anche all'attività della Pubblica Amministrazione, come si desume dagli artt. 24 e 113 Cost. che assoggettano tale attività al controllo dell'Autorità giudiziaria, così presupponendo che essa non possa svolgersi in contrasto con le norme di legge, destinate a fungere da parametro del controllo giudiziario.

A livello di fonti primarie, il principio di legalità è enunciato dall'art. 1, c. 1 L. n. 241/90 e si traduce nell'obbligo dell'Amministrazione di perseguire i fini determinati dalla legge.

Il principio in esame, più nello specifico, va inteso in un triplice senso, ovvero della legalità come:

- non contraddittorietà dell'azione amministrativa alla legge, nel senso che l'Amministrazione non può adottare atti che contravvengano al dettato normativo;
- conformità formale dell'atto alla legge, nel senso che il provvedimento deve necessariamente rispettare i limiti dettati dalla legge nell'esercizio del proprio potere e utilizzare solo gli strumenti che la legge espressamente gli riconosca;
- conformità sostanziale alla legge, nel senso che il potere formalmente attribuito alla PA deve da questa essere utilizzato in concreto in conformità ai principi dell'ordinamento e alla *ratio legis*.

La "legalità", pertanto, va intesa come espressione essenziale del principio democratico della supremazia della volontà popolare, che attraverso il potere legislativo detta all'Amministrazione le regole della propria azione, così auto-vincolandosi in modo indiretto allo stesso potere pubblico.

Ciò implica il fondamentale assunto per cui, fuori dei casi previsti dalla legge, la PA non ha alcun potere innato.

Riferimenti normativi

Cost., 24, 97 e 113

L. n. 241/90, 1 (Principi generali dell'attività amministrativa)

AUTOCERTIFICAZIONE.

In cosa consiste il meccanismo dell'autocertificazione?

Qual è lo scopo che la legge si prefigge con tale strumento?

Ai sensi dell'art. 18 L. n. 241/90, le Amministrazioni devono garantire l'applicazione delle disposizioni in materia di autocertificazione, originariamente previste dalla L. n. 15/1968 e ora sostanzialmente contenute nel DPR n. 445/2000.

Con tale strumento, ogni atto di certificazione rilevante all'interno del procedimento può essere fornito direttamente dall'istante, che si assume la responsabilità, anche penale, della veridicità della dichiarazione.

Lo scopo della disposizione di cui al primo comma dell'art. 18 risulta invero duplice e può essere identificato in una ragione funzionale e in una storica.

Dal punto di vista funzionale, la previsione e generalizzazione del meccanismo dell'autocertificazione permette alle Amministrazioni una maggiore efficienza ed economicità di azione, specialmente in termini di tempi di completamento dei procedimenti di propria competenza. Attraverso l'autocertificazione dei privati, infatti, l'apparato pubblico può evitare di compiere esso stesso le ricerche e i controlli necessari per l'accertamento di identità e qualità dei soggetti.

Dal punto di vista storico, d'altro canto, la norma rappresentava, al momento della sua entrata in vigore, il modo migliore per superare le criticità efficientistiche del sistema amministrativo nazionale legato alla scarsa digitalizzazione degli uffici e alla limitazione della interconnessione tra apparati pubblici. Unico sistema per permettere all'Amministrazione di ottenere in tempi rapidi le informazioni necessarie su titoli, qualità e identità dei soggetti destinatari a vario titolo della propria azione, pertanto, risultava la diretta autocertificazione da parte di quest'ultimi.

I commi 2 e 3 del medesimo articolo, d'altro canto, rappresentano un'ulteriore evoluzione del meccanismo sopra descritto, in quanto richiedono alle Amministrazioni di non domandare ai privati documenti o informazioni che siano già in loro possesso o che le stesse possano domandare ad altri pubblici soggetti deputati alla certificazione di tali dati.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 18 (Autocertificazione)

AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Qual è la natura giuridica e in che cosa consistono le funzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti?

Le Autorità Amministrative Indipendenti, modello istituzionale trapiantati nel nostro ordinamento riprendendo modelli dell'esperienza statunitense, sono enti pubblici che si caratterizzano per la sostanziale indipendenza dalle direttive del Governo, agendo al contrario in modo autonomo al fine di regolare o disciplinare dal punto di vista tecnico settori ritenuti particolarmente rilevanti o sensibili, dal punto di vista economico o sociale.

Le funzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti dipendono dal ruolo alle stesse fornito dalle loro norme istitutive.

A tal fine, si è soliti distinguere tra Autorità di settore, preposte a uno specifico compartimento economico, e Autorità trasversali, dotate di poteri incidenti su più settori economici, nonché tra Autorità di regolazione, che mirano essenzialmente a dettare la disciplina tecnica finalizzata a garantire il miglior funzionamento del settore economico di specifica competenza, e Autorità di controllo, dotate di poteri finalizzati a garantire il rispetto di determinati principi e regole poste a tutela di interessi particolarmente rilevanti del sistema economico-sociale (tipicamente, la concorrenza).

CASSAZIONE.

È possibile proporre ricorso in Cassazione avverso sentenze del Giudice Amministrativo?

Cosa si intende per “motivi di giurisdizione”?

Le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili, ai sensi dell’art. 111 Cost. e 110 D.Lgs. n. 104/2010, con ricorso in Cassazione per soli motivi di giurisdizione.

Occorre precisare che, ai sensi dell’art. 48 R.D. n. 1054/1924 (cd. Legge Tar), non abrogato dal codice del processo amministrativo, il ricorso in esame è limitato alla sola ipotesi di difetto “assoluto” di giurisdizione.

Tuttavia, la più recente giurisprudenza, volendo meglio delineare i confini entro i quali possa ammettersi ricorso avverso sentenza del Consiglio di Stato ha delineato le distintive figure dei limiti interni e dei limiti esterni alla giurisdizione.

Il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, difatti, è ammesso nelle sole ipotesi in cui si realizzi uno sconfinamento del potere del giudice amministrativo nelle competenze di altra giurisdizione o di altro potere dello Stato (limiti esterni), mentre deve essere escluso per il caso di materie che, pur rientrando nella astratta competenza del giudice adito, comporti in effetti una violazione di legge travalicando limiti di potere che restano in ogni caso interni alla giurisdizione stessa del giudice scelto dalle parti, come nel caso di errori compiuti nell’accertamento dei presupposti processuali, delle condizioni dell’azione o della fondatezza della pretesa.

Con riferimento alla ricorribilità delle sentenze del Consiglio di Stato che decidono esclusivamente sulla giurisdizione, nel caso di riforma della decisione del giudice di primo grado che aveva inizialmente declinato la propria giurisdizione, le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che suddetta pronuncia, non decidendo neppure in parte il merito della controversia, non può essere ricorsa in Cassazione, ma può essere fatta oggetto di regolamento preventivo di giurisdizione.

Si ricordi infine che, pur con le precisazioni fornite dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 10060/2013, il sindacato giurisdizionale della Cassazione è possibile anche sulle sentenze del Consiglio di Stato emesse in esito al giudizio di ottemperanza.

Riferimenti normativi

Cost., 111

D.Lgs. n. 104/2010, 110 (Motivi di ricorso)

CONCORRENZA.

In che cosa consiste il principio della tutela della concorrenza?

Nella propria azione, l’Amministrazione deve mirare ad adottare misure volte a contrastare comportamenti di imprese che incidano negativamente sull’assetto concorrenziale del mercato, in conformità altresì ai principi comunitari di libero mercato, divieto di aiuti di Stato e massima partecipazione alle procedure a evidenza pubblica.

Ancora, l’Amministrazione deve attivarsi al fine di predisporre misure volte a promuovere l’eliminazione o la riduzione di vincoli alla libera competizione tra imprese, così da permettere il libero gioco concorrenziali tra le parti, con conseguenti benefici anche per il sistema economico e sociale dello Stato.

Infine, nei settori in cui, per motivi naturali o tecnici, non risulti possibile lo stabilimento di un effettivo processo concorrenziale (si pensi al caso delle ferrovie, in cui la rete deve necessariamente essere gestita da un solo soggetto), l'Amministrazione deve operare al fini di aprire il più possibile il mercato a tutti gli operatori economici (nel caso delle ferrovie, ad esempio, garantendo a tutti di usufruire, in modo regolamentato, alle strade ferrate).

Riferimenti normativi

Cost., 41 e 43

CONFERENZA DI SERVIZI.

Quale funzione assume lo strumento della Conferenza di servizi?

Quante tipologie di Conferenza di servizi sono classicamente annoverate nel nostro ordinamento?

La Conferenza di Servizi, disciplinata dagli artt. 14 e ss. L. n. 241/90, è stata fin da principio concepita dal Legislatore quale generale strumento di concentrazione e di semplificazione procedimentale, in un unico contesto logico temporale, delle valutazioni e delle posizioni delle diverse amministrazioni portatrici degli interessi pubblici rilevanti in un dato procedimento amministrativo. È proprio per questa ragione che, d'altro canto, l'atto finale emesso in esito al procedimento si ritiene imputabile in capo alle singole Amministrazioni partecipanti e non alla Conferenza di Servizi.

La stessa L. n. 241/90, agli artt. 14 ss., distingue tra Conferenza di Servizi decisoria, istruttoria e preliminare.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 14 (Conferenze di servizi) ss.

CONFERENZA DI SERVIZI DECISORIA.

Che funzione assolve nello specifico la Conferenza di servizi decisoria?

La Conferenza di Servizi di tipo decisorio è disciplinata dal novellato art. 14, c. 2, L. 241/1990, il quale si limita a delimitarne l'ambito di applicazione. Il suddetto articolo dispone che la Conferenza di Servizi decisoria è sempre indetta dall'Amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso comunque denominati resi da diverse Amministrazioni, inclusi i gestori di beni e servizi pubblici. L'atto finale, che assume la veste di provvedimento espressivo di amministrazione attiva, è imputabile in capo alle singole Amministrazioni partecipanti e non alla Conferenza di Servizi, che difatti non costituisce un ente a sé, bensì una sorta di "involucro procedimentale" in cui confluiscono le azioni delle singole Amministrazioni partecipanti.

La Conferenza di Servizi decisoria, oltre che d'ufficio, può essere indetta anche su istanza del privato, qualora l'attività di questi sia subordinata al rilascio di più atti di competenza di diverse Amministrazioni.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 14, c. 2 (Conferenze di servizi)

Conferenza di Servizi istruttoria.

Che funzione assolve nello specifico la Conferenza di servizi istruttoria?

La Conferenza di Servizi istruttoria è disciplinata dal primo comma dell'art. 14, L. n. 241/90, come sostituito dall'art. 1, D.Lgs. n. 127/2016, e può essere indetta dall'Amministrazione procedente, anche su richiesta di altra Amministrazione coinvolta nel medesimo procedimento, ovvero del privato interessato, quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti connessi, inerenti medesime attività o risultati.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 14, c. 1 (Conferenze di servizi)

Conferenza di Servizi preliminare.

Che funzione assolve nello specifico la Conferenza di servizi preliminare?

La Conferenza di Servizi preliminare (o preventiva) è disciplinata dall'art. 14, c. 3, L. 241/1990 (come modificato dall'art. 1, D.Lgs. n. 127/2016) e nasce dall'esigenza di sottoporre al vaglio preventivo della P.A. progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi, al fine di indicare al richiedente, alla presentazione dell'istanza o del progetto definitivi, le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso.

Riferimenti normativi

L. n. 241/1990, 14, c. 3 (Conferenze di servizi)

Cosa si intende per danno da mero ritardo?

Cosa comporta per l'Amministrazione il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento?

Il danno da mero ritardo si identifica con quello cagionato all'istante per l'infruttuosa attesa del termine di conclusione del procedimento amministrativo, senza che l'Amministrazione abbia tempestivamente emesso alcun provvedimento, in senso positivo o negativo per il privato.

Ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 2 *bis* L. n. 241/90, il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento avviato ad istanza di parte comporta il dovere dell'Amministrazione di riconoscere un indennizzo all'istante.

A differenza di quanto accade per il risarcimento danni disciplinato dal primo comma della medesima disposizione, tale indennizzo è dovuto anche in caso di mancata spettanza del provvedimento favorevole, cioè anche qualora l'Amministrazione emani in ritardo un provvedimento legittimamente sfavorevole per l'istante.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 2-*bis*, c. 1 *bis* (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento)

Quali sono le conseguenze e i rimedi preposti dall'ordinamento in caso di danno cagionato dall'emissione di un provvedimento amministrativo che si ritenga illegittimo?

Qualora un provvedimento dell'Amministrazione rechi lesione ad una posizione di interesse legittimo del singolo, è proponibile l'azione volta al risarcimento del danno patito, secondo le regole stabilite dall'art. 2043 c.c. e nei limiti, nei modi e nei termini dettati dall'art. 30 D.Lgs. n. 104/2010.

In particolare, l'azione deve essere proposta entro il termine di 120 giorni dalla data in cui si abbia conoscenza del provvedimento da cui derivi la lesione della propria posizione giuridica soggettiva ovvero, qualora sia stata proposta azione volta all'annullamento dell'atto, per tutta la durata del relativo giudizio e in ogni caso entro il termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che decida dell'azione di annullamento, riconoscendo l'illegittimità dell'atto.

Quanto ai presupposti dell'art. 2043 c.c., va tenuto presente che l'elemento soggettivo della colpa non può essere presunto dalla mera illegittimità dell'atto, che in ogni caso rappresenta un elemento indiziante in tal senso, ma va provato in maniera specifica dal ricorrente.

Tale regola soffre una eccezione in materia di appalti, in cui invece, nel caso in cui il ricorrente dimostri che la procedura sarebbe dovuta essere a lui aggiudicata, può ottenere, nell'ipotesi in cui per qualsiasi motivo non risulti possibile ottenere la stipula dell'intero contratto, il risarcimento per equivalente del valore di quest'ultimo. In tale caso, infatti, il ricorrente non è tenuto a dimostrare la colpa della Stazione Appaltante e quest'ultima non è neppure legittimata a provare l'assenza di elemento soggettivo in capo alla stessa. Ciò poiché in tale caso non ci si trova di fronte a un vero e proprio caso di risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo, bensì a una

condanna dell'Amministrazione ad adempiere ai propri obblighi negoziali nei confronti del legittimo aggiudicatario della gara che, non potendo ottenere il contratto, deve avere in sostituzione e per equivalente una determinata somma di danaro.

Riferimenti normativi

c.c., 2043 (Risarcimento per fatto illecito)

D.Lgs. n. 104/2010, 30 (Azione di condanna)

DANNO CAUSATO ALL'INTERESSE LEGITTIMO. DANNO DA RITARDO.

Cosa comporta la tardiva emanazione del provvedimento positivo domandato dal privato?

Il nostro ordinamento non protegge il fattore tempo in via assoluta. Tuttavia, si riconosce al ritardo nell'ottenimento di una utilità l'intrinseca lesione di posizioni giuridiche soggettive, legate alla possibilità dei consociati di ottenere, nel tempo infruttuosamente decorso, opportunità di profitto attraverso la coordinata gestione delle proprie risorse.

Ai sensi del primo comma dell'art. 2 *bis* L. n. 241/90, l'Amministrazione è tenuta a risarcire il danno causato dal mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento, qualora cagionato con dolo o colpa. Tale risarcimento è però legato alla effettiva spettanza del provvedimento favorevole, poiché soltanto in questo caso può dirsi che l'istante abbia perso, in ragione del ritardo, una occasione di anticipazione del profitto o dell'utilità derivante dalla propria attività, che si legava all'emissione del provvedimento.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 2-*bis*, c. 1 (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento)

ENTI PUBBLICI.

Cosa si intende per ente pubblico?

Quali sono le caratteristiche principali degli enti pubblici economici?

Non sussiste ancora oggi una definizione specifica e unanimemente condivisa di ente pubblico.

Tuttavia, può in linea generale affermarsi che l'ente pubblico costituisca una persona giuridica creata secondo norme di diritto pubblico, attraverso la quale l'Amministrazione svolge la propria funzione istituzionale, in forza dei poteri attribuiti dalla legge. Per questo, gli enti pubblici sono solitamente definiti come centri di potere.

In questo senso, pertanto, gli enti pubblici si contrappongono in modo diametrico alle persone giuridiche, create invece secondo norme di diritto privato.

Costituiscono, pertanto, caratteristiche qualificanti degli enti pubblici:

- istituzione e organizzazione secondo disposizioni di legge;
- finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico;

- soggezione ad un particolare regime giuridico di diritto amministrativo, per cui ad esempio tutti i dipendenti degli enti pubblici sono assoggettati alla responsabilità penale, civile e amministrativa prevista per i pubblici dipendenti;

-stretto controllo da parte degli organi statali, che in diversi casi giunge sino alla nomina governativa o parlamentare degli organi di amministrazione o governo dell'ente;

- dotazione di poteri autoritativi, in forza dei quali gli stessi possono produrre unilateralmente, nella sfera giuridica di altri soggetti, le modificazioni giuridiche previste nelle loro statuizioni.

Alla luce delle peculiari disposizioni di legge che li riguardano, gli enti pubblici sono dotati di autonomia, cioè la capacità di porre in essere norme aventi efficacia sul piano dell'ordinamento generale alla stregua dei provvedimenti dello stato, autotutela, per cui gli enti pubblici possono procedere direttamente a sanare i propri provvedimenti affetti da vizi sanabili, attraverso ratifica, convalida, conversione, annullamento d'ufficio o revoca e autarchia, consistente nella capacità degli enti pubblici di amministrare i propri interessi svolgendo un'attività amministrativa avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia giuridica di quella dello Stato.

All'interno del novero degli enti pubblici, costituenti nel loro complesso quella che viene definita come Amministrazione in senso soggettivo, si è soliti distinguere tra una vasta pletera di categorie, tra cui particolare rilevanza assume la distinzione tra enti pubblici economici e non economici.

Gli enti pubblici economici rappresentano persone giuridiche a carattere ibrido, in quanto soggetti costituiti dallo Stato o da altro ente pubblico, che, a differenza di quanto solitamente accade, operano in veste imprenditoriale con gli altri strumenti di diritto privato.

Vengono costituiti generalmente al fine di garantire servizi pubblici essenziali non adeguatamente gestibili dai privati o il controllo su prezzi ed altri elementi di un dato settore di mercato.

Riferimenti normativi

Cost., 97

ESPROPRI. ART. 42-BIS D.P.R. N. 327/2001.

Quali sono state le tappe fondamentali che hanno condotto il Legislatore all'introduzione dell'art. 42-bis del Testo Unico in materia di espropri?

Cosa accade oggi in caso di occupazione *sine titulo* di terreni da parte dell'Amministrazione?

L'art. 42-bis T.U. Espropri è stato introdotto dall'art. 34 c. 1 D.L. n. n. 98/2011, a seguito della declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega (Corte Cost. sent. 8 ottobre 2010 n. 293) del previgente art. 43.

Nella sua attuale formulazione, la norma prevede un particolare meccanismo di "*espropriazione semplificata*" a seguito di occupazione originariamente illegittima di un bene immobile privato da parte dell'Amministrazione.

L'attuale testo, tuttavia, rappresenta semplicemente l'ultima tappa dell'evoluzione ordinamentale in materia di espropriazioni indirette.

Negli anni '80, difatti, la famosa sentenza Cass. Civ. SS.UU. 26 febbraio 1983 n. 1464 introdusse nel nostro ordinamento l'istituto della cd. "accessione invertita", ai sensi dell'art. 938 c.c., ossia quel particolare modo di acquisto della proprietà di un terreno da parte dell'Amministrazione che

avesse irreversibilmente trasformato la destinazione del fondo del privato, finalizzandolo alla soddisfazione di interessi e bisogni pubblici.

In forza del citato meccanismo, il bene immobile passava alla titolarità del soggetto pubblico, ma la fattispecie diveniva fonte di indennizzo da espropriazione per il privato, secondo lo schema dell'espropriazione "ordinaria", che tra l'altro ancorava la giurisdizione in materia in capo al giudice amministrativo.

Nel 1988, le stesse Sezioni Unite del Supremo Consesso tornarono, con la sent. n. 3940/88, a delineare i confini dell'istituto, limitando l'acquisizione da parte dell'Amministrazione alla sola ipotesi in cui questa avesse già adottato valida dichiarazione di pubblica utilità, in quanto atto manifestativo dell'interesse pubblico. Si segnò così il passaggio dalla accessione invertita propriamente detta alla "occupazione acquisitiva".

Sempre a parere della Corte, l'assenza della dichiarazione di pubblica utilità comportava un'usurpazione *sine titulo*, che innescava a favore del privato il diritto alla restituzione del bene (ferma la facoltà di abdicazione volontaria della proprietà in capo al privato), con conseguente diritto al risarcimento dei danni subiti secondo le norme della responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.* e, di conseguenza, con la giurisdizione del Giudice ordinario.

Successivamente, le stesse Sezioni Unite ebbero modo di precisare che la perdita del bene del privato non dipendeva da una mera esecuzione dell'opera pubblica sul fondo, ma di quella che avesse determinato l'impossibilità giuridica di continuare ad utilizzare il bene in conformità con la sua precedente destinazione.

L'orientamento adottato dai giudici di legittimità non solo trovò conforto nella giurisprudenza amministrativa successiva, anche dell'Adunanza Plenaria, sent. n. 4/2005, ma ebbe lo stesso avallo della Corte Costituzionale che, con sent. n. 188/95 escluse che l'istituto violasse il dettato costituzionale ed in particolare l'art. 42 Cost., trovando fondamento nella funzione sociale stessa della proprietà.

Rilievi critici furono tuttavia sollevati dalla Corte EDU, che ebbe a qualificarlo come contrario all'art. 6 della Convenzione, rubricato "Diritto ad un equo processo", nonché all'art. 1 del relativo Protocollo Addizionale, in quanto contrario ai principi di legalità, certezza del diritto ed effettività della tutela giurisdizionale, nonché lesivo del diritto fondamentale di proprietà, specie alla luce della origine giurisprudenziale dell'istituto.

Nel 2001, in sede di riorganizzazione della materia espropriativa, sulla scorta delle sollecitazioni europee, il legislatore italiano emanò l'art. 43 T.U. Espropri, che introdusse nel nostro ordinamento la cd. acquisizione sanante.

Secondo tale istituto, l'Amministrazione che avesse utilizzato un bene immobile per scopi di pubblico interesse, modificato in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, poteva sanare la situazione *contra ius* disponendo l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile con effetti *ex tunc* e risarcendo il danno patito al proprietario espropriato.

La norma ricevette le censure tanto da parte della giurisprudenza di Strasburgo quanto della stessa Corte Costituzionale che ne dichiarò l'illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 76 Cost. poiché istituto connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziali.

A seguito di tale declaratoria di incostituzionalità, il legislatore introduce pertanto l'art. 42-*bis*, ai sensi del quale oggi l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio.

In tal caso, l'Amministrazione è tenuta a risarcire i danni causati dall'occupazione senza titolo, nonché a riconoscere un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, parametrato al valore venale del bene.

La principale differenza tra l'istituto in commento e quello previsto nelle precedenti versioni della norma risiede nell'efficacia non retroattiva dell'acquisizione, che non permette in alcun modo di sanare il contegno illegittimamente tenuto dall'Amministrazione espropriante, nel periodo in cui la stessa risultava priva di valido titolo acquisitivo, aspetto che ha permesso alla disposizione di ricevere l'avallo della Corte Costituzionale, attraverso la sent. n. 71/2015.

Proprio per questo motivo si afferma che l'art. 42-*bis* abbia introdotto non una ipotesi di sanatoria dell'espropriazione illegittimamente effettuata, ma un procedimento speciale di espropriazione, semplificato nella struttura (*uno actuperficitur*) e complesso negli effetti.

Riferimenti normativi

Cost., 42

CEDU, 6

All. Add. CEDU, 1

DPR n. 327/2001, 42-*bis* (Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico)

FONTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO.

Quali sono le fonti del diritto amministrativo, di carattere nazionale ed euro unitario?

Le fonti del diritto amministrativo, di derivazione nazionale, sono generalmente distinte in tre livelli: costituzionale, primario e secondario.

Appartengono al novero delle fonti del primo livello la Costituzione, posta al vertice della gerarchia, e le leggi costituzionali, mentre si considerano norme di rango ordinario le leggi formali dello Stato, i decreti leggi e decreti legislativi, emanati su delega o con successiva conversione della legge parlamentare, nonché le leggi regionali e delle Province Autonome di Trento e Bolzano.

Fanno invece parte delle fonti di rango secondario tutta una eterogenea serie di atti emanati formalmente da soggetti aventi natura amministrativa, quali i regolamenti, le ordinanze e gli statuti degli enti locali.

Le fonti secondarie sono adottate dalle Amministrazioni centrali o periferiche nell'esercizio del potere di autonomia normativa loro riconosciuto negli ambiti di rispettiva competenza.

Nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, si collocano ad un livello inferiore rispetto alle leggi e agli atti aventi forza di legge. Pertanto, non possono abrogare, derogare o modificare né le fonti di rango costituzionale né quelle di rango primario, né dettare norme contrastanti con esse. Pertanto, in ipotesi di provvedimenti che si pongano in linea con una fonte secondaria, a sua volta

in contrasto con norme di rango primario o superiore, gli stessi risultano in ogni caso irrimediabilmente illegittimi e possono essere conseguentemente annullati.

Si tratta di atti formalmente amministrativi, in quanto adottati dalle PA, ma sostanzialmente normativi perché muniti di valore giuridicamente vincolante con effetto *erga omnes*.

Infine, non può essere taciuta, all'interno dell'elenco delle fonti del diritto amministrativo di derivazione nazionale, come in ogni altro campo giuridico, altresì la consuetudine.

Costituiscono d'altra parte fonti del diritto amministrativo, di derivazione sovranazionale, i Regolamenti, le Direttive, le Decisioni e le altre fonti comunitarie emanate dai competenti organi dell'Unione Europea, nonché la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e le altre Convenzioni e Accordi internazionali stipulati dall'Italia e correttamente ratificati.

Dopo vari decenni di accesi dibattiti intercorsi tra la Corte di Giustizia europea e diverse Corti Costituzionali nazionali, tra cui in particolare quella tedesca e quella italiana, risulta oggi pacificamente affermato che le norme comunitarie sono fonti dell'ordinamento interno che operano direttamente all'interno di esso, determinando l'invalidità delle norme nazionali e degli atti in contrasto con esse.

Ne deriva che la legge contrastante con le norme comunitarie, incostituzionale in ragione della sua anti-comunitarietà, viene disapplicata direttamente dal giudice nazionale, così garantendo l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

Alla luce di questa evoluzione, ad oggi il primato del diritto comunitario impone la disapplicazione della legge nazionale anti-comunitaria perché incostituzionale *ex artt.* 117 e 11 Cost.

In particolare, poiché le norme comunitarie entrano nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 11 Cost. (norma collocata nell'ambito dei principi fondamentali della Costituzione), esse assumono un rango "super costituzionale" e prevalgono anche sulle altre norme costituzionali che non hanno il rango dei principi fondamentali.

In sostanza, il primato del diritto comunitario dà luogo alla disapplicazione non solo della legge contrastante, ma anche delle norme costituzionali, con l'unica eccezione di un nucleo ristretto di principi, ossia quelli fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona (cd. controlimiti). In tal caso, tra l'altro, il sindacato sulla legittimità della norma resta accentrato in capo alla Corte Costituzionale.

Riferimenti normativi

Cost., 11 e 117

IMPARZIALITÀ.

In cosa consiste il principio di imparzialità?

In base al principio di imparzialità, desumibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 97 Cost., l'Amministrazione deve svolgere la propria attività nel pieno rispetto della giustizia, evitando ogni discriminazione e arbitrio nell'attuazione dell'interesse pubblico.

L'imparzialità, si badi, non va affatto confusa con il concetto di neutralità (economica ovvero politica), propria delle sole Autorità Amministrative Indipendenti e intesa quale indifferenza rispetto agli interessi in gioco nell'ambito della propria azione, né tantomeno con la "terzietà e

imparzialità” tipica della funzione giurisdizionale, intesa quale posizione *super partes* del soggetto agente.

A differenza del primo concetto (neutralità), l'imparzialità amministrativa consiste nell'esigenza di comportarsi in modo uguale nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione pubblica, senza tuttavia restare indifferenti all'interesse pubblico di riferimento.

Al contrario dell'imparzialità e terzietà dei giudici, d'altra parte, l'Amministrazione, nel proprio agire, rappresenta e conduce espressamente una posizione ben precisa (quella del pubblico interesse, per l'appunto), che deve perseguire anche a discapito degli interessi dei destinatari della propria azione, nei cui confronti, tuttavia, deve porsi in modo di equidistanza logica, valutando gli stessi esclusivamente in base agli obiettivi che la legge impone di perseguire, senza procedere a discriminazioni illogiche che, in quanto tali, risulterebbero del tutto arbitrarie.

Pertanto, il principio di imparzialità ha, innanzitutto, un'accezione negativa, in quanto impone alla PA di non discriminare i soggetti privati coinvolti, garantendo trattamenti simili in situazioni analoghe e trattamenti differenziati in situazioni diverse. In questi termini, il principio di imparzialità traduce, nell'ambito dell'attività amministrativa, i principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Tale principio, però, ha anche una valenza positiva, in quanto impone all'Amministrazione un comportamento attivo, che si sostanzia nella ponderazione e nella valutazione di tutti gli interessi in conflitto in un dato procedimento amministrativo

Riferimenti normativi

Cost., 3 e 97

INTERESSE E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.

Quali sono i presupposti per la proposizione del ricorso amministrativo?

Cosa si intende per interesse e per legittimazione ad agire?

L'art. 100 cpc, applicabile al processo amministrativo in forza del “rinvio esterno” operato dall'art. 39 D.Lgs. n. 104/2010, stabilisce che per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse.

In altri termini, pertanto, per agire in sede processuale, in capo al ricorrente deve sussistere, quale condizione dell'azione, sia un interesse all'azione che la legittimazione giuridica del ricorrente alla stessa.

Per “interesse” deve intendersi l'astratta possibilità, in caso cioè di accoglimento della domanda o della difesa esperita dal soggetto, di ottenere un concreto vantaggio giuridicamente rilevante dal processo, mentre la “legittimazione” all'azione implica la titolarità in capo alla parte della posizione giuridica soggettiva azionata o difesa.

L'interesse, inoltre, deve essere personale, con ciò intendendosi che il vantaggio che si intende trarre dal processo deve riguardare direttamente il soggetto che agisce; attuale, nel senso che deve sussistere al momento in cui si propone la domanda, ed infine concreto, ovvero valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del soggetto che esercita l'azione.

Riferimenti normativi

c.p.c., 100 (Interesse ad agire)

INTERESSE LEGITTIMO E DIRITTO SOGGETTIVO.

Esiste una nozione espressa nel nostro ordinamento di interesse legittimo?

Quali tipologie di interesse legittimo sono state elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza?

In cosa si differenzia l'interesse legittimo dal diritto soggettivo?

La nozione di interesse legittimo elaborata dalla dottrina lo definisce come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita sottoposto all'esercizio del potere amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere.

Pur non sussistendo alcuna espressa definizione, da parte di alcuna norma ordinamentale, il lavoro sia della dottrina che della giurisprudenza hanno condotto nondimeno a una plurima classificazione delle varie *species* di interesse legittimo.

In particolare, si suole anzitutto distinguere tra interessi legittimi cd. oppositivi, i quali soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto, e interessi legittimi cd. pretensivi, che soddisfano invece istanze di ampliamento di tale sfera.

Si distingue, inoltre, tra interessi cd. partecipativi, aventi base giuridica nelle diverse disposizioni che assegnano al privato facoltà da esercitare in seno al procedimento amministrativo, e interessi cd. procedurali, ossia legati all'interesse del privato alla definizione del procedimento nel rispetto dei termini prescritti.

Dagli interessi legittimi, d'altro canto, vanno tenute distinte quelle categorie di posizioni che, proprio perché non assurgono al rango di interessi legittimi, non risultano protetti dall'ordinamento, ovvero i cd. interessi di fatto e gli interessi semplici. I primi sono quelli da tutti vantati all'osservanza da parte della PA di doveri pubblici posti a vantaggio della collettività indifferenziata e sono, dunque, privi del carattere della differenziazione, nel senso che il titolare della relativa posizione non si distingue in alcun modo dal *quisque de populo* e pertanto non gode di alcuna tutela specifica sul punto. I secondi, d'altra parte, consistono nell'interesse che il singolo vanta ad un uso corretto, sul piano del merito, dei poteri da parte della PA.

In contrapposizione all'interesse legittimo, il diritto soggettivo viene riconosciuto dall'ordinamento ponendo il singolo su di un piano di parità, non di inferiorità, rispetto al potere.

Al fine di un distinguo tra diritti soggettivi e interessi legittimi in capo al privato, sono stati nel tempo elaborati alcuni criteri di riparto: un primo criterio ruota attorno alla contrapposizione tra esercizio di attività discrezionale – e in tal caso il privato è titolare di un interesse legittimo - e di attività vincolata.

Altro criterio, fa invece leva sulla distinzione delle norme giuridiche che regolano l'operato della PA in norme d'azione, le quali disciplinano l'azione dell'Amministrazione, occupandosi solo in via indiretta degli interessi dei destinatari, che in tal caso assumono la consistenza di interessi legittimi, e norme di relazione, le quali regolano l'azione amministrativa nel contesto di rapporti paritari con altri soggetti, titolari pertanto di diritti soggettivi.

Ulteriore criterio distintivo è quello basato sulla contrapposizione tra atti di imperio, cui si contrappone un interesse legittimo, ed atti di gestione, cui si contrappone, invece, un diritto soggettivo.

La teoria attualmente dominante, in ogni caso, distingue a seconda che, dolendosi dell'azione amministrativa, il ricorrente lamenti il suo esercizio in assenza di potere, ovvero ne censuri semplicemente il cattivo uso, senza contestarne l'esistenza: l'impostazione poggia sulla nota e fondamentale teoria dell'affievolimento (o degradazione) del diritto in interesse, nei casi in cui l'esercizio dello stesso debba rapportarsi con l'azione di un potere pubblico.

In base a questa teoria, pertanto, sussiste un interesse legittimo qualora l'azione amministrativa si materializzi in un vero e proprio atto amministrativo, ancorché illegittimo, mentre ricorre al contrario un diritto soggettivo nel caso in cui il privato non si limiti a contestare il cattivo uso del potere da parte della PA, ma neghi la stessa esistenza del potere: in tal caso infatti, essendo l'atto amministrativo inesistente o nullo, sarà inidoneo a produrre qualsiasi effetto degradatorio della posizione di diritto soggettivo del singolo.

INTERESSI LEGITTIMI. PRINCIPI COSTITUZIONALI.

Esiste una definizione costituzionale dell'interesse legittimo?

Quali articoli della Costituzione trattano dell'interesse legittimo?

Nonostante nell'ordinamento giuridico non esista una norma definitoria dell'interesse legittimo, tale figura è comunque presente in tre articoli della Costituzione.

All'art. 24 è stabilito il diritto di agire in giudizio per la difesa dei diritti (intesi quali diritti soggettivi) e degli interessi legittimi. Il che implica una piena equiparazione, a fini giustiziali, delle due figure giuridiche soggettive e, per quanto qui rileva, la piena tutelabilità dell'interesse da qualsiasi lesione o minaccia

All'art. 103, in cui si stabilisce la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa per la tutela degli interessi legittimi.

Infine, all'art. 113, dove si prevede che avverso gli atti della P.A. è sempre ammessa la possibilità di tutelare tale posizione soggettiva in sede giurisdizionale.

Riferimenti normativi

Cost., 24, 103 e 113

LEGITTIMO AFFIDAMENTO.

Cosa si intende con "legittimo affidamento"?

Cosa comporta per l'Amministrazione il rispetto di tale principio?

Il principio di legittimo affidamento è un diritto non scritto che impone all'Amministrazione, soprattutto in sede di esercizio del potere di autotutela, di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio, bene o utilità, conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo puntuale atto della PA, al quale sia seguito il decorso di un ragionevole lasso di tempo.

Gli atti e i provvedimenti dell'Amministrazione o anche una condotta materiale tenuta dalla stessa possono infatti generare nel privato cittadino il ragionevole (*rectius*, legittimo) affidamento circa il conseguimento o mantenimento di un vantaggio.

In altri termini, ogni volta che un soggetto pubblico decida di rimuovere un proprio provvedimento che ha riconosciuto un certo bene della vita ad un privato, essa incontra il limite dell'affidamento che il privato in buona fede ha consolidato, alla luce del trascorso di un ragionevole lasso di tempo, in merito alla definitività e alla stabilità dell'attribuzione del bene stesso.

Nell'ordinamento nazionale, il principio di affidamento è stato per lungo tempo estraneo al diritto amministrativo, che ha tradizionalmente privilegiato la tutela dell'interesse pubblico; dirompente è stato il varo della L. n. 15/2005, certamente influenzata dalla giurisprudenza comunitaria, che ha consacrato l'affidamento del privato come limite all'esercizio dell'autotutela da parte della PA.

Per anni, difatti, la tutela - anche risarcitoria - dell'affidamento del privato, era preclusa dal costante indirizzo giurisprudenziale della Cassazione, contrario a riconoscere la risarcibilità dei danni causati a posizioni di interesse legittimo.

Il mutato orientamento della giurisprudenza, avvenuto come detto in modo deciso a seguito della novella del 2005, ha condotto alla delineazione odierna dei caratteri dell'affidamento tutelabile, che possono essere così sintetizzati:

-elemento oggettivo: l'affidamento deve essere ragionevole, nel senso che il vantaggio che il privato difende deve essere stato attribuito in maniera chiara ed univoca da un precedente provvedimento espresso ed efficace;

-elemento soggettivo: è tutelabile solo l'affidamento maturato in buona fede;

-elemento cronologico: l'affidamento diventa pieno solo quando il vantaggio sia goduto in un arco temporale tale da persuadere il beneficiario in ordine alla sua stabilità, se non addirittura alla sua definitività.

In un'accezione prettamente nazionale, poi, il principio di legittimo affidamento si ricollega a quello di buona fede, costituendo così anche una regola comportamentale.

In questi termini, tale principio impone alla PA (così come a qualsiasi altro soggetto) di non ingenerare con le proprie condotte aspettative destinate ad essere frustrate. Detta regola di comportamento determina la responsabilità della PA per i danni cagionati da una condotta non trasparente che abbia ingenerato nel privato la falsa convinzione in ordine all'esito favorevole del procedimento in corso.

Cost., 97

L. n. 241/90, 21-*quinquies* (Revoca del provvedimento) e 21-*nonies* (Annullamento d'ufficio)

Munus ed officium.

Cosa si intende con i termini di "*munus*" e di "*officium*"?

Il termine *munus* è generalmente utilizzato nei casi in cui l'esercizio della funzione amministrativa sia attribuita, dalla legge ovvero da altra autorità a ciò autorizzata dalla legge, a soggetti esterni all'Amministrazione (si pensi al notaio, quando riceva atti pubblici, che in quel momento svolge attività pubblicistica pur non essendo normalmente dotato di tale veste). In tali ipotesi, si suol dire che il soggetto divenga titolare appunto di un *munus* (compito) pubblico.

Il soggetto che svolga un *munus* non è parte dell'organizzazione pubblica e rimane pertanto interamente assoggettato alla disciplina privatistica circa la propria organizzazione e le proprie azioni, ma per la parte della sua attività corrispondente all'espletamento del *munus* lo stesso è tenuto ad applicare i principi di diritto pubblico, come anche disposto dall'art. 1, c. 1 *ter* L. n. 241/90.

D'altro canto, con il termine *officium* si indica convenzionalmente lo strumento attraverso cui una collettività o un gruppo, pur privo di personalità giuridica, può agire giuridicamente, come accade ad esempio per le articolazioni organizzative o territoriali di un sindacato o un partito politico, che agiscono nell'interesse del soggetto di cui sono parte.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 1, c. 1 *ter* (Principi generali dell'attività amministrativa)

OPPOSIZIONE DI TERZO.

Chi può proporre opposizione di terzo?

Quali effetti ha l'accoglimento dell'opposizione di terzo?

L'art. 108 D.Lgs. n. 104/2010, dispone, sulla falsariga dell'art. 404 cpc, che il terzo esperire opposizione contro una sentenza del TAR o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi (opposizione di terzo ordinaria), mentre gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando questa sia effetto di dolo o collusione a loro danno (opposizione di terzo revocatoria).

La competenza sull'impugnazione straordinaria spetta al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, salvo che sia stato già proposto appello contro la sentenza di primo grado, nel qual caso il terzo deve introdurre la sua domanda intervenendo nel giudizio di secondo grado.

Qualora l'opposizione venga accolta, gli effetti della pronuncia debbono distinguersi a seconda che si tratti di opposizione ordinaria ovvero revocatoria.

Nel primo caso, la sentenza verrà annullata e il giudice si pronuncerà sulla controversia tenendo altresì conto della posizione giuridica del terzo.

Nella seconda ipotesi, invece, l'accoglimento dell'opposizione produce l'inopponibilità della decisione al terzo, fermo restando la sua validità *inter partes* tra i soggetti tra i quali la sentenza fu pronunciata.

Alla luce della funzione che l'opposizione di terzo assume nel panorama giusprocessualistico, la stessa è solitamente definita quale "azione sotto forma di impugnazione", poiché infatti il terzo non mira tanto a contestare la decisione, quanto a voler far pronunciare il giudice sui rapporti intercorrenti tra la propria posizione e quella delle altre parti.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 108 (Casi di opposizione di terzo) e 109 (Competenza)

ORDINANZE DI NECESSITÀ ED URGENZA.

Cosa si intende per ordinanza di necessità e urgenza?

Che funzione assumono all'interno dell'ordinamento le ordinanze di necessità e urgenza?

Le ordinanze di necessità ed urgenza sono provvedimenti amministrativi straordinari, espressione di un potere *extra ordinem*, adottati dalla Pubblica Amministrazione nei casi espressamente previsti dalla legge per fronteggiare situazioni di urgente necessità, che non consentono il ricorso ai normali rimedi apprestati dall'ordinamento: è infatti consentito il ricorso a questi strumenti solo laddove l'eccezionalità e la gravità della situazione concreta non consentano di far ricorso ad altri strumenti, in particolare a quei provvedimenti tipici e nominati caratterizzati dal requisito dell'urgenza, ossia gli atti necessitati.

Presupposti per l'emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti sono, da un lato, l'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (urgenza) e, dall'altro, l'impossibilità di provvedere con gli ordinari mezzi offerti dalla legislazione (contingibilità). Si richiede, inoltre, che tali presupposti siano adeguatamente motivati, che la misura adottata sia proporzionata alla situazione che s'intende fronteggiare (principio di proporzionalità) e che, quando è rivolta a una generalità di soggetti, l'ordinanza sia oggetto di adeguata pubblicità (principio di conoscibilità).

Oltre che per il requisito della necessità e per l'eccezionalità della situazione concreta, i provvedimenti in parola si caratterizzano per l'atipicità contenutistica, il potere di derogare alla legislazione vigente nei casi previsti dalla legge, la finalità di tutela di un interesse generale, e un'adeguata motivazione in ordine ai presupposti di azione.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 267/2000, 50 (Competenze del sindaco e del presidente della provincia) e 54 (Attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale);

L. n. 225/1992, 5 (Stato di emergenza e potere di ordinanza)

ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO.

Quali sono le caratteristiche degli organismi di diritto pubblico?

Gli organismi di diritto pubblico sono una figura soggettiva pubblica di derivazione comunitaria, oggi recepita nel Codice dei Contratti Pubblici.

L'art. 3 c. 1, lett. d) D.Lgs. n. 50/2016 individua le caratteristiche di tali organismi: sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; sono dotati di personalità giuridica; sono soggetti ad un controllo finanziario, direttivo o gestorio, da parte dell'Amministrazione o di altri organismi di diritto pubblico che abbia carattere maggioritario.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 3, c. 1, lett d) (Definizioni)

ORGANO E UFFICIO DI UNA AMMINISTRAZIONE.

Quali sono le differenze che intercorrono tra il concetto di organo e quello di ufficio di una Amministrazione?

Per poter instaurare rapporti giuridici con soggetti esterni, le persone giuridiche e così anche le Amministrazioni si avvalgono di organi, i quali possono essere definiti come i centri di imputazione giuridica di un'Amministrazione: attraverso questi, la persona fisica titolare dell'organo ha il potere di esprimere la volontà della persona giuridica, imputando direttamente a quest'ultima gli effetti derivanti.

Oltre che di organi, le Amministrazioni si avvalgono per la propria attività di uffici, che costituiscono le unità organizzative minime fondamentali dotate dei mezzi, materiali e personali, necessari per l'espletamento dei propri compiti, alle quali sono addette una o più persone fisiche.

A differenza degli organi, gli uffici svolgono pertanto un'attività che ha rilevanza meramente interna e natura strumentale rispetto a quella degli organi.

PREGIUDIZIALE ATTENUATA.

Cosa si intende per “pregiudiziale attenuata”, all'interno del discorso circa l'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi?

Ai sensi dell'art. 30 del Codice del Processo Amministrativo, l'azione volta a ottenere il risarcimento dei danni patiti dalla lesione di un interesse legittimo può essere proposta entro il termine di 120 giorni, indipendentemente dalla proposizione dell'eventuale azione di annullamento.

La previsione di una azione risarcitoria autonoma ha messo fine alla annosa polemica giurisprudenziale circa la necessità del previo annullamento del provvedimento causativo del danno, che aveva dato origine alla teoria della cd. pregiudiziale amministrativa e al contrasto tra Cassazione (favorevole all'autonomia della domanda risarcitoria) e Consiglio di Stato (orientato a ribadire la natura imperativa del provvedimento amministrativo, espressione della volontà della legge nel caso concreto, a presidio della stabilità dei rapporti pubblicistici, da contestare nel breve termine di decadenza indicato oggi dall'art. 29 del Codice e quindi incompatibile con la teoria dell'autonomia dell'istanza risarcitoria).

Alla luce del testo dell'odierno Codice, come visto, il Legislatore ha optato per la prima tesi, slegando pertanto l'azione risarcitoria a quella di annullamento, come chiarito anche dall'Adunanza Plenaria con la sent. n. 3/2011.

Tuttavia, ai sensi del quinto comma della disposizione in esame, qualora il ricorrente abbia in concreto proposto l'azione di annullamento del provvedimento collegato al danno patito, la domanda risarcitoria può essere proposta per tutta la durata del giudizio di annullamento e sino a 120 giorni dopo il passaggio in giudicato della relativa pronuncia. La disposizione, pertanto, prevede un regime di favore per il caso in cui l'azione di condanna venga proposta contestualmente o comunque non indipendentemente dalla presentazione di un'azione di annullamento.

Ai sensi del terzo comma dello stesso art. 30, inoltre, “*nel determinare il [quantum del] risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*”, meccanismo che sembra costituire un implicito richiamo all'art. 1227 cc.

D'altronde, proprio in forza dell'art. 1227 c.c. l'Ad. Plen. n. 3/2011 sancì all'epoca che la scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria può essere valutata come comportamento contrario a buona fede e al principio di correttezza nei rapporti tra privato e Amministrazione, tale da escludere la risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare attivando tutti gli strumenti di tutela.

La giurisprudenza amministrativa ha d'altra parte sottolineato che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, compresi quelli cautelari, sancita dall'art. 30, c. 3 del Codice, appare ricognitiva dei principi già contenuti nell'art. 1227, c. 2 c.c., cosicché l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, alla luce del canone di buona fede, non più una preclusione di rito, bensì un fatto da considerare in sede di merito, ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

In definitiva, la previsione del termine decadenziale unitamente al "sostanziale" onere dell'impugnazione per facilitare il risarcimento del danno tendono a valorizzare l'azione di annullamento, alimentando le tesi circa la permanenza ancora oggi di una pregiudiziale amministrativa, che avrebbe semplicemente mutato forma, trasformandosi da un presupposto di natura processuale in uno avente carattere sostanziale, dando vita a una cd. pregiudiziale attenuata.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 30 (Azione di condanna) e 34 (Sentenze di merito)

PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

In cosa consistono i principi di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione?

Ai sensi dell'art. 97 Cost., i pubblici uffici devono essere organizzati secondo disposizione di legge e in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, cui fa eco oggi l'art. 41 della Carta di Nizza, che riconosce il diritto ad una buona amministrazione.

Per quanto riguarda il principio del buon andamento, lo stesso informa il complessivo agire pubblico e lo indirizza a conformare la propria azione ai canoni di:

Efficienza, da intendersi come raffronto tra le risorse impiegate per il perseguimento di un dato fine e il risultato ottenuto;

Efficacia, che si traduce nel rapporto tra gli obiettivi prefissati e quelli raggiunti;

Economicità, che per certi versi somma e generalizza i due concetti sopra richiamati, ma che per essere specifici indica l'esigenza che l'Amministrazione, nella propria azione, utilizzi solo le risorse (di ordine *in primis* economico, ma anche di natura tecnica, umana e temporale) che risultino strettamente necessarie per il raggiungimento degli scopi prefissati dalla legge;

Celerità, in conformità al divieto di aggravio del procedimento *ex art. 1, c. 2 L. 241 del 1990*;

Miglior contemperamento degli interessi;

Minor danno per i destinatari dell'azione amministrativa.

Per imparzialità, d'altro canto, si intende l'esigenza che la PA si comporti nei confronti di tutti i soggetti destinatari della propria azione senza discriminazioni arbitrarie.

L'imparzialità, si badi, non va affatto confusa con il concetto di neutralità (economica ovvero politica), propria delle sole Autorità Amministrative Indipendenti e intesa quale indifferenza rispetto agli interessi in gioco nell'ambito della propria azione, né tantomeno con la "terzietà e imparzialità" tipica della funzione giurisdizionale, intesa quale posizione *super partes* del soggetto agente.

A differenza del primo concetto (neutralità), l'imparzialità amministrativa consiste nell'esigenza di comportarsi in modo uguale nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione pubblica, senza tuttavia restare indifferenti all'interesse pubblico di riferimento.

Al contrario dell'imparzialità e terzietà dei giudici, d'altra parte, l'Amministrazione, nel proprio agire, rappresenta e conduce espressamente una posizione ben precisa (quella del pubblico interesse, per l'appunto), che deve perseguire anche a discapito degli interessi dei destinatari della propria azione, nei cui confronti, tuttavia, deve porsi in modo di equidistanza logica, valutando gli stessi esclusivamente in base agli obiettivi che la legge impone di perseguire, senza procedere a discriminazioni illogiche che, in quanto tali, risulterebbero del tutto arbitrarie.

Pertanto, il principio di imparzialità ha, innanzitutto, un'accezione negativa, in quanto impone alla PA di non discriminare i soggetti privati coinvolti, garantendo trattamenti simili in situazioni analoghe e trattamenti differenziati in situazioni diverse. In questi termini, il principio di imparzialità traduce, nell'ambito dell'attività amministrativa, i principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Tale principio, però, ha anche una valenza positiva, in quanto impone all'Amministrazione un comportamento attivo, che si sostanzia nella ponderazione e nella valutazione di tutti gli interessi in conflitto in un dato procedimento amministrativo

Il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione sono principi tendenzialmente solidali, nel senso che la migliore garanzia dell'uno, in genere, giova anche alla tutela dell'altro, anche se non mancano ipotesi di mancata coincidenza (si pensi, ad esempio, alla impostazione economicamente interventistica che ha caratterizzato nell'immediato secondo dopoguerra l'attività amministrativa statale).

Riferimenti normativi

Cost., 97

L. n. 241/90, 1 (Principi generali dell'attività amministrativa)

PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. EQUILIBRIO DI BILANCIO.

In cosa consiste il principio dell'equilibrio di bilancio?

In base al principio dell'equilibrio di bilancio, desumibile dagli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., l'Amministrazione deve seguire criteri volti a garantire la parità contabile tra entrate ed uscite, nonché la sostenibilità strutturale negli anni del debito.

Quello dell'equilibrio di bilancio è un principio che ha assunto rango costituzionale soltanto di recente, a seguito dell'adeguamento del nostro ordinamento alle previsioni di cui al Trattato Europeo del cd. *Fiscal Compact* (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria dell'Unione Europea).

Tra i vari principi fondamentali fissati dal citato Trattato, al fine di raggiungere il prefissato obiettivo di rafforzare il pilastro economico dell'Unione, rinsaldando la disciplina di bilancio degli Stati attraverso un comune patto di bilancio, vi era infatti l'espressa previsione dell'introduzione delle disposizioni contenute nel *Fiscal Compact* all'interno degli ordinamenti nazionali, preferibilmente con legge costituzionale.

Per quanto attinente la materia amministrativa, lo stretto collegamento che lega tale valore con i concetti dell'economicità, efficacia ed efficienza, intrinseci nel principio del buon andamento, rendono del tutto fisiologico il suo collocamento all'interno dell'art. 97 della Carta Fondamentale.

Riferimenti normativi

Cost., 81, 97, 117 e 119

Trattato sul Fiscal Compact, 3, par. 1

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Da quali fasi è composto il procedimento amministrativo?

Il procedimento amministrativo si articola in quattro fasi: la fase dell'iniziativa, la fase istruttoria, la fase decisoria e la fase eventuale dell'integrazione dell'efficacia.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. CARATTERI PRINCIPALI DELLA FASE DELL'INIZIATIVA.

Quali sono i caratteri essenziali della fase dell'iniziativa?

La fase dell'iniziativa è quella propulsiva del procedimento, il quale può essere instaurato o ad iniziativa di parte, con la quale il privato può sollecitare l'avvio del procedimento mediante un'istanza o un ricorso o una denuncia, o ad iniziativa d'ufficio, che può definirsi "autonoma" quando è l'organo competente all'emissione del provvedimento conclusivo che dà avvio al procedimento o "eteronoma" quando l'iniziativa promana da un organo diverso da quello competente ad emettere il provvedimento finale.

Dall'avvio del procedimento discende per l'amministrazione l'obbligo di provvedere, concludendo l'iter procedimentale con un provvedimento espresso.

L'art. 2 L. n. 241/1990 precisa, altresì, che il procedimento debba in linea generale necessariamente concludersi entro un termine perentorio, calcolato secondo le regole dettate nella medesima disposizione normativa.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 2 (Conclusione del procedimento)

L. n. 241/90, 1 (Principi generali dell'attività amministrativa)

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. IL PREAVVISO DI RIGETTO.

Cosa si intende per “comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza”?

Quali sono le deroghe all’obbligo del cd. “preavviso di rigetto”?

La L. n. 15/2005 ha introdotto nell’ordinamento nazionale l’istituto del cd. “preavviso di rigetto” o “preavviso di provvedimento negativo”, inserendo nel corpo della L. n. 241/90 l’art. 10 *bis* rubricato “Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza”.

Funzione del preavviso di rigetto è di realizzare un vero e proprio contraddittorio tra PA e privato, finalizzato all’emanazione del provvedimento finale, prevedendo che la comunicazione di tali motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza debba essere fatta prima della formale adozione di un provvedimento negativo, prima quindi della scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Si tratta di un atto endo-procedimentale, non ancora definitivo (per tale motivo, non possiede autonoma impugnabilità), essendo previsto il diritto degli istanti di presentare per iscritto, nel termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti, al fine di far mutare avviso all’amministrazione stessa.

Quanto alle forme di comunicazione, il preavviso di rigetto deve essere personale e redatto in forma scritta, salve le ipotesi in cui la PA ritenga preferibile convocare personalmente gli istanti.

In merito, invece, all’ambito di applicazione, l’art. 10 *bis* richiede in primo luogo che si tratti di procedimenti ad istanza di parte. Inoltre, la comunicazione del preavviso di rigetto è espressamente esclusa nell’ambito delle procedure concorsuali e dei procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

In considerazione delle finalità garantistiche e di collaborazione sottese all’istituto, la giurisprudenza ritiene che le deroghe all’obbligo di comunicare i motivi ostativi debbano essere ritenute eccezionali ed essere interpretate, quindi, restrittivamente.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 10 *bis* (Comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza)

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO (RUP).

Quali sono i compiti essenziali del responsabile del procedimento?

Il responsabile unico del procedimento riveste ruolo centrale all’interno del procedimento amministrativo, di cui cura in particolar modo l’istruttoria, ma in generale ogni aspetto dello stesso, con peculiare riguardo ai rapporti con i destinatari dell’atto finale.

I compiti del RUP sono descritti dall’art. 6 L. n. 241/90, che mostra come gli stessi si snodino lungo tutto l’arco del procedimento, attraverso una elencazione che tra l’altro non deve essere ritenuta tassativa, non esaurendo infatti tutti i compiti che il responsabile può essere chiamato a svolgere, dovendo tale figura effettuare tutte le incombenze utili e necessarie per il sollecito svolgimento del procedimento.

Riferimenti normativi

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO E I SUOI DESTINATARI.

Chi sono i destinatari della preventiva comunicazione di avvio del procedimento amministrativo?

Che contenuto deve avere la comunicazione di avvio del procedimento?

L'art. 7 L. n. 241/90 disciplina lo strumento della comunicazione di avvio del procedimento, inteso come mezzo indispensabile per attivare la partecipazione, consentendo al soggetto coinvolto dall'*agere* amministrativo di avere conoscenza dell'avvio di un procedimento destinato a sfociare nell'emanazione di un provvedimento che produrrà effetti nei suoi confronti, così esercitando i diritti che gli sono riconosciuti dalla stessa L. n. 241/1990.

Tale comunicazione è, pertanto, come prescrizione generale, diretta a precisi destinatari, cioè i titolari di interessi legittimi, di natura sia oppositiva che pretensiva, nonché i soggetti che per legge devono intervenire al procedimento, portatori di interessi differenti rispetto a quelli dell'Amministrazione procedente e i soggetti, individuati o facilmente individuabili, che possono subire un pregiudizio dal provvedimento finale (cd. controinteressati).

Quanto al contenuto della comunicazione, lo stesso è descritto dall'art. 8 L. n. 241/90, che ne elenca in modo tassativo gli elementi.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 7 (Comunicazione di avvio del procedimento) e 8 (Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento)

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LA FASE DECISORIA E DELL'INTEGRAZIONE DELL'EFFICACIA.

In quale fase del procedimento viene effettivamente emesso il provvedimento finale?

Una volta emesso il provvedimento, lo stesso ha automaticamente immediata efficacia?

Al termine dell'istruttoria, si apre la fase decisoria, cui appartiene la deliberazione del contenuto del provvedimento e la formazione ed emanazione dello stesso.

In tale fase l'autorità competente effettua una nuova ed ulteriore valutazione dei presupposti e degli elementi di fatto alla base dell'atto.

La manifestazione di volontà può esprimersi mediante l'adozione di un atto semplice (c.d. decisione mono-strutturata) o di un atto complesso (c.d. decisione pluri-strutturata).

Il provvedimento, una volta emanato, è perfetto, cioè completo di tutti gli elementi richiesti per la sua esistenza, ma non può essere ancora efficace. La produzione dell'efficacia può essere, infatti, subordinata al compimento di operazioni specifiche, al verificarsi di certi fatti o all'emanazione di ulteriori atti (ad es. il controllo o la pubblicità). Talora, invece, il provvedimento ha natura recettizia, producendo effetti solo dal momento in cui è portato a conoscenza del destinatario, mediante comunicazione o pubblicazione.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LA FASE ISTRUTTORIA.

In cosa consiste la fase istruttoria del procedimento?

La fase istruttoria è la fase centrale del procedimento nella quale la PA attende all'acquisizione dei fatti rilevanti e all'individuazione degli interessi coinvolti. Dominus della fase istruttoria è il responsabile del procedimento.

Presiedono tale fase il principio inquisitorio, sicché la PA detiene il più ampio potere di iniziativa per il compimento degli atti istruttori; il principio di libera valutazione degli elementi di prova prodotti ed il principio di non aggravamento del procedimento sicché deve essere cura del responsabile evitare operazione e atti che non risultino necessari e opportuni ai fine della decisione.

Circa lo svolgimento dell'attività istruttoria e le possibilità di partecipazione dei privati, occorre distinguere tra: istruttoria aperta, in cui ogni soggetto può compiere atti diretti ad acquisire dati; istruttoria in contraddittorio, in cui la legittimazione alla partecipazione spetta ai soggetti che possono essere incisi in senso favorevole o sfavorevole dal provvedimento da emanare; istruttoria chiusa, in cui per esigenza di celerità solo la P.A. può svolgere l'attività istruttoria; ed istruttoria segreta, in cui al privato non solo è precluso partecipare al procedimento, ma anche averne conoscenza (materie in cui è imposta la segretezza degli atti).

Le attività nella fase istruttoria possono consistere nell'acquisizione di fatti, quali le condizioni di ammissibilità, le circostanze di fatto ed i requisiti di legittimazione, acquisizione degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento ed elaborazione dei fatti mediante le richieste di pareri.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. PRINCIPI.

Quali sono i principi fondamentali del procedimento amministrativo?

In cosa consiste il principio di imparzialità?

Cosa implicano i principi di pubblicità e trasparenza?

Ai sensi dell'art. 1 L. n. 241/1990, l'attività amministrativa è retta dai criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza.

Se l'efficacia rappresenta il rapporto tra obiettivi prefissati dalla norma attributrice della funzione in capo al soggetto pubblico e risultati dallo stesso raggiunti, l'economicità delinea invece il corretto *modus operandi* dell'Amministrazione nell'utilizzo delle proprie risorse al fine di garantire i fini istituzionali suoi propri.

Il principio di imparzialità, d'altro canto, esprime l'esigenza che la PA si comporti nei confronti di tutti i soggetti destinatari della propria azione senza discriminazioni arbitrarie.

Lo stesso, pertanto, assume anzitutto un'accezione negativa, imponendo all'Amministrazione di non discriminare i soggetti privati coinvolti, garantendo trattamenti simili in situazioni analoghe e trattamenti differenziati in situazioni diverse. Tale principio, però, ha anche una valenza positiva, in quanto impone al soggetto pubblico un comportamento attivo, che si sostanzia nella ponderazione e nella valutazione di tutti gli interessi in conflitto in un dato procedimento amministrativo.

I principi di pubblicità e trasparenza, infine, sono considerati riconducibili, al pari di quelli sopra analizzati, al disposto dell'art. 97 Cost. ed impongono all'Amministrazione di rendere visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato, dovendo la stessa metaforicamente corrispondere, nella propria azione, a una "casa di vetro", ove tutti gli interessati possano liberamente prendere visione delle condotte poste in essere dai pubblici funzionari e dai pubblici soggetti e in tal modo controllare la regolarità e correttezza della loro attività.

Si tratta, dunque, di valori che ineriscono in modo diretto al rapporto tra governanti e governati, attribuendo a quest'ultimi un potere di valutazione della legalità dell'azione amministrativa.

In sostanza, si tratta di principi che soddisfano l'esigenza di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della PA, alla quale è imposto di pubblicare, comunicare o rendere accessibili notizie, documenti, atti e procedure.

Le applicazioni dei canoni di pubblicità e trasparenza sono numerose: si pensi all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 L. n. 241/90 o all'obbligo di provvedere con provvedimento espresso di cui all'art. 2 della stessa legge, così come al diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Dagli esempi fatti si evince facilmente che i canoni di pubblicità e trasparenza si innestano nel più ampio principio di imparzialità, che impone, tra gli altri, anche garanzie procedurali a favore dei soggetti privati.

La trasparenza assume un particolare rilievo nell'ambito degli appalti, in cui si lega strettamente al principio di non discriminazione.

Invero, in questo settore sono fondamentali taluni adempimenti, quali l'idonea comunicazione a tutti i concorrenti delle notizie circa il luogo e il tempo di svolgimento delle sedute di gara o la pubblicità delle sedute della Commissione di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte dei partecipanti, la cui inosservanza determina l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva per violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Gli ineludibili principi di pubblicità e trasparenza presidiano, poi, lo svolgimento delle procedure concorsuali, ove è imposto alle commissioni esaminatrici di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio.

Riferimenti normativi

Cost., 97

PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA. FASI.

In quante e quali fasi si strutturano le procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di contratti di lavori, servizi o forniture?

Le procedure ad evidenza pubblica constano essenzialmente di cinque fasi:

- delibera a contrarre, fase in cui, prima dell'avvio della procedura di affidamento, la Stazione Appaltante, in conformità ai propri ordinamenti, manifesta all'esterno la propria intenzione di procedere alla scelta di un contraente per il soddisfacimento di propri bisogni istituzionali, individuando gli elementi essenziali del contratto che intende affidare e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nel caso di affidamenti di contratti per un valore inferiore a € 40.000, la Stazione Appaltante può procedere anche ad affidamento diretto, superando tale fase;

-predisposizione e pubblicazione del bando e delle altre regole di gara, che debbono rispettare in ogni caso i principi generali delle procedure a evidenza pubblica (economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e, appunto, pubblicità);

- valutazione delle offerte e scelta del contraente, conformemente alle regole contenute nella *lex specialis* di gara. Ai sensi del quarto comma dell'art. 32 D.Lgs. n. 50/2016, si ricorda, ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta e in ogni caso quest'ultima resta vincolante per il periodo indicato nel Bando o nella lettera di invito ovvero, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione;

- controllo *ex post* sull'aggiudicazione. L'aggiudicazione, a seguito di posizionamento al primo posto della graduatoria di gara, non equivale infatti ad accettazione dell'offerta e diventa invece efficace soltanto in seguito alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, operata dalla stessa Stazione Appaltante;

- stipula del contratto oggetto di gara, che deve avvenire nel rispetto dei termini di *stand still* e che rimane sottoposto, in ogni caso, alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle Stazioni Appaltanti. La stipula del contratto, inoltre, deve avvenire, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della Stazione Appaltante ovvero mediante scrittura privata.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 32 (Fasi delle procedure di affidamento)

PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA. PRINCIPI.

Da quali principi sono rette le procedure ad evidenza pubblica?

Ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. n. 50/2016, le procedure ad evidenza pubblica devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

Nonostante il carattere tendenzialmente assoluto, almeno per i settori ordinari, dei richiamati principi, lo stesso art. 30 si premura di specificare che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti, ai criteri, previsti e specificati già a monte nel Bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela di superiori interessi, quali la salute, l'ambiente, il patrimonio culturale ovvero la promozione dello sviluppo sostenibile.

Particolare rilevanza, poi, assume nel settore il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad una procedura pubblica di gara, imponendo che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte, circostanza che in sé implica quindi che i concorrenti siano tra loro soggetti alle medesime condizioni, come più volte affermato dalla Corte di Giustizia Europea.

Minore rigore è previsto dall'art. 4 per i cd. settori esclusi, in cui non trovano generale applicazione le regole dettate dal Codice dei Contratti, ma si impone in ogni caso alla Stazione Appaltante il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 4 (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi) e 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)

PROCEDURE DI GARA NEL PUBBLICO IMPIEGO.

Quali tipologie di procedura di gara sono previste nel nostro ordinamento, per l'accesso o la progressione nel pubblico impiego?

L'art. 35, c. 1 D.Lgs. n. 165/2001 prevede che l'assunzione nelle Pubbliche Amministrazioni possa avvenire mediante concorsi, in piena aderenza al principio fondamentale espresso dal quarto comma dell'art. 97 Cost.

L'ordinamento prevede un ampio ventaglio di tipologie di procedure selettive per l'accesso al pubblico impiego, le quali vengono tradizionalmente suddivise, ad una prima distinzione, tra quelle che danno vita a cd. concorsi interni e quelli che attengono a cd. concorsi esterni, a seconda che il soggetto che partecipi alla procedura faccia già parte o meno dell'organico dell'Amministrazione.

Relativamente al personale già in servizio che acceda, dunque, a concorsi interni, si distingue poi tra concorsi indetti dalla PA e finalizzati ad una progressione orizzontale (passaggio del dipendente nell'ambito della stessa area funzionale di appartenenza) o verticale (passaggio del dipendente ad un'area funzionale diversa da quella di appartenenza).

Con l'espressione "concorsi misti", poi, si fa riferimento a quella categoria di concorsi aperti alla partecipazione sia dei soggetti estranei alla PA che dei pubblici dipendenti.

In linea di massima e conformemente ai valori espressi dalla già citata norma costituzionale, le procedure selettive in esame dovrebbero essere aperte anche a personale esterno, potendosi derogare a questa regola soltanto nel caso in cui il concorso esclusivamente interno si giustifichi in un'ottica di valorizzazione delle competenze professionali, proprie in alcuni casi soltanto dei soggetti già parte della struttura organica amministrativa, oppure in linea generale in base alla riserva di posti prevista dall'art. 52, c. 1 *bis* D.Lgs. n. 165/2001.

In ogni caso, con particolare riferimento ai concorsi misti, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che si tratti di una vera e propria procedura concorsuale di assunzione e non già di un *tertium genus*, rispetto a quelli interni ed esterni.

Riferimenti normativi

Cost., 97, c. 4

D.Lgs. n. 165/2001, 35, c. 1 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti)

Quali sono i presupposti per la proposizione dell'appello?

Entro quali termini può essere proposto appello avverso decisione del Giudice Amministrativo?

Ai sensi dell'art. 100 D.Lgs. n. 104/2010, l'appello avverso le sentenze dei Tar può essere proposto esclusivamente innanzi al Consiglio di Stato, avente sede a Roma, fatta eccezione per gli appelli proposti avverso le decisioni del Tar per la Regione Sicilia (Tar Palermo o tar Catania), i quali debbono essere necessariamente proposti innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, avente sede a Palermo.

Ai fini della proposizione dell'appello, devono tuttavia concorrere tre presupposti essenziali.

Anzitutto, è necessario che l'appellante risulti legittimato alla proposizione dell'impugnazione. A tal fine, ai sensi dell'art. 102 del Codice, possono proporre appello esclusivamente le parti tra le quali sia stata pronunciata il provvedimento di primo grado ovvero l'interventore, ma soltanto se titolare di una posizione autonoma.

In secondo luogo, appare parimenti necessario che il soggetto appellante sia risultato soccombente all'esito del giudizio cautelare o di merito di primo grado. Sebbene non sussista una specifica norma all'interno del D.Lgs. n. 104/2010, la considerazione sembra solidamente basarsi sul cd. rinvio esterno operato dall'art. 39 alle disposizioni del codice di procedura civile espressione di principi generali.

Al fine di valutare la soccombenza, poi, dovrà operarsi un diretto confronto tra quanto richiesto dalla parte, nel proprio ricorso o nella propria istanza, e quando riconosciuto o negato dal giudice nel proprio provvedimento.

Ancora, occorre che in capo all'appellante sussiste un effettivo interesse all'impugnazione, consistente in sostanza nel potenziale effetto positivo che il soggetto potrebbe in concreto trarre in caso di accoglimento del proprio atto di appello.

Tipico esempio negativo sul punto è dato dal caso in cui il controinteressato che abbia nei propri atti contestato sia la giurisdizione che la fondatezza della domanda decida di impugnare la sentenza che, pur rigettando *in toto* il ricorso proposto dalla controparte, abbia tuttavia riconosciuto, anche solo implicitamente, la propria giurisdizione.

In quest'ultimo caso, infatti, l'accoglimento dell'appello non porterebbe al soggetto alcuna utilità maggiore rispetto a quella che egli già ottiene dalla pronuncia e, pertanto, questi non risulta dotato del necessario interesse all'impugnazione.

Infine, per poter legittimamente proporre appello la parte deve trovarsi ancora in termini per l'impugnazione.

A questi fini, occorre distinguere l'ipotesi di appello dell'ordinanza dal caso di appello della sentenza.

Nel caso di ordinanze, ai sensi dell'art. 62 del Codice l'appello può essere proposto entro il perentorio termine di decadenza di 30 giorni decorrenti dalla notificazione dell'ordinanza ovvero, in caso di mancata notifica, di 60 giorni dalla sua pubblicazione.

Nell'ipotesi di sentenze, invece, ai sensi dell'art. 92 del medesimo Codice, l'impugnazione deve essere proposta entro il termine di 60 giorni dalla notifica del provvedimento ovvero, in mancanza di notifica, entro sei mesi dalla sua pubblicazione.

Tuttavia, va tenuto presente che nelle ipotesi di riti abbreviati ai sensi dell'art. 119 del Codice, i suddetti termini di impugnazione risultano dimezzati.

In ogni caso, l'atto di appello deve contenere le specificazioni indicate dall'art. 101 del Codice e rispettare il divieto di *nova* previsto dal successivo art. 104.

È ammissibile l'appello da parte di un soggetto terzo rispetto al giudizio di primo grado?

È ancora oggi questione dibattuta quella dell'ammissibilità dell'appello proposto da parte di un terzo, cioè di un soggetto che non abbia preso parte al giudizio di primo grado, né in qualità di ricorrente o resistente, né come interveniente, controinteressato o cointeressato.

Per il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui e stando al disposto dell'art. 2909 c.c., la sentenza fa stato ed ha efficacia soltanto tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa.

Ciononostante, può ben verificarsi che la pronuncia possa pregiudicare terze parti ed è pertanto necessario in questi casi approntare una compiuta ed efficace tutela delle posizioni giuridiche delle stesse.

Il problema sorge perché se è vero che il diritto di difesa di diritti e interessi legittimi è tutelato costituzionalmente, l'art. 102 del Codice, come visto, limita espressamente la legittimazione all'appello alle sole parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

Per parte della giurisprudenza, il concetto di "parte del giudizio di primo grado" dovrebbe includere non soltanto le parti necessarie della lite, ma altresì i cd. controinteressati occulti, ossia i soggetti che, pur non essendo agevolmente individuabili sulla base del provvedimento impugnato, risultassero in ogni caso titolari di una posizione giuridica autonoma di interesse alla conservazione del provvedimento.

Secondo una diversa prospettiva, maggiormente ancorata al dato normativo, la legittimazione ad appellare non potrebbe che spettare esclusivamente alle parti necessarie che abbiano effettivamente partecipato al processo di primo grado.

In estrema sintesi, secondo l'interpretazione maggioritaria e più recente, la disposizione citata dovrebbe essere intesa nel senso di riconoscere la legittimazione ad appellare a tutti quei soggetti che in assenza di tale facoltà sarebbero ugualmente legittimati a proporre opposizione di terzo avverso il provvedimento di primo grado.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 62 (Appello cautelare), 92 (Termini per le impugnazioni), 99 (Deferimento all'adunanza plenaria), 100 (Appellabilità delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali), 101 (Contenuto del ricorso in appello), 102 (Legittimazione a proporre l'appello), 104 (Nuove domande ed eccezioni) e 119, c. 2 (Rito abbreviato comune a determinate materie)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. APPELLO INCIDENTALE.

Quale funzione assume l'appello incidentale nel processo amministrativo?

Cosa si intende per appello incidentale tempestivo e tardivo?

Cosa si intende per appello incidentale proprio e improprio?

Una volta che una delle parti soccombenti in primo grado abbia proposto appello principale, l'appellato può a sua volta proporre un appello incidentale.

L'istituto dell'appello incidentale risponde a una logica in parte diversa, rispetto a quello principale, in quanto con esso si è voluto preservare il diritto di azione e difesa anche di quelle parti che, pur parzialmente soccombenti in primo grado, abbiano deciso di non appellare la sentenza per ragioni di complessiva convenienza della pronuncia, ma vantino comunque un interesse a prendere parte attiva al giudizio di secondo grado a seguito dell'appello da altri proposto e che potrebbe modificare *in pejus* l'equilibrio giuridico raggiunto con la decisione impugnata.

L'appello incidentale è dunque quello proposto dalle parti alle quali siano state notificate le impugnazioni in via principale. Di conseguenza, laddove detti soggetti intendano impugnare a loro volta la decisione del primo giudice, hanno l'onere di farlo nel medesimo processo instaurato dall'appellante principale.

In ipotesi di più impugnazioni principali avverso la medesima decisione, peraltro, le stesse andranno riunite e decise nell'ambito del medesimo giudizio ai sensi degli artt. 96 D.Lgs. n. 104/2010 e 333 del codice di procedura civile.

Così come nel processo civile, anche in quello amministrativo vi sono due tipi di appello incidentale, che si distinguono tra loro in ragione della tempestività o meno della loro proposizione.

Pertanto, l'appello incidentale può dirsi tempestivo, qualora lo stesso venga proposto entro il termine di 60 giorni decorrenti dalla notificazione della sentenza o del primo appello principale.

Al contrario, l'appello incidentale è tardivo quando, pur proposto entro 60 giorni dalla ricezione dell'appello principale, sia tuttavia notificato successivamente alla scadenza del termine ordinario di impugnazione previsto dall'art. 92 del Codice.

Altra classica distinzione che viene operata è quella tra appello incidentale proprio e appello incidentale improprio.

Si definisce proprio, l'appello incidentale proposto contro gli stessi capi della sentenza impugnati con l'appello principale, o comunque con gli stessi oggettivamente connessi.

Si definisce improprio, invece, l'appello incidentale proposto contro capi autonomi della sentenza gravata o diretto a far valere un autonomo interesse.

Anche se oramai la teoria risulta in via di superamento, il regime processuale dell'appello incidentale, che impone la notificazione entro il termine di trenta giorni successivi a quello assegnato per il deposito dell'appello principale, è applicabile alle sole ipotesi di appello incidentale proprio. Al contrario, devono essere osservati gli ordinari termini di sessanta giorni dalla data di notificazione della sentenza di primo grado, nell'ipotesi di appello che, ancorché qualificato incidentale, sia diretto contro un capo autonomo della sentenza già appellata, ovvero a far valere un interesse autonomo.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 92 (Termini per le impugnazioni) e 96 (Impugnazioni avverso la medesima sentenza)

c.p.c., 333 (Impugnazioni incidentali)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. AZIONE AVVERSO IL SILENZIO.

Entro che termine può essere proposta l'azione avverso il silenzio inadempimento dell'Amministrazione?

Cosa costituisce l'oggetto centrale e tipico del giudizio avverso il silenzio?

Come si svolge il giudizio sull'azione avverso il silenzio dell'Amministrazione?

Ai sensi dell'art. 31 del Codice, l'azione volta a sollecitare l'espressione della volontà dell'Amministrazione sull'istanza presentata dal ricorrente può essere proposta sino a quando perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine previsto dalla legge o dal regolamento che disciplina il procedimento stesso.

Rispetto a quanto accadeva nella disciplina pre-codicistica, è stata definitivamente superata la necessità dell'invio della diffida alla PA, ai fini della formazione del silenzio rifiuto.

Pertanto oggi, in caso di silenzio non significativo dell'Amministrazione, l'istante può liberamente adire l'autorità giudiziaria, entro il termine di un anno decorrente dalla scadenza del termine dell'Amministrazione per la manifestazione della propria decisione sull'istanza (ai sensi dell'art. 2 L. n. 241/90, ordinariamente di 30 giorni), al fine di accertare l'obbligo della stessa di provvedere, oltre che di ordinare alla stessa di procedere entro un termine fissato all'uopo dallo stesso giudice.

Inoltre, è oggi concesso al ricorrente di domandare al giudice, direttamente in sede di giudizio avverso il silenzio, la nomina di un commissario *ad acta* per il caso di perdurante inerzia dell'Amministrazione, senza pertanto la necessità di dover successivamente proporre, nel caso, una ulteriore azione di ottemperanza

Ancora, superando diversi dubbi sorti in passato, in ragione della carenza di una disciplina specifica e chiara sul punto, è stata prevista la facoltà per il ricorrente di proporre motivi aggiunti nel corso del giudizio sul silenzio, avverso il provvedimento espresso o altro atto connesso all'oggetto del giudizio, con conseguente adeguamento del rito processuale (ovvero, trasformazione del rito camerale avverso il silenzio, che si conclude tra l'altro con una sentenza resa in forma semplificata, in rito ordinario, deciso in esito a una udienza pubblica con sentenza ordinariamente motivata) al nuovo atto.

Inoltre, pur ribadendosi all'art. 31, c.1 del Codice che finalità specifica del giudizio sul silenzio rimane quella di accertare l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, viene espressamente riconosciuto al giudice il potere di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, accertandola nei limiti e secondo le regole dettate dal terzo comma della disposizione.

Come già accennato, pertanto, ai sensi degli artt. 87 e 117 del Codice, il ricorso avverso il silenzio si svolge interamente in camera di consiglio ed è deciso con sentenza in forma semplificata.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 31 (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità), 87 (Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio) e 117 (Ricorsi avverso il silenzio)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. COMPETENZA.

In che cosa consiste la competenza funzionale?

In cosa si differenzia dalla competenza territoriale inderogabile?

Ai sensi dell'art. 14 D.Lgs. n. 104/2010, nei casi previsti dall'art. 135 del Codice è inderogabilmente competente il Tar Lazio, Roma, mentre le controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas sono devolute alla competenza inderogabile del Tar Lombardia, Milano.

La competenza funzionale consiste pertanto in un meccanismo di attrazione della competenza territoriale per il quale, a prescindere dalla effettiva sede dell'Amministrazione che abbia posto in essere il comportamento o emesso il provvedimento impugnato, così come a prescindere dall'area geografica in cui gli effetti degli atti delle stesse Amministrazioni si manifestano, la controversia viene in ogni caso sottoposta all'attenzione di un determinato ufficio giudiziario.

Lo scopo della norma è quello di evitare che il comportamento nel tempo o nello spazio di determinate Amministrazioni o Autorità possa venire influenzata o che la stessa rischi di venire compromessa nella sua coerenza intrinseca in ragione della differente giurisprudenza che vengasi eventualmente a creare sul territorio nazionale.

In altri termini, attraverso la competenza funzionale il Legislatore intende tutelare l'uniforme e la coerente interpretazione circa le attività espletate da determinate Autorità, così da permettere alle stesse di operare sulla base di un quadro giuridico ed ermeneutico particolarmente stabile, alla luce della strategicità degli interessi perseguiti o tutelati dai suddetti soggetti.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 14 (Competenza funzionale inderogabile) e 135 (Competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. COMPETENZA.

Cosa si intende per competenza territoriale inderogabile?

Qual è il criterio cardine della competenza territoriale, nel processo amministrativo?

Quali sono le deroghe alla regola del criterio della sede, temperato da quello degli effetti?

L'art. 13 D.Lgs. n. 104/2010 fissa le regole fondamentali per il riparto di competenza territoriale dei Tar, la quale viene definita "inderogabile" in quanto non è in alcun modo modificabile dall'accordo o dalla comune volontà delle parti del giudizio, rispondendo a ragioni di superiore interesse pubblico.

Criterio fondamentale di riparto nel processo amministrativo è quello cosiddetto della sede, temperato da quello degli effetti.

In base alla citata regola, nel caso di provvedimenti i cui effetti diretti siano limitati all'ambito territoriale di una sola regione, competente è il Tar di quella regione, al di là del luogo ove abbia sede la medesima Amministrazione del cui provvedimento o comportamento si tratti.

Va tuttavia precisato che tale regola subisce due eccezioni. Da una parte, infatti, in materia di pubblico impiego risulta sempre competente in via inderogabile il Tar ove è ubicata la sede di servizio del lavoratore. D'altro canto, qualora vengano impugnati più atti, di cui almeno uno avente rilevanza o efficacia su tutto il territorio nazionale, la competenza deve inderogabilmente seguire le regole applicabili all'atto nazionale.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 13 (Competenza territoriale inderogabile)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. COMPETENZA.

Entro quale termine può essere rilevato il difetto di competenza, nel processo amministrativo?

Ai sensi dell'art. 15 D.Lgs. n. 104/2010, il difetto di competenza può essere rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado. Si tenga presente, tra l'altro, che per decisione deve intendersi altresì quella intervenuta all'esito della discussione della domanda cautelare. Coerentemente, difatti, il secondo comma dello stesso art. 15 dispone che *“in ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 14, non decide sulla stessa”*.

Nei giudizi di impugnazione, il difetto di competenza può essere rilevato dal giudice soltanto se dedotto con specifico motivo avverso il capo che abbia statuito, in modo esplicito o implicito, sulla competenza.

D.Lgs. n. 104/2010, 15 (Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. COSTITUZIONE DELLE PARTI.

Come avviene la costituzione delle varie parti nel giudizio amministrativo?

La costituzione del ricorrente principale avviene attraverso il deposito dell'atto notificato presso la cancelleria del giudice adito, da effettuarsi entro il perentorio termine di 30 giorni dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione, fatta salva la possibilità di effettuare il deposito dell'atto sin dal momento in cui la notifica del ricorso risulta perfezionata per il notificante.

Ai sensi dell'art. 46 del Codice, le parti a cui sia stato notificato il ricorso possono, entro il termine di 60 giorni dal perfezionamento nei loro confronti del ricorso, costituirsi in giudizio e presentare memorie e ricorso incidentale, nonché produrre i documenti e indicare i mezzi di prova di cui intendano avvalersi.

Il termine di 60 giorni è meramente ordinatorio, per cui le parti intimare possono costituirsi anche direttamente in udienza di merito, ma in tal caso svolgendo esclusivamente difese orali senza possibilità di produrre scritti difensivi o documenti né tantomeno potendo le stesse presentare ricorso incidentale.

L'Amministrazione, nello stesso termine, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché i documenti e gli atti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'Amministrazione stessa ritenga utili al giudizio.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 45 (Deposito del ricorso e degli altri atti processuali) e 46 (Costituzione delle parti intimare)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. ESTINZIONE DEL GIUDIZIO.

Quali sono i modi di estinzione del giudizio amministrativo?

Ai sensi del Titolo VI del Libro II del Codice, il processo amministrativo può estinguersi per rinuncia al ricorso ovvero per perenzione.

La rinuncia al ricorso può avvenire in ogni stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta della parte o dell'avvocato munito di mandato speciale, trattandosi di atti personalissimi della parte processuale, depositata presso la segreteria del giudice, ovvero mediante dichiarazione resa in udienza e documentata a verbale.

In caso di rinuncia, la parte deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che il collegio decida di compensarle, tenuto conto delle circostanze del caso.

Qualora non avvenga con dichiarazione in udienza, la rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno 10 giorni prima dell'udienza e ai fini dell'estinzione occorre che le controparti non si oppongano, potendo al contrario le stesse avere interesse alla prosecuzione del giudizio.

Al di là di tali formalità, il giudice è sempre libero di dedurre, dal comportamento delle parti e dalle altre circostanze del caso, la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, con conseguente chiusura in rito del giudizio.

La perenzione, costituente la forma di estinzione del giudizio amministrativo derivante da inattività delle parti, può essere di due tipi: annuale o quinquennale.

La perenzione annuale, di cui all'art. 81, è automatica e si verifica quando nessuna delle parti, per un periodo pari o superiore a un anno, compie alcun atto di procedura.

La perenzione quinquennale, d'altro canto, è disciplinata dall'art. 82 e si ha quando siano decorsi cinque anni dal deposito del ricorso o di altro ultimo atto di procedura. In tal caso la segreteria del giudice domanda al difensore del ricorrente se permane un interesse al ricorso.

Se il ricorrente intende proseguire il giudizio, deve depositare una nuova domanda di fissazione di udienza firmata personalmente da sé e dal proprio difensore entro il termine di 180 giorni dal ricevimento della comunicazione della segreteria del giudice adito.

La perenzione, ai sensi dell'art. 83, opera di diritto, in base al mero dato fattuale del mancato compimento di atti di procedura e può essere rilevata anche d'ufficio, determinando in ogni caso l'estinzione del giudizio e l'obbligo di ciascuna parte di sostenere le proprie spese nel giudizio.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 81 (Perenzione) ss.

PROCESSO AMMINISTRATIVO. FASE DECISORIA.

In che cosa consiste la fase decisoria del processo e quali tipi di provvedimento possono essere emessi dal giudice?

La fase decisoria chiude il giudizio dinanzi al Giudice Amministrativo, all'esito dell'eventuale fase istruttoria e della discussione orale delle parti.

I provvedimenti del giudice possono assumere la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto e sono sempre assunti in camera di consiglio dai membri del Collegio giudicante.

In linea generale, il giudice pronuncia con sentenza nei casi in cui definisca definitivamente, in tutto o in parte, il giudizio, mentre pronuncia sentenza qualora assuma decisioni interlocutorie o cautelari, ovvero ancora decida sulla competenza. Negli altri casi previsti dalla legge, infine, il giudice pronuncia con decreto.

Quanto in particolare alle sentenze del giudice amministrativo, il provvedimento decisorio del giudice può assumere la veste di decisione di rito, di cui all'art. 35 del Codice, ovvero di merito, ai sensi dell'art. 34.

Quanto a quest'ultimo caso (sentenze di merito), in particolare, il giudice può annullare, in tutto o in parte, il provvedimento impugnato, ovvero ordinare all'Amministrazione inerte di provvedere entro un termine, o ancora condannare la stessa al pagamento di una somma di danaro, nonché in generale disporre ogni misura idonea ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese. Qualora poi l'annullamento dell'atto, nel corso del giudizio, non risulti più utile per il ricorrente, il giudice può in ogni caso valutare della sua legittimità qualora permanga o sussista un interesse della parte a fini risarcitori ovvero, se la pretesa del ricorrente, sempre nel corso del giudizio, risulti pienamente soddisfatta, dichiarare la cessata materia del contendere.

Ai sensi dell'art. 35, d'altro canto, il giudice dichiara l'irricevibilità del ricorso se accerta la tardività della notifica o del deposito. Dichiarare invece l'inammissibilità del ricorso quando è carente l'interesse o sussistono ragioni ostative alla pronuncia di merito. Infine, lo stesso dichiara l'improcedibilità del ricorso quando venga meno nel corso del giudizio l'interesse della parte alla decisione o sopravvengano motivi ostativi alla decisione di merito.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 33 (Provvedimenti), 34 (Sentenze di merito) e 35 (Pronunce di rito)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. FASE ISTRUTTORIA.

In cosa consiste la fase istruttoria del processo amministrativo?

Nel corso della fase istruttoria, le parti forniscono gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità e che riguardino i fatti posti a fondamento delle domande ed eccezioni formulate, al fine del decidere.

Ai sensi dell'art. 64 del Codice, il giudice deve sempre porre a fondamento della propria decisione, fatti salvi i casi previsti dalla legge, soltanto le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non specificatamente contestati, in quest'ultimo caso in base al principio appunto di non contestazione, per cui la parte non è tenuta a provare quanto anche solo implicitamente ammesso da controparte.

Pertanto, i poteri d'ufficio del giudice, che può ad esempio domandare l'acquisizione di documenti e atti ritenuti necessari al fine del decidere e che siano nella disponibilità dell'Amministrazione, non possono in alcun caso essere considerati idonei a superare specifiche carenze probatorie delle parti, in piena aderenza al principio dell'onere della prova, che trova nel Codice un espresso referente testuale nell'art. 63.

L'istruttoria, pertanto, consiste nella fase del giudizio in cui vengono assunti o acquisiti i vari mezzi di prova delle parti, i cui termini e modi sono dettati dal presidente o dal magistrato delegato,

in caso di istruttoria presidenziale (che avviene, ai sensi dell'art. 65, nei soli casi di espressa istanza di parte e allo specifico fine di garantire l'integrità dell'istruttoria stessa), ovvero dal collegio, in caso di istruttoria collegiale.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 63 (Mezzi di prova) ss.

PROCESSO AMMINISTRATIVO. GIUDICATO AMMINISTRATIVO.

Quali sono gli effetti del giudicato e delle pronunce del Giudice Amministrativo?

Il giudicato amministrativo produce una pluralità di effetti.

L'effetto tipico, anche per ragioni storiche, legato alle origini prettamente impugnatorie del ricorso e dell'azione giurisdizionale amministrativa, rimane ovviamente pur sempre quello demolitorio, consistente nella privazione definitiva e totale o parziale dell'efficacia giuridica del provvedimento impugnato, sino alla data di emanazione dello stesso.

Accanto a quello demolitorio che, come già ribadito, costituisce quello tipico del giudicato amministrativo, si sono nel tempo affiancati ulteriori effetti derivanti dalla statuizione del giudice, legati all'evoluzione che nel tempo ha assunto il processo amministrativo, passato da un giudizio sull'atto a un giudizio maggiormente concentrato sul rapporto giuridico tra l'Amministrazione e i destinatari della sua azione. Si annoverano tra questi l'effetto preclusivo e quello conformativo.

Il primo di essi (anche detto effetto negativo) comporta da un lato l'impossibilità per la parte di instaurare un nuovo giudizio sullo stesso oggetto del precedente ricorso, nonché d'altro lato l'obbligo per i futuri giudici di conformarsi al contenuto dispositivo della pronuncia, in piena aderenza al principio di definitività e intangibilità del giudicato, di cui agli artt. 324 cpc e 2909 cc, nonché ai limiti soggettivi e oggettivi dello stesso.

L'effetto conformativo, d'altro canto, costituisce un aspetto tipico del giudicato e della decisione del giudice amministrativo e comporta l'obbligo per l'Amministrazione di adeguare la propria azione alle prescrizioni contenute nel giudicato, così destinate appunto a conformare anche il riesercizio del potere pubblico, incidendo direttamente su di esso anche nella fase successiva alla decisione della controversia, in un'ottica proiettata quindi non solo sulla corretta analisi del comportamento delle parti, volto a valutare e per così dire "sanzionare" le deviazioni compiute rispetto al dettato normativo, ma anche indicare le regole da seguire in futuro per adeguare la propria condotta al paradigma legale.

PROCESSO AMMINISTRATIVO. GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.

Quanti e quali tipi di giurisdizione sono riconosciuti dal Codice del Processo Amministrativo al circuito Tar - Consiglio di Stato?

Quali limiti incontra la giurisdizione del Giudice Amministrativo?

Ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo), il Giudice Amministrativo esercita una giurisdizione generale di legittimità su tutte le controversie ove si

faccia questione di interessi legittimi ed attinenti ad atti o comportamenti, attivi od omissivi, dell'Amministrazione.

Nelle particolari materie indicate dalla legge ed elencate nell'art. 133 del Codice, la giurisdizione del Giudice Amministrativo è invece esclusiva, in quanto estesa anche alla valutazione di diritti soggettivi, in linea con il dettato del primo comma dall'art. 103 Cost.

Nelle materie indicate dall'art. 134, infine, il Giudice Amministrativo estende il suo giudizio anche al merito dell'atto, potendo così valutarne non solo la legittimità e in generale la risponde alle regole logiche e giuridiche rilevanti nella fattispecie, ma financo la sua opportunità e così di conseguenza sostituire la sua valutazione a quella dell'Amministrazione. Tipico esempio di giurisdizione estesa al merito è quella che caratterizza il giudizio di ottemperanza.

Neppure nel caso di giurisdizione estesa al merito, tuttavia, il Giudice Amministrativo può mai valutare su controversie ove si faccia questione di diritti soggettivi, di competenza del Giudice Ordinario, analisi che gli compete esclusivamente nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Si tenga poi sempre presente che, ai sensi dell'art. 7 del Codice, in nessun caso la giurisdizione del Giudice può estendersi sino all'analisi e al sindacato sui cd. atti politici i quali, essendo liberi nel fine ed espressione di una volontà non semplicemente amministrativa, ma di impulso e direzione economico-sociale del Paese, non possono essere valutati dal Giudice a pena di indebita ingerenza in un diverso potere dello Stato.

Riferimenti normativi

Cost., 103, 111 e 113;

D.Lgs. n. 104/2010, 7 (Giurisdizione amministrativa), 133 (Materie di giurisdizione esclusiva) e 134 (Materie di giurisdizione estesa al merito)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. DIFETTO DI GIURISDIZIONE.

Come entro quale termine si può rilevare il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo?

Ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. n. 104/2010, il difetto di giurisdizione può essere rilevato in primo grado, anche d'ufficio, fino alla sua decisione con sentenza di merito. Vale subito la pena precisare che, differentemente a quanto accade per la competenza, la pronuncia sull'istanza cautelare non può essere considerata come implicita valutazione sulla sussistenza della giurisdizione del Giudice, a meno di una espressa pronuncia in tal senso. Pertanto, anche successivamente alla emanazione della relativa ordinanza, il difetto di giurisdizione potrà ancora essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal Giudice della controversia.

Nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevato soltanto se dedotto con specifico motivo di appello avverso il capo della pronuncia che abbia statuito, in modo esplicito o implicito, sulla stessa. Il che significa che il giudice dell'appello non è ammesso a rilevare il difetto d'ufficio, ma a tal fine è necessario che l'appellante, principale o incidentale, sollevi espressamente la questione.

La disposizione in commento si pone in formale contrasto con quanto disposto nel rito civile dall'art. 37 cpc, ma la divergenza risulta invero soltanto formale, in quanto da tempo l'interpretazione fornita anche alla norma da ultimo citata risulta quella del contemperamento del

principio di rilevanza senza limiti del difetto di giurisdizione con gli effetti del giudicato, anche interno ed implicito, delle decisioni giurisdizionali. In forza di tale concetto, qualora il giudice decida la questione nel merito ovvero sulla base di questioni che seguono dal punto di vista logico il rilievo della giurisdizione del giudice adito, allora implicitamente lo stesso ha ritenuto correttamente incardinato il giudizio nei confronti del proprio plesso giurisdizionale.

Di conseguenza, nel caso in cui la parte non impugni espressamente il capo che, in modo esplicito o implicito abbia rilevato la sussistenza di giurisdizione, lo stesso non può che essere considerato cosa *inter partes iudicata*, in forza del meccanismo dell'acquiescenza di cui all'art. 329 cpc, come tale non più tangibile neppure dal giudice dell'appello.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 9 (Difetto di giurisdizione);

cpc, 37 (Difetto di giurisdizione) e 329 (Acquiescenza totale o parziale)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. DIFETTO DI GIURISDIZIONE. TERMINI.

Come entro quale termine si può rilevare il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo?

Ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. n. 104/2010, il difetto di giurisdizione può essere rilevato in primo grado, anche d'ufficio, fino alla sua decisione con sentenza di merito. Vale subito la pena precisare che, diversamente a quanto accade per la competenza, la pronuncia sull'istanza cautelare non può essere considerata come implicita valutazione sulla sussistenza della giurisdizione del Giudice, a meno di una espressa pronuncia in tal senso. Pertanto, anche successivamente alla emanazione della relativa ordinanza, il difetto di giurisdizione potrà ancora essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal Giudice della controversia.

Nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevato soltanto se dedotto con specifico motivo di appello avverso il capo della pronuncia che abbia statuito, in modo esplicito o implicito, sulla stessa. Il che significa che il giudice dell'appello non è ammesso a rilevare il difetto d'ufficio, ma a tal fine è necessario che l'appellante, principale o incidentale, sollevi espressamente la questione.

La disposizione in commento si pone in formale contrasto con quanto disposto nel rito civile dall'art. 37 cpc, ma la divergenza risulta invero soltanto formale, in quanto da tempo l'interpretazione fornita anche alla norma da ultimo citata risulta quella del temperamento del principio di rilevanza senza limiti del difetto di giurisdizione con gli effetti del giudicato, anche interno ed implicito, delle decisioni giurisdizionali. In forza di tale concetto, qualora il giudice decida la questione nel merito ovvero sulla base di questioni che seguono dal punto di vista logico il rilievo della giurisdizione del giudice adito, allora implicitamente lo stesso ha ritenuto correttamente incardinato il giudizio nei confronti del proprio plesso giurisdizionale.

Di conseguenza, nel caso in cui la parte non impugni espressamente il capo che, in modo esplicito o implicito abbia rilevato la sussistenza di giurisdizione, lo stesso non può che essere considerato cosa *inter partes iudicata*, in forza del meccanismo dell'acquiescenza di cui all'art. 329 cpc, come tale non più tangibile neppure dal giudice dell'appello.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 9 (Difetto di giurisdizione);

cpc, 37 (Difetto di giurisdizione) e 329 (Acquiescenza totale o parziale)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. INTERRUZIONE.

Quali sono i casi di interruzione del processo amministrativo?

Entro che termine deve essere riassunto il processo interrotto?

Come accade nel giudizio civile, cui il Codice rinvia per la relativa disciplina, il processo amministrativo può essere interrotto per morte, radiazione o sospensione dall'albo del difensore di una delle parti costituite, ovvero per morte o perdita della capacità di stare in giudizio della stessa parte.

Cessato il motivo di interruzione, il giudizio deve essere riassunto, attraverso la presentazione di un'istanza di fissazione udienza entro 90 giorni dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, acquisita mediante dichiarazione, notificazione o certificazione.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 79 (Sospensione e interruzione del processo) e 80 (Prosecuzione o riassunzione del processo sospeso o interrotto)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. INTERVENTO.

Come avviene l'intervento delle parti inizialmente non intimiate nel processo amministrativo?

Anche nel processo amministrativo, come in quello civile, è possibile l'intervento nel giudizio. Diversamente da questo, tuttavia, il processo amministrativo conosce solo la figura dell'intervento volontario, tra l'altro nella sola forma dell'intervento adesivo dipendente, e quello per ordine del giudice, d'ufficio o su istanza di parte.

Ai sensi dell'art. 28 del Codice, è possibile l'intervento volontario in causa da parte dei soggetti che vantino un interesse solo mediato e riflesso all'annullamento o alla conservazione dell'atto impugnato. L'atto di intervento, ex art. 50, è proposto con atto diretto al giudice adito, recante l'indicazione delle generalità dell'interveniente, nonché le ragioni su cui si fonda e la produzione di documenti giustificativi, atti cioè a dimostrare l'interesse riflesso al ricorso. L'atto di intervento deve essere notificato alle parti costituite ai sensi dell'art. 170 cpc e alle altre parti nei modi ordinari. In ogni caso, l'intervento deve essere depositato in cancelleria entro 45 giorni dal ricevimento per il destinatario dell'ultima notifica e comunque non oltre 30 giorni prima dell'udienza, qualora già fissata.

Ai sensi del terzo comma dello stesso art. 28, inoltre, è possibile che il soggetto venga chiamato a intervenire su ordine del giudice, nel caso in cui quest'ultimo, ritenga opportuno evocare in giudizio un oggetto portatore di una situazione meramente dipendente ed accessoria rispetto a quella dedotta in giudizio dalle parti costituite.

In tal caso, il giudice dispone alla parte di chiamare in giudizio il terzo entro un termine perentorio, indicando tra l'altro anche gli atti da notificare a quest'ultimo. Una volta intimato, la costituzione

in giudizio del terzo segue le regole dell'art. 46. Se il termine fissato dal giudice non viene rispettato, il giudice dichiara l'improcedibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35.

Si tenga ben presente che il giudice non è legittimato a disporre l'integrazione del contraddittorio nei casi in cui il ricorso non sia stato notificato ritualmente e tempestivamente al controinteressato, costituendo quest'ultimo un litisconsorte necessario del processo, né gli è consentito utilizzare i poteri di cui all'art. 51 per supplire a errori, carenze od omissioni del ricorrente.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 28 (Intervento), 50 (Intervento volontario in causa) e 51 (Intervento per ordine del giudice)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. GIUDIZIO DI APPELLO.

Quali sono i possibili esiti del giudizio di appello?

In esito al giudizio di appello, il giudice dell'impugnazione può confermare ovvero riformare, in tutto o in parte, la pronuncia impugnata.

La riforma, al pari di quanto accade in altri procedimenti giurisdizionali, può attenersi a questioni di merito ovvero questioni pregiudiziali o preliminari del giudizio svoltosi innanzi al giudice di primo grado.

Il giudizio d'appello, ad ogni modo, deve concludersi con una pronuncia del giudice che chiude la controversia, tranne che nei casi previsti dall'articolo 105 D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo), in cui invece la causa non viene decisa dal giudice di appello, da quest'ultimo rimessa interamente al giudice di primo grado.

È possibile contestare per la prima volta in appello la giurisdizione del giudice?

Particolarmente rilevante risulta la questione attinente la giurisdizione.

A seguito della storica sent. n. 21260/2016 delle Sezioni Unite di Cassazione, risulta oramai precluso al ricorrente in primo grado, soccombente nel merito, impugnare la pronuncia al fine di far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice dallo stesso scelto e ciò per ragioni di responsabilizzazione delle parti. La citata pronuncia, tuttavia, deve essere letta in parallelo con il disposto dell'art. 37 D.Lgs. n. 104/2010, ai sensi del quale neppure il giudice dell'appello può d'ufficio decidere di rilevare la questione del difetto di giurisdizione, se la stessa non abbia formato oggetto di specifico motivo di appello di parte.

Ne consegue che, per quanto concerne il profilo della giurisdizione, la stessa potrà essere eventualmente rivalutata in appello soltanto se proposta espressamente dall'appellante e soltanto se quest'ultimo risulti diverso dal ricorrente di primo grado.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 33 (Provvedimenti), 34 (Sentenze di merito), 35 (Pronunce di rito), 37 (Errore scusabile) e 105 (Rimessione al primo giudice)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. MOTIVI AGGIUNTI.

Cosa può essere introdotto attraverso il ricorso per motivi aggiunti?

Qual è il termine di proposizione del ricorso per motivi aggiunti?

Cosa accade se una domanda connessa a quella principale viene introdotta con nuovo ricorso, invece che con motivi aggiunti?

Ai sensi dell'art. 43 D.Lgs. n. 104/2010 i ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove connesse a quelle già proposte.

Nella prima ipotesi, più nello specifico, si suole parlare di motivi aggiunti classici o “vecchio tipo”, mentre nel secondo caso di motivi aggiunti “nuovo tipo”, in quanto introdotti inizialmente in via pretoria e ora espressamente previsti dal codice del processo amministrativo.

Il termine per la proposizione dei motivi aggiunti è quello previsto per il ricorso e, quindi, quello dalla legge dettato per l'esercizio delle singole azioni introdotte con il ricorso.

Nel caso di rito abbreviato, tuttavia, i termini per la proposizione dei motivi aggiunti sono del tutto peculiari e, più nello specifico, gli stessi non vengono dimezzati nelle materie di cui all'art. 119 del Codice, mentre nel rito appalti, di cui al successivo art. 120, variano da 30 a 15 giorni a seconda che vengano proposte, rispettivamente, nuove domande ovvero nuovi motivi di impugnazione.

Lo strumento dei cd. motivi aggiunti impropri, di cui al comma terzo dell'art. 43, infine, costituisce un'alternativa, ispirata ai principi di concentrazione ed economia processuale, alla presentazione di un ricorso separato che, se proposto dinanzi allo stesso giudice della causa principale, non dà luogo a una pronuncia di inammissibilità, ma viene riunito al procedimento principale, in piena aderenza ai principi generali di equivalenza delle forme e conversione-conservazione degli atti giuridici.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 43 (Motivi aggiunti)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. PARTI DEL PROCESSO.

Quali soggetti possono essere considerati parti all'interno del processo amministrativo?

Sono parti del processo amministrativo il ricorrente, cioè colui che propone l'atto introduttivo del giudizio, il resistente, da intendersi come il soggetto che abbia emesso l'atto impugnato o del cui comportamento, attivo od omissivo, il ricorrente si dolga, i controinteressati, cioè i soggetti che vantino un interesse uguale e contrario a quello del ricorrente o, in altri termini, coloro che abbiano un beneficio dal comportamento tenuto dall'Amministrazione e oggetto del ricorso principale, i cointeressati, cioè quei soggetti che, legittimati a proporre autonomamente ricorso, abbiano aderito tempestivamente al ricorso presentato dal primo ricorrente, e gli intervenienti, nei casi previsti dall'art. 28 del Codice. Non possono in alcun modo essere considerati parti del processo gli avvocati, mentre in un'accezione alquanto lata dello stesso, può dirsi parte, ovviamente terza e imparziale, del processo anche il giudice.

PROCESSO AMMINISTRATIVO. PRINCIPI.

Quali principi sorreggono il sistema processuale amministrativo?

Ai sensi degli artt. da 1 a 3 del Codice del Processo Amministrativo, il sistema processuale è ispirato ai principi della pienezza ed effettività della tutela, del rispetto dei principi della Costituzione e del diritto europeo, nonché della parità delle parti, del contraddittorio, della giustizia e della ragionevole durata del processo.

In particolare, in base al principio di effettività, il giudice deve assicurare “*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”. La codificazione del principio di effettività, declinato anche nel senso della pienezza della tutela, rafforza la centralità nel processo amministrativo della pretesa sostanziale prospettata dal ricorrente, in quel passaggio da un giudizio sull’atto, di tipo maggiormente oggettivo, a uno sul rapporto, di tipo schiettamente soggettivo. Il giudice è pertanto chiamato ad accertare l’effettiva consistenza della pretesa del ricorrente e ad assicurare, nel caso, la soluzione più soddisfacente fra quelle in concreto disponibili, compreso il risarcimento nelle sue diverse forme.

I principi di parità delle parti, del contraddittorio e della ragionevole durata del processo, d’altro canto, rappresentano a ben vedere l’insieme dei corollari dell’unico generale principio, costituente non a caso la rubrica dell’art. 2 del Codice, del “giusto processo”, di cui all’odierna versione letterale dell’art. 111 Cost.

Come affermato dall’art. 3, infine, il processo amministrativo si ispira altresì al principio di motivazione e sinteticità degli atti. Il principio, come può notarsi, riguarda invero due diversi oggetti: la motivazione degli atti del giudice, da un lato, e la sinteticità degli atti sia del giudice che delle parti, dall’altro. Si tratta di due elementi eterogenei: nel primo caso, si intende far riferimento alla necessità di motivare non solo, come ovvio, la sentenza di merito, ma anche le ordinanze, specie quelle cautelari, e ciò non tanto con il mero riferimento alla sussistenza o meno dei presupposti di cui al *fumus* ed al *periculum*, bensì con l’indicazione, pur sommaria, delle ragioni della decisione assunta. Nel secondo caso, d’altro canto, ci si lega strettamente al principio di ragionevole durata del processo, che impone di conseguenza e non soltanto al giudice, ma anche alle parti, di adeguare il proprio comportamento, improntandolo a correttezza, diligenza e buona fede.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 1 (Effettività), 2 (Giusto processo) e 3 (Dovere di motivazione e sinteticità degli atti)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO CAUTELARE COLLEGIALE. ESITI DELL’UDIENZA.

Quali esiti può avere, in concreto, l’udienza in camera di consiglio della fase cautelare collegiale?

In esito alla fase cautelare, ferma restando la possibilità per la parte di rinunciare alla stessa richiesta di provvedimenti e diretto rinvio della causa al merito, l’istanza può essere essenzialmente o rigettata per motivi di rito ovvero di merito, oppure essere accolta.

In quest’ultimo caso, il giudice dispone le misure ritenute più idonee a garantire interinalmente gli effetti della decisione di merito, compresa la sollecita fissazione dell’udienza di merito, qualora ritenga che l’istanza sia fondata e che le esigenze cautelari possano essere in tal modo adeguatamente tutelate.

In ogni caso, il giudice può decidere sull'istanza cautelare soltanto se ritiene sussistente la sua competenza. Sia in caso di rigetto che di accoglimento dell'istanza, le parti possono riproporre la domanda cautelare ovvero domandare la revoca o la modifica del provvedimento collegiale, qualora si verificano mutamenti nelle circostanze oppure vengano allegati fatti anteriori solo successivamente conosciuti senza colpa.

Qualora il collegio ritenga poi che la causa sia già matura, anche ed essenzialmente dal punto di vista istruttorio, per la decisione, può anche procedere immediatamente alla decisione anche nel merito dello stesso ricorso, in esito alla stessa udienza e purché sussistano i presupposti e le circostanze indicate nell'art. 60.

In ogni caso, con l'ordinanza che decida la domanda cautelare il giudice dispone anche sulle spese della relativa fase, il cui capo conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisca il giudizio, salva diversa statuizione contenuta nella sentenza di merito.

Per l'esecuzione delle misure cautelari, infine, si provvede ai sensi delle disposizioni contenute negli artt. 112 ss. del Codice, disciplinanti il procedimento per ottemperanza.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 55 (Misure cautelari collegiali), 57 (Spese del procedimento cautelare), 58 (Revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e riproposizione della domanda cautelare respinta), 59 (Esecuzione delle misure cautelari) e 60 (Definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. PROCEDURE E ISTANZE CAUTELARI.

Quante e quali tipologie di procedure cautelari sono disciplinate nel Codice del processo Amministrativo?

Il D.Lgs. n. 104/2010 distingue e regola tre diverse tipologie di procedure cautelari, volte cioè all'emissione da parte del giudice adito delle misure che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione sul ricorso.

Procedendo in ordine cronologico di possibile proposizione della relativa istanza, viene in prima evidenza la procedura cautelare *ante causam*, di cui all'art. 61 del Codice, in cui l'istanza, notificata secondo le regole previste per la notificazione del ricorso, è proposta in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la domanda di misure cautelari monocratiche ai sensi dell'art. 56 del medesimo Codice, appunto prima della proposizione del ricorso, al Presidente del Tar competente, che decide con decreto.

In caso di rigetto dell'istanza, il decreto non è impugnabile, ma l'istanza può essere riproposta, previa notifica del ricorso, con le ulteriori forme previste dal Codice.

In caso di accoglimento della domanda, il provvedimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il perentorio termine fissato dal giudice, comunque non superiore a 5 giorni e perde in ogni caso effetto qualora non venga seguito, entro 15 giorni dalla sua emanazione, dalla notifica del ricorso corredato da istanza cautelare e dal deposito dello stesso presso la cancelleria del giudice adito entro i successivi 5 giorni corredato da istanza di fissazione udienza. In ogni caso, le misure cautelari *ante causam* perdono effetti decorsi 60 giorni dall'emissione del relativo decreto.

Qualora le esigenze cautelari non siano tali da non permettere neppure la notificazione del ricorso, ma purtuttavia non consentano di attendere la discussione cautelare circa la relativa istanza, il ricorrente può procedere ai sensi dell'art. 56 del Codice, che prevede la seconda ipotesi di procedimento cautelare monocratico.

Ai sensi della citata norma, difatti, l'istanza è proposta, in una situazione di estrema gravità e urgenza, dopo la notifica e il deposito del ricorso ed è indirizzata al Presidente del Tar o della Sezione cui il ricorso è stato assegnato.

Il Presidente, ovvero altro magistrato dallo stesso designato, decidono sull'istanza con decreto motivato e non impugnabile, che deve indicare la camera di consiglio per la discussione collegiale sulla domanda cautelare e resta efficace sino alla data della stessa camera di consiglio, ferma la possibilità di revoca o modifica, su istanza di parte, sino alla medesima data.

Nell'ipotesi, infine, in cui non sussistano ragioni di urgenza quali quelle specificate nelle disposizioni appena analizzate, la tutela cautelare può essere normalmente richiesta al collegio, attraverso il procedimento regolato e disciplinato dall'art. 55 del Codice.

In tal caso, l'istanza è decisa dal collegio con ordinanza resa in esito a una apposita udienza che si svolge nella prima camera di consiglio utile successiva al decorso del termine diventi giorni dall'ultima delle notificazioni e di dieci giorni dal deposito del ricorso.

Ai fini dell'accoglimento, il collegio deve valutare la sussistenza dei presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*.

Più nello specifico, il *periculum* è dato dalla paventata verifica di un pregiudizio grave e irreparabile alle posizioni giuridiche soggettive dell'istante, mentre il *fumus* coincide con il probabile esito che, a una sommaria delibazione, tipica della fase cautelare, dovrebbe avere il ricorso nel merito.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 55 (Misure cautelari collegiali), 56 (Misure cautelari monocratiche) e 61 (Misure cautelari anteriori alla causa)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. REVOCAZIONE.

In quali casi è possibile impugnare per revocazione una sentenza del Giudice Amministrativo?

La revocazione consiste nello strumento che la legge mette a disposizione delle parti del giudizio per impugnare pronunce del giudice, anche definitive e passate in giudicato, qualora vengano scoperte nuove circostanze che, se conosciute in precedenza, avrebbero comportato una decisione diversa da quella in concreto assunta dal giudice.

Per mezzo della revocazione, pertanto, la parte può ottenere un nuovo sindacato da parte del giudice che si è già pronunciato sulla questione, in questo caso però attraverso l'analisi altresì delle nuove circostanze che il revocante deduce.

Come detto, la revocazione può incidere anche su di una sentenza già passata in giudicato e, sotto questo profilo, si usa distinguere tra revocazione ordinaria e revocazione straordinaria.

La prima si ha quando l'azione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza, consistendo pertanto la revocazione in un mezzo di impugnazione ordinaria.

La revocazione straordinaria, invece, viene proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza e al fine di porre in discussione l'assunto contenuto dalla pronuncia.

Ai sensi dell'art. 106 del Codice, le pronunce dei Tar e del Consiglio di Stato possono essere impugnate per revocazione, nelle forme, nei termini e nei modi previsti dagli artt. 395 e 396cpc.

La revocazione contro pronunce del Giudice Amministrativo, più nello specifico, si propone con ricorso dinanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza oggetto di impugnazione, ma nel caso di decisioni dei Tar la revocazione è ammessa soltanto se il motivo legittimante non può essere dedotto con l'appello, sussistendo anche in campo amministrativo lo stesso rapporto di subordinazione e non di concorrenza tra revocazione e appello che caratterizza il rimedio anche in ambito civilistico.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 106 (Casi di revocazione)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. RICORSO.

Quali sono le caratteristiche principali del ricorso amministrativo?

Quale contenuto deve avere il ricorso?

A differenza dell'atto di citazione del processo civile, il ricorso amministrativo non contiene la *vocatio in jus*, ma solo l'*editio actionis*.

Tuttavia, diversamente da quanto accade ad esempio nel rito lavoro, l'azione si intende promossa non da quando il ricorso viene depositato presso la cancelleria del giudice adito, ma dalla data di invio dell'atto alle controparti resistenti o controinteressate, notifica che infatti (come ad esempio accade per il ricorso in Cassazione) precede la fase del deposito, che deve avvenire, ai sensi dell'art. 45, entro 30 giorni dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto si è perfezionata anche per il destinatario.

Il ricorso deve possedere il contenuto prescritto dall'art. 40 del Codice, che annovera in particolare gli elementi identificativi del ricorrente e del difensore, l'oggetto della domanda e l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice, e deve essere notificato conformemente alle regole dettate, in negativo, dall'art. 44, che disciplina appunto i casi di nullità del ricorso e della sua notificazione.

Ai sensi dell'art. 41, il ricorso va notificato, a pena di decadenza, entro il termine prescritto per legge, all'Amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati, se sussistenti e facilmente individuabili. Qualora i controinteressati, pertanto, siano in ipotesi più di uno, la notifica a uno solo di essi salva il ricorrente dalla decadenza dall'azione, fermo restando il successivo obbligo per lo stesso di integrare, su ordine del giudice, il contraddittorio nei confronti degli altri. La stessa regola non è invece valida per le Amministrazioni resistenti, le quali vanno al contrario immediatamente chiamate tutte quante con la prima notifica.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 40 (Contenuto del ricorso), 41 (Notificazione del ricorso e suoi destinatari), 44 (Vizi del ricorso e della notificazione) e 45 (Deposito del ricorso e degli altri atti processuali)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. RICORSO AVVERSO ATTI NULLI.

Entro che termine può essere presentato ricorso per la declaratoria della nullità di un provvedimento amministrativo ritenuto nullo?

Cosa accade se lo stesso non viene tempestivamente proposto?

Ai sensi del quarto comma dell'art. 31 del Codice, l'azione volta all'accertamento della nullità del provvedimento e alla dichiarazione del fatto che lo stesso risulti *ab origine* improduttivo di effetti giuridici, si propone entro il termine di 180 giorni dalla comunicazione o piena conoscenza dell'atto.

Decorso il suddetto termine, il soggetto decade di per sé dall'azione, tuttavia la stessa norma dispone che la nullità dell'atto amministrativo possa essere in ogni caso opposta all'interno del giudizio senza limiti di tempo, ad opera della parte resistente.

Occorre a questo punto rilevare che parte resistente del giudizio amministrativo, in linea di massima, risulta l'Amministrazione e non il soggetto privato. Quest'ultimo, difatti, normalmente subisce l'uso della forza coattiva pubblica volta a eseguire i propri atti.

D'altra parte, l'accertamento della nullità del provvedimento ben può essere chiesta anche dalla PA, avverso provvedimenti ritenuti nulli ed emanati da altra autorità amministrativa, avverso i quali la prima Amministrazione non sia titolare del potere di autotutela (ovviamente, qualora invece al stessa abbia emanato direttamente l'atto nullo, potrebbe esercitare il potere di autotutela su di esso, senza necessità di adire l'autorità giudiziaria).

In ogni caso, la nullità del provvedimento può essere altresì rilevata d'ufficio dal giudice, nel caso che essa emerga dagli atti di causa, ovvero dall'eventuale controinteressato parte del giudizio, al quale si domandi di applicare l'atto ritenuto nullo, il che pone una sorta di "chiusura del cerchio" della disciplina processuale.

Tuttavia, va dato atto che a parere di un certo orientamento giurisprudenziale, il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice deve essere coordinato con il principio della domanda e, quindi, quest'ultima può essere dichiarata soltanto se tale declaratoria risulti funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio, cioè all'accoglimento ovvero al rigetto della domanda proposta.

Secondo il filone giurisprudenziale più recente e oramai maggioritario, in ogni caso, il potere d'ufficio *ex art. 31, c. 4 del Codice* costituisce per il giudice della causa una potestà (*rectius*, un *cd. potere-dovere*) il cui esercizio è sempre obbligatorio e mai facoltativo, per cui il giudice, al ricorrere delle circostanze, dovrebbe sempre dichiarare la nullità del provvedimento, qualora emergano dall'istruttoria processuale sufficienti elementi in tal senso.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 31, c. 3 (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. RICORSO INCIDENTALI E DOMANDA RICONVENZIONALE.

Quale scopo assume il ricorso incidentale?

Cosa si intende per domanda riconvenzionale?

Ai sensi dell'art. 42 del Codice, le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorga in dipendenza della domanda proposta in via principale, attraverso un ricorso incidentale.

Nel processo amministrativo il ricorso incidentale costituisce essenzialmente lo strumento messo a disposizione del controinteressato per muovere censure al provvedimento impugnato in via principale, ovvero ad altri provvedimenti a questo connessi, qualora tale interesse sorga in ragione della proposizione del ricorso principale. Nella pratica, lo strumento è generalmente utilizzato infatti per permettere al controinteressato di paralizzare l'azione del ricorrente principale, così da conservare gli effetti vantaggiosi derivanti dal provvedimento impugnato da quest'ultimo.

Ove intervenga nel termine di 60 giorni dalla notifica del ricorso principale, tra l'altro, la proposizione del ricorso incidentale può avvenire anche oltre il termine decadenziale ordinario di impugnazione dell'atto, proprio in ragione del rapporto di dipendenza che intercorre tra i due giudizi.

Il quinto comma del medesimo art. 42 poi codifica nel processo amministrativo la domanda riconvenzionale, istituto processual-civilistico che infatti risulta anche in tale ambito assoggettato alle medesime regole del giudizio incidentale, ancorché ovviamente esperibile nei soli giudizi attinenti a diritti soggettivi e dipendenti da titoli già dedotti in giudizio.

Ai sensi del quarto comma della medesima norma, la competenza conoscere del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale spetta normalmente allo stesso Tar adito dal ricorrente principale, tranne i casi di competenza del Tar Lazio, Roma, ovvero alla competenza funzionale di altro Tar.

Il ricorso incidentale, così come la domanda riconvenzionale, si propongono nel termine di 60 giorni dal ricevimento della notificazione del ricorso principale.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 42 (Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. RICORSO INCIDENTALE E RAPPORTI CON IL RICORSO PRINCIPALE.

Qual è l'esatto ordine di trattazione dei ricorsi principali e incidentali nei giudizi vertenti su procedure di gara?

Ampiamente discusso, in dottrina e in giurisprudenza, risulta la tematica inerente l'ordine di trattazione tra ricorso principale e incidentale nella materia delle gare di appalto.

Volendo sintetizzare i passaggi fondamentali della annosa *bagarre*, possiamo specificare quanto segue:

- l'Adunanza Plenaria n. 11/2008 era pervenuta alla conclusione secondo cui, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque fosse stato il primo ricorso esaminato e ritenuto fondato (principale o incidentale), avrebbe dovuto in ogni caso pronunciarsi su tutti i ricorsi, al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara;

-l'indirizzo è stato inizialmente uniformemente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, sino a che l'Adunanza Plenaria n. 4/2011, nuovamente investita della medesima questione, è pervenuta alla conclusione per cui l'esame del ricorso incidentale "escludente" (con il quale, cioè, si intenda

provare l'insussistenza dei presupposti del ricorrente principale a partecipare alla gara e, di conseguenza, della sua stessa legittimazione al ricorso) deve assumere sempre carattere preliminare, rispetto all'esame del ricorso principale e la fondatezza dello stesso gravame incidentale, implicando l'assenza di una posizione legittimante in capo al concorrente che abbia proposto il ricorso principale, determina l'improcedibilità del predetto ricorso principale, anche laddove il ricorrente principale abbia allegato l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura;

- quest'ultima posizione della Plenaria è stata accolta con qualche riserva critica da parte di alcune voci della dottrina e della giurisprudenza che rilevavano come, in questo modo, al cospetto di due imprese che sollevavano a vicenda la medesima questione, si finiva con il sanzionarne una con l'inammissibilità del ricorso e per favorire l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima; su ordinanza di rimessione pregiudiziale del Tar per il Piemonte, la Corte di giustizia europea, con la sentenza Fastweb ha affermato che il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che sia il ricorso incidentale che quello principale siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia;

- sollecitata a questo punto ad un nuovo intervento che tenesse conto delle conclusioni alle quali era pervenuta la Corte di giustizia, l'Adunanza Plenaria n. 9/2014 è ritornata sulla questione ed ha riconosciuto l'obbligo dell'esame (anche) del ricorso principale, pur successivamente alla riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente e in ogni caso unicamente a una serie di condizioni indicate dalla medesima pronuncia, tra cui la circostanza che gli operatori rimasti in gara siano soltanto due e la sussistenza di una cd. "simmetria invalidante";

- con la successiva sent. Puligienica, la Corte di Giustizia europea ha poi specificato che i principi enunciati con la sentenza Fastweb del 2013 risultano invero applicabili anche nel caso di una gara con più di due concorrenti e che l'interesse del ricorrente principale destinatario del ricorso incidentale escludente non deve essere ricollegato all'iniziativa giurisdizionale, bensì all'operato della stessa Amministrazione, che potrebbe agire in autotutela, annullando l'intera procedura.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 42 (Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale) e 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. RICORSO PER ANNULLAMENTO.

Qual è l'oggetto del ricorso per annullamento?

Quali problemi principali sottende tale tipo di azione?

Ai sensi dell'art. 29 del Codice, l'azione volta all'annullamento del provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo si propone entro il termine di decadenza di 60 giorni dalla comunicazione o piena conoscenza dell'atto.

Quella di annullamento costituisce l'azione tipicamente caratterizzante il giudizio amministrativo, su cui è da sempre stata sostanzialmente costruita l'intera struttura del procedimento giurisdizionale per la tutela di interessi legittimi.

Anche lo stesso art. 111, c. 3 Cost., non a caso, demanda al Legislatore di individuare l'organo giurisdizionale competente ad annullare gli atti della PA, con ciò evidenziando come la tutela

tipica nei confronti dell'atto amministrativo sia quella demolitoria, che normalmente è affidata al giudice amministrativo.

Attraverso l'azione di annullamento dell'atto, possono essere dedotti i tradizionali vizi di legittimità di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Ai fini dell'efficacia impugnazione dell'atto, primo problema che si pone è quello della specifica e corretta identificazione dello stesso (art. 40, c. 1, lett. b) cpa).

Normalmente nell'epigrafe degli atti di ricorso, si è soliti fare riferimento (in formula impugnatoria) anche agli atti presupposti, connessi o conseguenti; tuttavia, vale la pena precisare che si tratta di formula di stile generica, non sufficiente a ricomprendere nell'oggetto dell'impugnazione atti non nominati e dei quali non è possibile l'individuazione nel testo del ricorso, nemmeno indirettamente attraverso la disamina le censure proposte.

Secondo problema che si pone ai fini dell'impugnazione dell'atto, poi, consiste nella tempestività dell'azione.

L'art. 29 cpa, difatti, fissa in 60 giorni il termine entro il quale l'azione di annullamento debba essere proposta, senza tuttavia nulla precisare in punto di *dies a quo* del suddetto termine.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo più volte di chiarire come il provvedimento amministrativo debba considerarsi impugnabile (con relativa decorrenza del relativo termine di 60 giorni) a decorrere dal momento di sua "piena conoscenza", che coincide con quello in cui il soggetto abbia ovvero possa avere, utilizzando la normale diligenza, contezza della portata lesiva, da parte dell'atto, delle proprie posizioni giuridiche soggettive.

Terzo problema che assume rilievo all'interno dell'azione di annullamento, ancora, appare quella relativa alla corretta formulazione dei motivi di ricorso.

Anzitutto, anche per l'azione di annullamento vale il requisito della specificità dei motivi, la cui inosservanza comporta la loro inammissibilità (art. 40, c. 2 Codice), con la conseguenza che devono ritenersi inammissibili motivi generici, vaghi o perplessi, tali in poche parole da non consentire al giudice di comprendere i vizi denunciati dalla parte.

In secondo luogo, va precisato che, come infine chiaramente espresso dalla famosa sentenza Adunanza Plenaria n. 5/2015, sebbene il ricorrente mantenga un potere quasi totale circa l'ordine dei motivi di censura che intenda sottoporre all'esame del GA (potendo, pertanto, decidere di analizzare dapprima profili di eccesso di potere e solo successivamente e in via subordinata questioni di violazione diretta di legge, ovvero di domandare dapprima la caducazione soltanto parziale dell'atto e, sempre in subordine, l'annullamento totale dell'atto), lo stesso non può, attraverso la propria strutturazione del ricorso, sottrarre alla preliminare analisi del giudicante la valutazione circa il vizio di incompetenza dell'atto.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 29 (Azione di annullamento)

PROCESSO AMMINISTRATIVO. SOSPENSIONE.

Quali sono i casi di sospensione del processo amministrativo?

Entro che termine deve essere riassunto il processo sospeso?

Il Codice non detta una espressa disciplina della sospensione, rinviando invece all'art. 79 al codice di rito civile, al diritto unionale e alle altre norme di legge.

Il processo amministrativo, in ogni caso, può essere sospeso per fatti che attengono alla funzione decisoria del giudice, che danno vita alle tre ipotesi classiche di sospensione propria (anche detta "necessaria"), qualora lo stesso o altro giudice debba risolvere una controversia da cui dipenda la decisione della causa, impropria, nelle ipotesi in cui nelle more del giudizio sorga un diverso processo, dinanzi altro giudice, che costituisca una fase della prima controversia, e concordata, cioè disposta su istanza congiunta delle parti dal giudice istruttore per un periodo non superiore a 3 mesi, spesso al fine di consentire una trattativa tra le parti.

Principali casi di sospensione sono la proposizione di regolamento preventivo di giurisdizione o del regolamento preventivo di competenza dinanzi il Consiglio di Stato, la rimessione della questione di legittimità costituzionale di una norma ovvero il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'unione Europea.

La sospensione di cui all'art. 295 cpc (sospensione propria) è disposta con ordinanza appellabile, sulla cui impugnazione decide il giudice di appello in camera di consiglio.

Cessato il motivo di sospensione, per la prosecuzione del giudizio deve essere presentata istanza di fissazione udienza entro 90 giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione stessa.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 79 (Sospensione e interruzione del processo) e 80 (Prosecuzione o riassunzione del processo sospeso o interrotto)

PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA.

Cosa sottendono i principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'agire amministrativo?

Per molti versi, il principio centrale di tutto il sistema giuridico di ogni Stato di diritto; quello della ragionevolezza rappresenta un valore centrale anche nell'ambito dell'azione amministrativa.

Oltre a rispettare la legge, difatti, l'agire pubblico deve necessariamente conformarsi a criteri di logicità e razionalità, di modo tale che l'azione amministrativa risulti coerente con i dati di fatto e con gli interessi emersi nel corso dell'istruttoria.

Con riferimento all'attività della PA, il sindacato del giudice amministrativo viene sempre esercitato anche in base al parametro della ragionevolezza, ritenuto applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione, esaminati nei precedenti punti.

Quanto al principio di proporzionalità, lo stesso si impone come canone di azione attiene all'equo rapporto tra mezzi impiegati e fine perseguito o, più in generale, tra interessi pubblici e privati in conflitto.

Detto altrimenti, in virtù di tale principio, la PA deve esercitare il potere nella giusta misura, in modo adeguato rispetto alle circostanze di fatto, evitando di alterare l'equilibrio di interessi e situazioni giuridiche coinvolte nell'azione amministrativa.

Sintetizzando, si può dire che la proporzionalità impone all'Amministrazione un'indagine trifasica, che si articola nell'accertamento:

- dell'idoneità del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito;
- della necessaria assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti un minor sacrificio per il privato;
- dell'adeguatezza dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco

PROPORZIONALITÀ. ACCEZIONE EUROPEA.

In cosa differisce l'accezione unionale del principio di proporzionalità, rispetto a quella originaria della tradizione nazionale?

Nell'accezione europea del principio di proporzionalità, l'Amministrazione deve evitare di comprimere la sfera giuridica dei privati oltre quanto necessario per il raggiungimento dei propri scopi.

Differentemente da quanto tradizionalmente evidenziato nell'accezione nazionale, il principio di proporzionalità, nell'ottica del diritto europeo, non si pone tanto come espressione del principio efficientistico dell'uso degli strumenti più adeguati per il raggiungimento degli obiettivi istituzionali dell'Amministrazione, quanto come corollario del generale principio di libertà, in forza del quale il potere pubblico può spingersi anche fino a incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, ma non eccedere mai quanto strettamente necessario per assicurare il pubblico interesse, in caso contrario sconfinandosi nell'eccesso e abuso dell'uso del potere stesso.

PROROGATIO DEGLI ORGANI.

È possibile, in linea generale, la *prorogatio* degli organi di un'Amministrazione?

Che limiti incontra la *prorogatio* degli organi, nell'attuale sistema ordinamentale?

A seguito della sent. Corte Cost. n. 208/1992, il Legislatore nazionale, con la L. n. 444/94 ha previsto in linea generale il divieto di *prorogatio* degli organi dell'Amministrazione.

In particolare, la proroga nelle funzioni di quest'ultimi è ammessa per il solo periodo di 45 giorni, decorrenti dalla scadenza del termine di durata previsto per ciascuno di essi, decorsi i quali, senza che si sia provveduto alla loro ricostituzione, gli organi stessi decadono e i relativi atti sono nulli.

Va precisato che durante il periodo di *prorogatio* possono essere posti in essere soltanto atti di ordinaria amministrazione ed eventuali ulteriori atti debbono invece essere ritenuti nulli, ma tuttavia la norma trova applicazione in riferimento esclusivamente agli organi dello Stato e degli enti pubblici, nonché delle società a prevalente partecipazione pubblica, mentre non si applica invece agli enti locali e agli organi di rilevanza costituzionale.

Riferimenti normativi

L. n. 444/1994, 1 (Conversione in legge del D.L. n. 293/1994)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. ATTI POLITICI.

Qual è il peculiare tratto comune degli atti politici e degli atti di alta amministrazione?

In che cosa i primi si differenziano dai secondi?

Sia gli atti politici che gli atti di alta amministrazione sono caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità, di natura amministrativa e non tecnica, dell'organo che procede alla loro emanazione.

A differenza dei secondi, tuttavia, gli atti politici risultano anche liberi nel fine che perseguono, nel senso che gli stessi non risultano vincolati dalla necessità di perseguire uno scopo che a monte sia già stato prefissato in modo relativamente puntuale dalla legge, ma per così dire sono gli stessi atti a manifestare l'obiettivo che intendono raggiungere, secondo scelte squisitamente di indirizzo governativo. Proprio per questo motivo, infatti, gli atti politici sono esclusi dal sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. n. 104/2010.

Gli atti di alta amministrazione, d'altro canto, devono invece perseguire il fine voluto dalla legge attributiva del potere, sebbene godano a tal fine di ampi margini di valutazione circa le modalità più opportune per addivenire al risultato prefissato.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 7, c. 1 (Giurisdizione amministrativa)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. VIZI DEL PROVVEDIMENTO.

Quali sono e in cosa consistono i vizi del provvedimento amministrativo?

Ai sensi dell'art. 21 *octies* L. n. 241/90, il provvedimento amministrativo è annullabile qualora viziato da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge.

L'incompetenza cui fa riferimento la disposizione, più nello specifico, consiste in quella che più correttamente viene definita come incompetenza relativa, consistente nell'emissione del provvedimento da parte di un soggetto o un organo che, pur parte del medesimo plesso organizzativo cui la legge assegna il potere di provvedere, non risulta diretto destinatario del medesimo potere. Nel caso in cui il soggetto emittente, difatti, non appartenga neppure al medesimo plesso dell'Amministrazione destinataria di detto potere (incompetenza assoluta), il provvedimento non risulterebbe semplicemente annullabile, bensì addirittura nullo, ai sensi dell'art. 21 *septies* L. n. 241/90.

L'eccesso di potere, d'altro canto, costituisce il vizio tipico dei provvedimenti discrezionali e consiste nella deviazione del potere dagli scopi per i quali lo stesso era stato attribuito all'Amministrazione dalla legge. In altri termini, il provvedimento viziato da eccesso di potere, pur formalmente rispettoso del dettato normativo, ne tradisce in concreto la *ratio*, ponendosi in contrasto con la *voluntas legis* e perseguendo fini che o non sono quelli voluti dalla legge o addirittura sono contrari all'interesse pubblico.

Infine, la formula "violazione di legge" costituisce una indicazione di chiusura, che contiene in sé il contenuto precettivo di ogni norma dell'ordinamento, garantendo il rispetto, da parte dei

provvedimenti, delle norme, di carattere sia formale che sostanziale, inerenti sia il procedimento di formazione che l'applicazione dell'atto, dettate dalle norme attributive del potere.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *octies* (Annullabilità del provvedimento)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. VIZI DEL PROVVEDIMENTO E LORO SANATORIA.

Cosa prevede il secondo comma dell'art. 21 *octies* L. n. 241/90?

Il secondo comma dell'art. 21 *octies* L. n. 241/90 detta una forma di sanatoria processuale del provvedimento amministrativo di per sé viziato.

In particolare, la norma in commento prevede che qualora il provvedimento vincolato venga adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, lo stesso non può in ogni caso venire annullato nel caso in cui risulti palese, proprio in ragione della natura vincolata dello stesso, che il contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Allo stesso modo, ai sensi del secondo periodo del comma, nel caso in cui il provvedimento, vincolato o discrezionale che sia, venga adottato in carenza di comunicazione di avvio del procedimento, l'Amministrazione è ammessa a dimostrare in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento stesso non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. In tal caso, il provvedimento non può essere annullato. Nonostante la norma non fornisca lumi sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la formula utilizzata dal secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies* implica pur sempre che il ricorrente allegi in giudizio i fatti, le circostanze e le considerazioni che, se avesse ricevuto la prescritta comunicazione di avvio, avrebbe posto all'attenzione dell'Amministrazione competente, in sede istruttoria. Soltanto in questo caso, difatti, la stessa Amministrazione può essere considerata in grado di assolvere quell'onere probatorio che la norma in commento le impone, in caso contrario essendo la stessa in ipotesi chiamata a una vera e propria *probatio diabolica* circa l'irrelevanza di qualsiasi, anche solo teorica, allegazione possibile della parte.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *octies*, c. 2 (Annullabilità del provvedimento)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. ANNULLAMENTO D'UFFICIO.

Quali sono i presupposti affinché l'Amministrazione possa procedere ad annullare d'ufficio un proprio provvedimento?

Ai sensi del primo comma dell'art. 21 *nonies* L. n. 241/90, l'Amministrazione può privare di efficacia il proprio provvedimento, con effetti *ex tunc*.

I presupposti dell'annullamento d'ufficio sono espressamente indicati dalla medesima norma e consistono anzitutto nell'illegittimità dell'atto, nonché nella sussistenza di ragioni di interesse

pubblico all'annullamento prevalenti su quelli al mantenimento dell'atto e infine nella tempestività dell'esercizio del potere, che deve avvenire entro un termine ragionevole, oggi comunque non superiore a 18 mesi, dall'emissione dell'atto.

Vale la pena sottolineare che l'annullabilità del provvedimento deve essere valutata alla luce dell'intero testo dell'art. 21 *octies*, tenendo pertanto conto anche del secondo comma della norma e dei casi di sanatoria giurisprudenziale in esso contenuti.

Inoltre, l'interesse pubblico all'annullamento (da dover bilanciare con quelli particolari al mantenimento dell'atto) non possono coincidere con la mera necessità di ripristino della legalità violata, in quanto ciò coinciderebbe con la stessa illegittimità del provvedimento.

Occorre poi precisare che, ai sensi del comma 2 *bis* dello stesso art. 21 *nonies*, i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al DPR n. 445/2000.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *nonies*(Annullamento d'ufficio)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. CONVALIDA DEL PROVVEDIMENTO.

In quali casi si può procedere alla convalida del provvedimento viziato?

La convalida del provvedimento appartiene al novero dei provvedimenti ad effetto conservativo e consiste in una operazione di sanatoria dei vizi di legittimità dell'atto, con effetti *ex tunc*. In particolare, il provvedimento di convalida individua un atto nuovo che si collega a quello convalidato, al fine di mantenerne fermi gli effetti fin dal momento della emanazione del primo, senza che in ciò possa rilevarsi alcuna volontà di riesercizio di attività discrezionale o di amministrazione attiva esercitata per la prima volta, in caso contrario vertendosi in ipotesi di nuovo provvedimento, sostitutivo del precedente, e non di convalida in senso proprio.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 21 *nonies* L. n. 241/90, l'Amministrazione può convalidare il provvedimento illegittimo annullabile, qualora sussistano ragioni di interesse pubblico al suo mantenimento e purché la stessa provveda alla convalida entro un termine ragionevole.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *nonies*, c. 2 (Annullamento d'ufficio)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. REVOCA.

Quali sono i presupposti e gli effetti del provvedimento di revoca?

Ai sensi dell'art. 21 *quinquies* L. n. 241/90, l'Amministrazione può privare di efficacia il proprio provvedimento ad efficacia durevole, con effetti non retroattivi, per sopravvenuti motivi di

interesse pubblico ovvero di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento.

Tranne in ipotesi di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, inoltre, la revoca dell'atto può essere disposta anche in ragione di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Anche la revoca deve essere necessariamente preceduta dalla comunicazione all'interessato dell'avvio del relativo procedimento, il quale è sorretto dal del *contrarius actus* (stessa procedura che ha portato all'adozione e competenza della medesima Autorità).

La revoca in commento va nettamente distinta dalla cd. revoca sanzionatoria (che presuppone la commissione di un illecito da parte del destinatario o il mancato rispetto di un onere previsto dalla legge) e dal mero ritiro (che ha ad oggetto provvedimenti *ab origine* inefficaci).

Principale differenza tra annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21 *nonies*, e revoca è il diverso ruolo attribuito all'affidamento legittimo del privato nell'esercizio dei relativi poteri: nel caso della revoca, difatti, l'affidamento del destinatario non opera come limite all'esercizio del potere, bensì quale parametro di valutazione dell'indennizzo.

L'indennizzo, in particolare, costituisce una sorta di strumento di riequilibrio sotto il profilo economico dell'ampiezza del potere con cui la revoca può essere disposta.

Il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, relativo alle ipotesi in cui la revoca incide sui rapporti negoziali, fissa i criteri di quantificazione dell'indennizzo, che viene parametrato al solo danno emergente, il che si pone pienamente in linea con la natura della responsabilità da atto lecito che connota la posizione dell'Amministrazione nei confronti del soggetto destinatario della revoca.

Vale la pena sottolineare che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *quinquies* (Revoca del provvedimento)

PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO. NULLITÀ.

Quali sono le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo?

La nullità del provvedimento amministrativo trova oggi la sua disciplina nell'art. 21-septies della L. 241/90, introdotta dalla L. 15/2005, che prevede i seguenti casi di nullità:

- Nullità strutturali: per mancanza di uno degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo (sul punto, tuttavia, va specificato che, mancando per il provvedimento amministrativo una norma omologa all'art. 1325 c.c. per i contratti, residuano a oggi ancora molti dubbi circa il numero e l'identità degli "elementi essenziali" dell'atto);
- Nullità testuali: casi di nullità espressamente previsti dalla legge;
- Difetto assoluto di attribuzione: comprende l'incompetenza assoluta (ovvero, quando l'Amministrazione emittente non risulta riconducibile al medesimo plesso organizzativo cui la legge assegna il potere di provvedere) e la carenza in astratto di potere (quando la PA assume di esercitare un potere che, in realtà, nessuna norma le attribuisce), vizi che, proprio in quanto

escludono in radice la stessa sussistenza di alcun potere in capo all'organo emittente, risultano affidati alla giurisdizione del Giudice Ordinario;

- Violazione o elusione di giudicato: l'atto difforme dal giudicato è adottato in carenza di potere (in quest'ultimo caso, la competenza risulta espressamente attribuita, ai sensi dell'art. 21 *septies* L. n. 241/90, prima, e dall'art. 133 D.Lgs. n. 104/2010 ora, alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo).

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 21 *septies* (Nullità del provvedimento)

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Cosa si intende con il concetto di Pubblica Amministrazione?

Il concetto di Pubblica Amministrazione può essere inteso in senso oggettivo ovvero in senso soggettivo.

In senso oggettivo, la nozione di Pubblica Amministrazione fa essenzialmente riferimento all'insieme delle attività svolte da determinati soggetti per la cura concreta degli interessi pubblici, attività che vengono poste in essere in base a specifiche disposizioni di legge e nel rispetto dei fini da questa predeterminati.

In senso soggettivo, invece, per Pubblica Amministrazione si intende l'insieme delle strutture costituite per lo svolgimento di funzioni amministrative. L'individuazione soggettiva dei soggetti che rientrano all'interno del novero delle Pubbliche Amministrazioni risulta operazione particolarmente ardua, non sussistendo infatti nel nostro ordinamento alcuna norma che definisca i caratteri generali di tali soggetti, né un'elencazione tassativa e/o esaustiva degli stessi. Anche le definizioni contenute nell'art. 1, c. 2 D.Lgs. n. 165/2001 e nell'art. 3, c. 26 D.Lgs. n. 50/2016, per quanto utili e valide, hanno quale scopo quello di delimitare, rispettivamente, il campo di applicazione della normativa in materia di lavoro pubblico e il novero delle amministrazioni aggiudicatrici ai fini dell'espletamento di procedure a evidenza pubblica e, in ogni caso, le stesse non risultano neppure esaustive sul punto.

Appare in ogni caso evidente che le due nozioni risultano strettamente intrecciate l'una all'altra, lo svolgimento di funzioni pubbliche implicando la possibilità di annoverare il soggetto all'interno del novero dell'Amministrazione soggettivamente intesa e, parallelamente, non potendosi definire soggettivamente un ente come appartenente alla Pubblica Amministrazione senza valutare l'intrinseca pubblicità dei fini del proprio agire.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 165/2001, 1, c. 2 (Finalità ed ambito di applicazione)

D.Lgs. n. 50/2016, 3, c. 26 (Definizioni)

PUBBLICITÀ E TRASPARENZA.

In cosa consistono e che cosa implicano i principi di pubblicità e di trasparenza?

I principi di pubblicità e trasparenza, infine, sono considerati riconducibili, al pari di quelli sopra analizzati, al disposto dell'art. 97 Cost. ed impongono all'Amministrazione di rendere visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato, dovendo la stessa metaforicamente corrispondere, nella propria azione, a una "casa di vetro", ove tutti gli interessati possano liberamente prendere visione delle condotte poste in essere dai pubblici funzionari e dai pubblici soggetti e in tal modo controllare la regolarità e correttezza della loro attività.

Si tratta, dunque, di valori che ineriscono in modo diretto al rapporto tra governanti e governati, attribuendo a quest'ultimi un potere di valutazione della legalità dell'azione amministrativa.

In sostanza, si tratta di principi che soddisfano l'esigenza di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della PA, alla quale è imposto di pubblicare, comunicare o rendere accessibili notizie, documenti, atti e procedure.

Le applicazioni dei canoni di pubblicità e trasparenza sono numerose: si pensi all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 L. n. 241/90 o all'obbligo di provvedere con provvedimento espresso di cui all'art. 2 della stessa legge, così come al diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Dagli esempi fatti si evince facilmente che i canoni di pubblicità e trasparenza si innestano nel più ampio principio di imparzialità, che impone, tra gli altri, anche garanzie procedimentali a favore dei soggetti privati.

La trasparenza assume un particolare rilievo nell'ambito degli appalti, in cui si lega strettamente al principio di non discriminazione.

Invero, in questo settore sono fondamentali taluni adempimenti, quali l'idonea comunicazione a tutti i concorrenti delle notizie circa il luogo e il tempo di svolgimento delle sedute di gara o la pubblicità delle sedute della Commissione di gara per l'apertura delle buste contenenti le offerte dei partecipanti, la cui inosservanza determina l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva per violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Gli ineludibili principi di pubblicità e trasparenza presidiano, poi, lo svolgimento delle procedure concorsuali, ove è imposto alle commissioni esaminatrici di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio.

Riferimenti normativi

Cost., 97

RAPPORTO DI IMMEDESIMAZIONE E RAPPRESENTAZIONE ORGANICA.

Cosa si intende per rapporto di immedesimazione organica?

Tra persona fisica e persona giuridica, così come tra dipendente e Amministrazione di appartenenza, può talvolta intercorrere un cd. rapporto di immedesimazione organica, con ciò intendendosi quel fenomeno in forza del quale, per mezzo della persona fisica preposta all'organo, la persona giuridica agisce e manifesta all'esterno la sua volontà.

Un modello di imputazione giuridica teoricamente alternativo a quello dell'immedesimazione organica è dato dalla rappresentanza, in forza della quale l'atto emesso dal rappresentante è, in quanto tale, riferibile soltanto allo stesso, sebbene gli effetti giuridici di questo, sempre che l'atto rientri nei limiti delle facoltà conferite dal rappresentato, si imputino direttamente a quest'ultimo.

Tale ultimo modello è concepito per i rapporti coinvolgenti persone fisiche, in quanto presuppone una duplice volontà (quella del rappresentato e quella del rappresentante che pone in essere l'atto). Per tali motivi, il meccanismo della rappresentanza mal si adatta a descrivere il *modus operandi* delle Amministrazioni, così come già più in generale delle persone giuridiche, nelle quali è assente per definizione una volontà autonoma e distinta dalla volontà delle persone che agiscono per conto delle prime.

RELAZIONI ORGANIZZATIVE ALL'INTERNO DELL'AMMINISTRAZIONE: GERARCHIA, DIREZIONE E COORDINAMENTO.

Quali tipi di relazioni organizzative possono intercorrere all'interno dell'Amministrazione?

Tra gli organi di una stessa Amministrazione possono intercorrere rapporti organizzativi di varia natura. I principali di essi, in ogni caso, sono riconducibili alla triade data da gerarchia, direzione e coordinamento.

Il termine gerarchia racchiude in sé tutte le relazioni organizzative che implicano una potestà di sovraordinazione (ordine, indirizzo, avocazione, programmazione ecc.). Presupposto essenziale della gerarchia è dato dalla cd. comunanza di competenze, tra organo superiore e inferiore, nel senso che l'organo superiore deve possedere le stesse competenze oggettive di quelle proprie dell'organo inferiore, più eventualmente ulteriori competenze sue proprie. Corollario tipico del rapporto di gerarchia è dato dalla potestà d'ordine, intesa come possibilità dell'ufficio sovraordinato di prescrivere, attraverso atti generali o puntuali, le modalità di comportamento cui deve attenersi l'ufficio subordinato.

Alla luce del principio di competenza e proprietà delle responsabilità dei funzionari, espresso dal secondo comma dell'art. 97 Cost., quello gerarchico appare nel nostro ordinamento un modello nettamente recessivo.

La relazione di direzione, d'altro canto, consiste in buona sostanza in un rapporto di sovraordinazione, tra due organi, nettamente meno intenso rispetto alla gerarchia ed è caratterizzata dal fatto che l'ufficio sovraordinato è dotato del potere di emanare atti (cd. direttive) con cui, invece di imporre comportamenti, indica semplicemente gli scopi che debbono essere perseguiti, stabilendo nel caso le eventuali priorità, ma lasciando per il resto l'organo inferiore libero di approntare le più opportune scelte finalizzate alla realizzazione dei fini.

Infine, la relazione di mero coordinamento assume essenzialmente rilievo nell'ambito di rapporti di equiordinazione tra organi. In tali casi, non essendovi nessun soggetto superiore all'altro, occorre approntare una apposita struttura in grado di garantire dal pericolo di "scollegamento" delle attività poste in essere dai vari organi, che rischierebbero di pregiudicare l'effettività ed efficacia dell'azione, nonché lo stesso raggiungimento dei fini istituzionali. A tal fine, pertanto, si suole costituire un apposito ufficio, il quale ovviamente non avrà poteri di direzione, ma semplicemente di armonizzazione dell'azione complessiva della PA di riferimento.

RICORSI AMMINISTRATIVI.

In cosa consistono i ricorsi amministrativi e in cosa si differenziano rispetto a quelli giurisdizionali?

Quali differenze intercorrono tra i ricorsi amministrativi ordinari e quello straordinario?

Il DPR n. 1199/71 annovera e disciplina le varie tipologie di ricorsi amministrativi presenti nell'ordinamento, specificandone altresì la procedura.

Il ricorso amministrativo consiste in una procedura impugnatoria avverso atti dell'Amministrazione che si caratterizza per la struttura "interna" del procedimento stesso. Il ricorso, difatti, non viene proposto di fronte a un giudice, ma direttamente all'Amministrazione che ha emesso l'atto di cui ci si duole ovvero ad altra Amministrazione competente per legge.

Diversamente da quanto accade per il ricorso giurisdizionale, pertanto, il rimedio in esame attiene esclusivamente ad atti dell'Amministrazione e non a meri comportamenti od omissioni della stessa.

Nonostante questa limitazione oggettiva, tuttavia, attraverso il ricorso amministrativo la parte può porre all'attenzione del decidente non soltanto vizi o questioni di legittimità, ma altresì di merito, del provvedimento impugnato.

Il ricorso amministrativo viene classicamente suddiviso in due fondamentali categorie, ovvero il ricorso ordinario e il ricorso straordinario.

Il ricorso amministrativo ordinario, che annovera al suo interno il ricorso gerarchico proprio e improprio e il ricorso in opposizione, può proposto contro atti non definitivi dell'Amministrazione, per i quali cioè non sia ancora intervenuta una pronuncia definitiva del soggetto posto in posizione apicale e/o di vertice all'interno dell'Amministrazione.

Qualora l'atto sia divenuto, in questo senso, definitivo, unico rimedio esperire possibile per il soggetto destinatario è rappresentato dal ricorso amministrativo straordinario.

Diversamente da quanto accade per i ricorsi ordinari, tuttavia, il ricorso straordinario è proponibile per soli motivi di legittimità e non di merito, ma lo stesso può essere proposto entro il termine di 120 giorni dalla conoscenza o comunicazione dell'atto, invece dei 30 giorni previsti per i casi di ricorso ordinario.

DPR n. 1199/1971, 1 (Ricorso), 2 (Termine - Presentazione), 7 (Procedimento) e 8 (Ricorso straordinario)

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO.

Quali sono gli elementi caratterizzanti del ricorso gerarchico improprio?

Il ricorso gerarchico improprio rappresenta una tipologia di ricorso amministrativo ordinario. È un rimedio a carattere eccezionale che si propone, pertanto, nei soli casi previsti dalla legge dinanzi ad un'autorità che si trova all'esterno dell'apparato organico del soggetto che ha emesso l'atto impugnato, ma che viene posta da leggi speciali in una posizione peculiare di controllo e, appunto, di sindacato amministrativo, rispetto allo stesso.

Giacché il soggetto decidente non risulta gerarchicamente sovraordinato rispetto all'Amministrazione che ha emesso l'atto di cui si tratta, il ricorso in oggetto è appunto detto "improprio".

L'azione deve essere proposta entro il termine di 30 giorni, dinanzi all'autorità competente, che decide, seguendo la procedura descritta dagli artt. 2-6 del DPR n. 1199/71, entro i successivi 90 giorni. In caso di silenzio, il ricorso si intende respinto e la parte può agire giudizialmente

impugnando l'atto originario e l'atto implicito di diniego oppure proporre ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Al pari del ricorso gerarchico proprio, è possibile domandare un controllo sia di legittimità che di merito, sul provvedimento.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, artt. 1 (Ricorso) ss.

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO GERARCHICO PROPRIO.

Quali sono gli elementi caratterizzanti del ricorso gerarchico proprio?

Il ricorso gerarchico proprio rappresenta una tipologia di ricorso amministrativo ordinario. È un rimedio a carattere generale che si propone dinanzi all'organo gerarchicamente superiore rispetto al soggetto che abbia emesso l'atto di cui si tratta.

Il ricorso deve essere presentato entro il termine di 30 giorni dalla data della notificazione o comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato e in ogni caso da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

L'azione può essere proposta, dinanzi all'autorità gerarchicamente superiore a quella che ha adottato il provvedimento impugnato, o direttamente o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel primo caso, l'ufficio ne rilascia ricevuta; nel secondo, la data di spedizione vale quale data di presentazione. I ricorsi rivolti, nel termine prescritto, a organi diversi da quello competente, ma appartenenti alla medesima amministrazione, non sono soggetti a dichiarazione di irricevibilità e i ricorsi stessi sono trasmessi d'ufficio all'organo competente.

Una volta proposto il ricorso, d'ufficio o su domanda del ricorrente, l'organo decidente può sospendere per gravi motivi l'esecuzione dell'atto impugnato. In ogni caso, il ricorso deve essere deciso entro 90 giorni dalla sua presentazione. Decorso tale termine, senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile ricorso all'autorità giurisdizionale competente, ovvero ricorso straordinario al Capo dello Stato

Attraverso il ricorso gerarchico, è possibile domandare un controllo sia di legittimità che di merito sull'atto.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, 1 (Ricorso) ss.

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO IN OPPOSIZIONE.

Quali sono gli elementi caratterizzanti del ricorso in opposizione?

Anche il ricorso in opposizione, al pari del ricorso gerarchico proprio e improprio, rappresenta una tipologia di ricorso amministrativo ordinario, di cui condivide in linea di massima regole sostanziali e procedurali, tranne speciali disposizioni di legge.

Il rimedio può essere esperito nei soli casi previsti dalla legge, entro il termine di 30 giorni, dinanzi allo stesso organo che ha emesso il provvedimento impugnato. In ciò infatti consiste la differenza precipua rispetto ai casi di ricorso gerarchico, in quanto la domanda è proposta non a diverso organo della stessa Amministrazione o a una diversa Amministrazione con poteri speciali di controllo, ma proprio direttamente allo stesso organo che abbia emesso il provvedimento impugnato.

Anche in questo caso, come nelle ipotesi di ricorso gerarchico, la decisione deve essere assunta entro il termine di 90 giorni, decorsi i quali il ricorso si intende definitivamente respinto, ed è possibile domandare un controllo di legittimità o di merito sull'atto.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, 7 (Procedimento)

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO STRAORDINARIO.

Quali sono le caratteristiche e i presupposti del ricorso straordinario al Capo dello Stato?

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato è l'unica tipologia di ricorso amministrativo straordinario. È un rimedio alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale. Pertanto, qualora il provvedimento venga impugnato attraverso il ricorso straordinario, il ricorrente non potrà poi proporre anche ricorso giurisdizionale avverso il medesimo atto o viceversa.

Il ricorso straordinario può essere esperito nei confronti di atti amministrativi definitivi entro il termine decadenziale di 120 giorni, dinanzi all'Amministrazione che ha emesso il provvedimento impugnato ovvero al Ministero competente. Nel caso in cui l'Amministrazione emittente non faccia capo a nessun Ministero specifico, competente per il ricorso straordinario sarà la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

È possibile domandare esclusivamente un controllo di legittimità sull'atto e non invece, al contrario di quanto accade per i ricorsi ordinari, anche di merito.

Quanto all'ambito oggettivo del sindacato, il ricorso straordinario può essere sostanzialmente proposto le sole materie rientranti nella giurisdizione del Giudice Amministrativo, a esclusione delle controversie vertenti in materia di gare pubbliche e di contenzioso elettorale.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, 8 (Ricorso) e 9 (Termine - Presentazione)

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO STRAORDINARIO. PROCEDURA.

Quali sono le fasi del procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato?

Entro il termine di 120 giorni, la parte deve notificare, nelle forme previste per i ricorsi giurisdizionali, ad almeno un contro interessato e depositare presso il Ministero competente il proprio ricorso, intestato al Capo dello Stato e completo della prova di avvenuta notifica ai destinatari. Nel caso in cui il ricorso sia stato presentato direttamente all'Amministrazione che ha emesso l'atto, quest'ultima lo trasmette al ministero competente.

L'istruttoria sul ricorso è curata dal Ministero. In particolare, ai controinteressati è assegnato un termine di 60 giorni dalla notifica del ricorso per presentare le proprie osservazioni, deduzioni, documenti e per l'eventuale presentazione di ricorso incidentale.

Decorso tale termine, il Ministero termina l'istruttoria entro i successivi 120 giorni e trasmette una relazione al Consiglio di Stato, assieme a tutti i documenti e agli atti che si riferiscono al procedimento. Qualora tale termine sia decorso senza che il Ministero abbia trasmesso la sua relazione, il ricorrente può domandargli se lo stesso sia stato effettuato. Decorsi ulteriori 30 giorni da tale richiesta, lo stesso ricorrente può procedere a depositare personalmente il ricorso presso il Consiglio di Stato.

Quest'ultimo, che si riunisce in sede consultiva, emette il proprio parere sulla questione che oggi, a far data dall'entrata in vigore dell'art. 69 L. n. 69/2009, è vincolante e non può pertanto più essere superato da alcuna azione successiva del Governo, ma deve semplicemente confluire, di solito in forma di allegato, all'interno del decreto del Presidente della Repubblica, che costituisce l'effettivo provvedimento decisorio della controversia.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, 8 (Ricorso) ss.

RICORSI AMMINISTRATIVI. RICORSO STRAORDINARIO. TRASPOSIZIONE DEL RICORSO.

A quali condizioni e in che modo avviene la trasposizione del ricorso straordinario?

Una volta che sia stato notificato il ricorso straordinario, entro i successivi 60 giorni dal ricevimento dello stesso, i controinteressati e le Amministrazioni resistenti possono domandare, con atto di opposizione notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, la trasposizione del ricorso affinché lo stesso venga deciso in sede giurisdizionale.

Qualora il ricorrente raggiunto dall'opposizione intenda insistere nella sua impugnazione, deve pertanto depositare presso la segreteria del Tar competente, entro i successivi 60 giorni dall'opposizione, un atto di costituzione in giudizio, debitamente notificato a controinteressati e Amministrazioni resistenti.

Una volta trasposto, il ricorso assume a tutti gli effetti le vesti di un ricorso giurisdizionale e pertanto il procedimento segue le regole oggi dettate dal D.Lgs. n. 104/2010 e la decisione del Tar potrà essere anche fatta oggetto di appello in Consiglio di Stato.

Vale la pena precisare, tuttavia, che ai sensi dell'art. 48 del Codice, l'eventuale provvedimento cautelare in sede straordinaria perde in ogni caso efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio dinanzi al Tar, ferma restando la possibilità per il ricorrente di riproporre l'istanza cautelare al medesimo giudice della trasposizione.

Riferimenti normativi

DPR n. 1199/1971, 10 (Opposizione dei controinteressati)

D.Lgs. n. 104/2010, 48 (Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario)

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO IN MATERIA DI ACCESSO.

Quali sono le principali caratteristiche del procedimento giurisdizionale in materia di accesso?

Come si struttura complessivamente il rito in materia di accesso?

Ai sensi degli artt. 87 e 116 D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo), il ricorso in materia di accesso si svolge interamente in camera di consiglio ed è deciso con sentenza in forma semplificata *ex art. 74*.

Lo stesso può essere attivato contro le determinazioni e contro il silenzio serbato sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza.

Il ricorso può essere proposto entro 30 giorni dalla conoscenza della determinazione espressa di rifiuto sull'istanza di accesso, ovvero dalla formazione del silenzio sulla stessa serbata dall'Amministrazione.

Il ricorso va notificato necessariamente all'Amministrazione cui era rivolta l'istanza di accesso nonché ad almeno un controinteressato, consistente in linea di massima nel soggetto cui si riferisce l'informazione contenuta nel documento della cui ostensione si tratta.

In esito al giudizio, il Giudice Amministrativo decide con sentenza in forma semplificata e, nel caso, ordina l'esibizione nonché, qualora prevista, la pubblicazione, dei documenti richiesti entro un termine non superiore a 30 giorni.

Se è già pendente un giudizio collegato alla richiesta di accesso, il ricorso avverso il diniego di ostensione documentale può altresì essere proposto con apposita istanza depositata presso la segreteria della sezione cui il ricorso principale è assegnato e in tal caso la decisione sull'accesso è decisa con ordinanza separata ovvero con la stessa sentenza che definisce il giudizio principale.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 74 (Sentenze in forma semplificata), 87 (Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio) e 116 (Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi)

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO IN MATERIA ELETTORALE.

In che cosa si caratterizza il procedimento in materia elettorale?

Il contenzioso sulle operazioni elettorali è disciplinato dagli artt. 126 e ss. D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo).

La giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia è circoscritta alle operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei comuni, delle province, delle regioni e all'elezione dei membri del Parlamento Europeo spettanti all'Italia; non invece di quelle per i due rami del Parlamento, che godono sul punto di autarchia, autonomia e autodichia, come previsto nelle norme regolamentari delle due Camere (art. 12, c. 3 Reg. Cam. e - indirettamente - art. 12, c. 1 Reg. Sen.).

Il rito elettorale è caratterizzato da termini processuali strettissimi, dettati e scanditi dalle regole degli artt. 126 ss. del Codice.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 126 (Ambito della giurisdizione sul contenzioso elettorale) ss.

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO PER OTTEMPERANZA.

Quali sono le funzione e le caratteristiche principali del procedimento per ottemperanza?

Il giudizio di ottemperanza costituisce uno dei riti speciali previsti dal Libro Quarto del Codice Processo Amministrativo ed è espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, ai sensi degli artt. 24 Cost. e 1 D.Lgs. n. 104/2010.

L'ottemperanza costituisce un rimedio posto a disposizione essenzialmente del privato che voglia ottenere da parte dell'Amministrazione rimasta soccombente nel giudizio l'attuazione favorevole del giudicato.

Attraverso tale giudizio, infatti, si mira a ottenere la concreta realizzazione delle disposizioni contenute nella pronuncia giurisdizionale e che debbono essere eseguite dall'Amministrazione e/o dalle altre parti del giudizio.

Il giudice dell'ottemperanza, pertanto, deve essere a oggi considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che trovano nello stesso il proprio presupposto.

L'azione di ottemperanza, si badi, non può certo essere riconducibile a una mera esecuzione del provvedimento giurisdizionale, come invece ad esempio accade per il Terzo Libro del codice di procedura civile, ma si evidenziano in essa profili di diversità, non solo quanto alla tipologia di provvedimenti di cui possa domandarsi al giudice che disponga l'ottemperanza, ma anche in ordine al contenuto stesso che la domanda (e, di conseguenza, la pronuncia finale del giudice) assume in concreto.

Come efficacemente affermato già dall'Adunanza plenaria n. 2/2013, il giudizio di ottemperanza risulta caratterizzato da una intrinseca polisemicità, in quanto, in presenza dei medesimi presupposti (cioè, *decisum* giurisdizionale e necessità di dare al privato una rapida esecuzione del giudicato favorevole), all'interno di un unico procedimento sussistono azioni profondamente diverse tra loro, ora di natura meramente esecutiva ed ora di tipo strettamente cognitoria.

Per tali motivi, attraverso lo strumento dell'ottemperanza può essere concretamente richiesto al giudice:

- l'attuazione di sentenze e provvedimenti a queste equiparate del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi;
- la condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati successivamente al passaggio in giudicato della sentenza;
- il risarcimento dei danni patiti e collegati all'impossibilità ovvero alla totale o parziale mancata esecuzione in forma specifica del giudicato, ovvero in ragione della violazione o elusione dello stesso;
- la declaratoria di nullità di eventuali atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato, in perfetta armonia con quanto disposto dall'art. 21-*septies* L. n. 241/90;

-di fornire i chiarimenti necessari all'esatta conformazione al contenuto del provvedimento giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 114 del Codice, l'azione si propone con ricorso senza previa diffida, notificato all'Amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta, entro il termine di 10 anni dal passaggio in giudicato del provvedimento.

Il giudizio si svolge in camera di consiglio ed è deciso con sentenza in forma semplificata che, in caso di accoglimento, può disporre qualsiasi delle misure specificate al quarto comma dello stesso art. 114.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 112 (Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza) ss.

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO PER OTTEMPERANZA.

Quali tipologie di provvedimenti possono formare oggetto di un'azione per ottemperanza?

Il secondo comma dell'art. 112 D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo) contiene lo specifico elenco dei provvedimenti nei confronti dei quali risulta ammessa l'esperibilità dell'azione di ottemperanza.

In base alla citata norma, pertanto, sono anzitutto suscettibili di ottemperanza le sentenze del Giudice Amministrativo passate in giudicato, nonché le sentenze esecutive e gli altri atti equipollenti del Giudice Amministrativo, contro i quali cioè non sono più ammessi mezzi di impugnazione ordinaria di alcun tipo (essenzialmente, appello ovvero ricorso per Cassazione).

Come chiarito anche dalla giurisprudenza, non possono conseguentemente formare oggetto di ottemperanza, sotto questo punto di vista:

- le sentenze auto-esecutive, giacché in tal caso l'effetto giuridico di interesse del ricorrente originario si realizza già direttamente attraverso l'emanazione da parte del giudice della statuizione (tipicamente, di annullamento), senza che dal giudicato sorgano altresì ulteriori obblighi conformativi in capo all'Amministrazione soccombente;
- le sentenze con le quali il giudice abbia respinto il ricorso del privato, in quanto l'ottemperanza non può essere utilizzata per l'esecuzione di pronunce di rigetto e ciò per l'evidente motivo logico che soltanto i *dicta* di accoglimento possono far legittimamente sorgere obblighi conformativi in capo all'Amministrazione, in caso contrario rimanendo semplicemente immutato l'originario assetto giuridico dei rapporti determinato dall'atto o comportamento amministrativo oggetto del ricorso non accolto.

Sempre ai sensi del secondo comma della citata norma, poi, l'azione di ottemperanza è esperibile altresì per ottenere l'attuazione delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, espressione che intende riferirsi in particolar modo alle sentenze del giudice di primo grado che, pur non ancora passate in giudicato, non siano ancora state appellate (le quali, *ex art.* 33 del Codice) ovvero che, seppur appellate, non siano state sospese ai sensi dell'art. 98 dello stesso Codice.

A seguito della conferma, da parte delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 9 e 10/2013, della natura sostanzialmente giurisdizionale dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato, sono pacificamente annoverati tra le ipotesi in commento anche i decreti che decidono sui medesimi

ricorsi. In tal caso, tra l'altro, l'azione di ottemperanza dovrà essere proposta dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta".

Ancora, l'ottemperanza può essere proposta altresì per domandare l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti a queste equiparati emesse dal giudice ordinario e il cui contenuto di condanna, come ovvio, imponga obblighi in capo all'Amministrazione. Rientrano in tale fattispecie altresì i decreti ingiuntivi non opposti, in quanto anch'essi idonei a definire la controversia, ove divenuti definitivi, e come tali dotati della forza tipica del giudicato (valore di cosa giudicata e preclusione *pro judicato*).

Infine, il rimedio dell'ottemperanza è espressamente previsto anche per l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e dei provvedimenti ad esse equiparati emessi dagli altri giudici straordinari, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, nonché dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 112 (Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza)

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO PER OTTEMPERANZA.

Chi è il giudice competente per il giudizio di ottemperanza?

Il riparto di competenza orizzontale e verticale sul giudizio di ottemperanza è compiutamente definito dall'art. 113D.Lgs. n. 104/2010 e si basa essenzialmente su di tre regole fondamentali.

In linea generale, per i provvedimenti giurisdizionali del Giudice Amministrativo la competenza spetta allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento della cui ottemperanza si tratta.

Tuttavia, qualora la sentenza del primo giudice sia stata totalmente confermata, con identica motivazione, anche in appello, la competenza sull'ottemperanza spetta non al giudice dell'impugnazione, ma al Tar. Questa apparente deroga si pone invero pienamente in linea con il principio fondamentale che regge il riparto di competenza in materia, per cui dell'ottemperanza deve trattare il giudice (inteso come ufficio giudiziario) che abbia effettivamente emesso la sentenza che deve essere attuata. In quest'ultimo caso, pertanto, essendosi il giudice dell'appello sostanzialmente limitato a ribadire quanto già *in primis* specificato dal Tar, sarà quest'ultimo a valutare le più adeguate misure di adattamento alla propria decisione. In ogni caso, la regola in commento consente altresì di deflazionare buona parte del contenzioso dal Consiglio di Stato, distribuendolo sui vari Tar del territorio nazionale.

Infine, nel caso di provvedimenti di giudici diversi da quello Amministrativo, competente è il Tar nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta. A titolo esemplificativo, se si debba portare a esecuzione una sentenza passata in giudicato pronunciata dal Tribunale Ordinario di Cremona, competente sull'ottemperanza sarà il Tar Lombardia, sede distaccata di Brescia, in quanto la circoscrizione del giudice del provvedimento ricade all'interno di quella del Tar bresciano. Di conseguenza, qualora invece l'ottemperanza riguardasse sentenza di giudici superiori, quale la Cassazione, aventi questi tutti sede presso la Capitale, l'ottemperanza verrà discussa dinanzi al Tar Lazio, sede di Roma.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 113 (Giudice dell'ottemperanza)

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO PER OTTEMPERANZA.

Che contenuto può assumere la sentenza che definisca il giudizio di ottemperanza?

Ai sensi del quarto comma dell'art. 114 D.Lgs. n. 104/2010, il giudice dell'ottemperanza, qualora accolga il ricorso, può non solo ordinare l'ottemperanza del contenuto dispositivo del provvedimento, ma anche prescrivere le relative modalità, addirittura specificando se del caso il contenuto stesso del provvedimento da adottare ovvero procedendo ad emanare il provvedimento in luogo dell'Amministrazione.

Il giudice dell'ottemperanza, inoltre, ha il potere di dichiarare nulli gli eventuali atti emessi dall'Amministrazione in accertata elusione o violazione del giudicato ottemperando, ovvero inefficaci i provvedimenti e gli atti emessi in elusione o violazione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti del giudice.

La differente "sanzione" (nullità piuttosto che inefficacia) riservata alle due categorie di atti deriva dal fatto che l'art. 21-*septies* L. n. 241/90 sancisce al nullità dei provvedimenti esclusivamente nel caso in cui gli stessi siano posti in essere in violazione o elusione del giudicato e non dei provvedimenti giurisdizionali in generale, nonché dal carattere tassativo delle cause di nullità nel diritto amministrativo.

Ove occorra, ancora, con la sentenza conclusiva del giudizio il giudice può procedere alla nomina di un commissario *ad acta* incaricato di porre in essere tutte le attività necessaria ai fini della conformazione dell'Amministrazione al *dictum* del giudice.

Infine, salvo che ciò risulti manifestamente iniquo e non sussistano ragioni ostative, la sentenza del giudice dell'ottemperanza può disporre la fissazione di una penalità di mora dovuta per ogni ulteriore ritardo nell'ottemperanza o per ogni ulteriore violazione commessa.

La natura di tale penalità di mora, come ormai da tempo chiarito dalla giurisprudenza (Adunanza Plenaria n. 15/2014), non risulta di tipo risarcitorio, bensì sanzionatorio, avendo la stessa un ambito applicativo completamente diverso da quello proprio dell'art. 614-*bis*pc, applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibili e di non fare. Di conseguenza, il valore della stessa non deve necessariamente essere parametrato nei limiti del danno effettivamente sofferto dal ricorrente in ottemperanza, apparendo mero strumento per così dire deterrente avverso possibili ritardi nel concreto adeguamento alla decisione del giudice.

L'ampiezza dei poteri riconosciuta al giudice amministrativo all'interno del procedimento risulta diretta conseguenza dell'estensione al merito della propria giurisdizione, *ex* art. 134 del Codice, nonché a monte dalla stessa natura polisemica del giudizio di ottemperanza.

L'azione in commento, difatti, non si limita a una mera esecuzione del *dictum* del provvedimento azionato, ma mira soprattutto a specificare l'esatta modalità di adattamento che l'Amministrazione deve assumere, al fine di conformarsi correttamente al contenuto dispositivo dello stesso.

Dopotutto, il giudicato amministrativo non si limita, per sua natura, a specificare l'esatta attribuzione di posizioni giuridiche, affermando chi si sia comportato secondo diritto e chi invece abbia contravvenuto agli obblighi di legge, ma va oltre e in molti specifica altresì come il comportamento delle parti dovrà adeguarsi sì da corrispondere alla *voluntas legis*.

Utilizzando una felice espressione del Consiglio di Stato, “*il giudice amministrativo è il giudice del futuro*” e di quest’ultimo concetto l’ottemperanza rappresenta la più fulgida espressione.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 114 (Procedimento)

RITI SPECIALI. PROCEDIMENTO PER OTTEMPERANZA. DOMANDA RISARCITORIA.

Come e a quale giudice può essere proposta la domanda risarcitoria, all’interno del giudizio di ottemperanza?

Ai sensi del terzo comma dell’art. 112 D.Lgs. n. 104/2010, può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell’ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all’impossibilità ovvero alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato, o ancora derivanti dall’elusione o violazione del giudicato.

Nonostante la norma contempra un’unica azione di risarcimento, la stessa risulta invero connessa a plurimi profili di danno, cui il giudice è chiamato ad apprestare ristoro attraverso la propria pronuncia.

A tal fine, occorre distinguere i cd. danni originari, collegati cioè direttamente al provvedimento amministrativo oggetto della pronuncia ottemperanda, dai danni cd. sopravvenuti, che trovano invece fondamento nella mancata o parziale attuazione della pronuncia. Mentre su quest’ultimi non sorgono dubbi, potendo gli stessi pacificamente formare oggetto di apposita istanza dinanzi al giudice dell’ottemperanza, non pochi problemi hanno destato i danni originari, in ordine alla loro risarcibilità, in quanto in questo modo si azionerebbe in sede di ottemperanza una pretesa non precedentemente manifestata in sede di cognizione.

La successiva soppressione del quarto comma dell’articolo in commento ha tuttavia chiarito in parte le questioni problematiche sottese alla risarcibilità dei danni originari, in quanto è oggi tendenzialmente ritenuto precluso che di questi possa giudicare direttamente il giudice dell’ottemperanza all’interno del connesso procedimento speciale.

La domanda risarcitoria, in questi casi, dovrà invece essere separatamente presentata con apposito ricorso dinanzi al giudice di primo grado ovvero, qualora lo stesso sia anche competente per l’ottemperanza, anche attraverso apposita istanza contenuta all’interno dell’unico ricorso, ma in quest’ultimo caso pur sempre subordinando il giudizio sulla domanda risarcitoria al previo mutamento del rito, da camerale in ordinario, una volta decisa la controversia vertente circa l’ottemperanza della pronuncia ricorso.

La competenza sui danni originari, in altri termini, deve necessariamente essere riferita al giudice di primo grado e mai di appello e ciò per l’evidente ragione per cui in caso contrario la controparte, asserita danneggiante, risulterebbe immotivatamente e illegittimamente privata di un intero grado di giudizio, in evidente disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di immediata contestazione del danno, ai sensi dell’art. 30 c. 5 del Codice. Non può infatti lasciarsi alla libera volontà del danneggiato la scelta di azionare la propria pretesa risarcitoria in un procedimento strutturato in un doppio ovvero in un unico grado di cognizione.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 112 (Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza)

RITI SPECIALI. RITI ABBREVIATI.

Quali sono le principali caratteristiche dei riti abbreviati nel sistema processuale amministrativo?

I riti abbreviati sono individuati dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo.

Si caratterizzano per il dimezzamento dei termini processuali, a eccezione, nel giudizio di primo grado, di quelli per la notificazione del ricorso introduttivo e incidentale, nonché dei motivi aggiunti e dell'appello cautelare.

Se la parte ne fa espressamente richiesta, il giudice pubblica il dispositivo della decisione entro sette giorni dalla decisione della causa.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 119 (Rito abbreviato comune a determinate materie)

PROCEDIMENTI SPECIALI. RITO APPALTI. CARATTERISTICHE.

Quali sono le principali caratteristiche del rito appalti?

La caratteristica peculiare del rito appalti è data dalla particolare celerità del procedimento. Difatti, tutti i termini processuali stabiliti dal Codice del processo, compreso anche quello per la proposizione del ricorso principale e incidentale e dei motivi aggiunti, risultano dimezzati.

Occorre tenere a mente, difatti, che l'intero rito è costruito alla luce dell'esigenza pubblica e sociale di addivenire in tempi brevi a una decisione certa e definitiva sulla controversia, di modo tale da permettere quanto prima l'esecuzione e il completamento dell'oggetto del contratto posto a base di gara.

Proprio per queste ragioni, oggetto tipico della tutela cautelare del rito non è costituito dalla (domanda di) sospensione del provvedimento impugnato ed emesso dalla Stazione Appaltante, bensì la sollecita fissazione della trattazione del merito. Soltanto in casi del tutto eccezionali, di estrema gravità e urgenza, allora il Giudice può effettivamente disporre le ulteriori misure cautelari ritenute opportune nel caso concreto, compresa quindi anche la sospensione del provvedimento.

In ogni caso, il giudizio, ferma la possibilità di sua immediata definizione in esito all'udienza camerale, deve essere deciso con sentenza resa in forma semplificata in esito a un'udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro 45 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, cioè 30 giorni dal ricevimento del ricorso principale all'ultima delle resistenti o controinteressate.

La decisione della causa deve essere pubblicata entro 30 giorni dall'udienza di discussione, ma le parti possono domandare al giudice che il dispositivo venga immediatamente pubblicato, entro 2 giorni dall'udienza, che può essere immediatamente impugnato in appello.

Le regole sopra delineate, si tenga presente, trovano applicazione anche al grado di appello.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 119, cc. 1 lett. a) e 4 (Rito abbreviato comune a determinate materie) e 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

RITI SPECIALI. RITO APPALTI. DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO.

Quali sono i casi in cui è obbligatorio, per il Giudice, dichiarare l'inefficacia del contratto?

In quali casi, invece, lo stesso può decidere se dichiararla o meno?

Ai sensi dell'art. 121 D.Lgs. n. 104/2010 (Codice Processo Amministrativo), il giudice, quando dichiara l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva disposta dalla Stazione Appaltante, annullandola, dichiara obbligatoriamente l'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato se la gara si è svolta senza previa obbligatoria pubblicazione del bando ovvero è stata seguita la procedura negoziata di gara al di fuori dei casi indicati dalla legge.

Tuttavia, qualora la procedura abbia rispettato le indicazioni contenute nel quinto comma della medesima norma, allora non il contratto può essere dichiarato valido mentre nel caso in cui il contratto, pur viziato ai sensi del primo comma, venga considerato efficace o solo temporalmente inefficace, devono essere disposte le sanzioni alternative previste dall'art. 123 dello stesso Codice.

Al contrario, in ogni caso il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto qualora lo stesso sia stato stipulato in violazione del periodo di *stand stille* se ciò, assieme ad altri vizi della procedura, abbia influito sulle possibilità di difesa del ricorrente.

La soluzione espressa dal Legislatore nelle citate norme costituisce il frutto del recepimento nell'ordinamento nazionale delle disposizioni della Dir. 2007/66/Ce, attraverso il D.Lgs. n. 53/2010, che ha anche risolto diversi dubbi in merito alle varie questioni inerenti le interferenze tra la fase dell'aggiudicazione e la fase negoziale.

Al di fuori dei casi fissati dagli articoli 121 e 123, in ogni caso, spetta al Giudice Amministrativo valutare se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto, che può anche essere temporalmente limitata, tenendo conto in particolar modo, come disposto dall'art. 122 del Codice, degli interessi delle parti e dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nell'esecuzione del contratto, purché in quest'ultimo caso il vizio riscontrato, sebbene non rientrante nel novero di quelli previsti dal precedente art. 121, non comporti comunque l'obbligo di rinnovare la gara e che comunque sia stata espressamente proposta la domanda di subentro.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 121 (Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni), 122 (Inefficacia del contratto negli altri casi) e 123 (Sanzioni alternative)

RITI SPECIALI. RITO APPALTI. OGGETTO.

Qual è l'oggetto centrale del processo nel rito appalti?

Oggetto di impugnativa nel rito appalti risultano i provvedimenti e le disposizioni speciali legate ad una procedura di gara compresi anche i provvedimenti dell'ANAC alle stesse relativi, dagli atti

con cui sono definiti i presupposti e criteri di partecipazione e valutazione delle offerte dei candidati sino all'aggiudicazione e approvazione degli atti della procedura.

Nello specifico, possono essere impugnate attraverso tale procedimento già le clausole di bando o di gara (costituenti la cd. *lex specialis* della procedura) che in modo diretto e inequivoco precludano la partecipazione del ricorrente alla competizione.

Quest'ultima affermazione, si tenga presente, appare particolarmente importante, in quanto si pone quale eccezione alla regola generale, valevole per il contenzioso amministrativo, per cui possono essere impugnati esclusivamente gli atti che costituiscano la conclusione di un procedimento avviato dall'Amministrazione. Tuttavia, il principio sopra esposto appare temperato dalla parallela considerazione per cui il giudizio non deve più mirare in modo esclusivo alla mera valutazione della legittimità dei provvedimenti, ma all'analisi della correttezza dell'operato del soggetto pubblico, controllo finalizzato a garantire la soddisfazione di esigenze del ricorrente a ottenere un bene della vita garantito dall'ordinamento.

Per questo motivo, quando la lesione appare già certa, come nel caso di clausole immediatamente escludenti, cioè appunto preclusive della partecipazione del soggetto alla procedura di gara, allora l'atto può e, anzi, deve essere immediatamente impugnato innanzi alla competente autorità giudiziaria.

Oltre alle clausole escludenti, in ogni caso, tipico oggetto del contenzioso in materia di appalti è dato dai provvedimenti che dispongono l'esclusione (ad esempio, per carenza dei requisiti richiesti nel Bando, oppure per anomalia dell'offerta proposta) dei concorrenti.

Ancora, tipicamente nel giudizio in materia di appalti si procede a impugnare il provvedimento con cui la Stazione Appaltante abbia disposto l'aggiudicazione della gara a soggetto diverso dal ricorrente, il quale ritenga tale aggiudicazione ingiusta e illegittima, così come di ogni ulteriore atto a questi connesso, presupposto o consequenziale.

Novità introdotta dall'art. 204, c. 1 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 120 D.lgs. n. 104/2010 (codice processo amministrativo) è oggi necessaria l'immediata impugnazione, entro il termine decadenziale di 30 giorni, dei provvedimenti con cui la Stazione Appaltante determini le esclusioni e le ammissioni dei concorrenti alla gara. Il termine decadenziale per impugnare decorre dal giorno di pubblicazione dell'atto sul profilo del committente, ma resta inteso che la domanda potrà essere proposta esclusivamente nel caso in cui il ricorrente abbia elementi utili e sufficienti per poter argomentare l'illegittimità dell'inclusione degli altri concorrenti. Quando il giudizio ha ad oggetto uno degli atti appena richiamati, lo stesso segue uno speciale procedimento, descritto nel successivo comma 6-*bis*.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

RITI SPECIALI. RITO APPALTI. OPERE STRATEGICHE.

Quali sono le peculiarità proprie del procedimento in materia di appalti, qualora la procedura di gara avesse ad oggetto opere considerate strategiche?

Ai sensi dell'art. 125 D.Lgs. n. 104/2010, in caso di opere strategiche, salva la ricorrenza delle ipotesi contemplate dagli artt. 121 e 123, l'accoglimento del ricorso non comporta, a differenza di quanto normalmente accade, la declaratoria di inefficacia del contratto.

Di conseguenza, inoltre, il risarcimento riconosciuto al ricorrente vincitore può avvenire esclusivamente in forma pecuniaria, cioè per equivalente monetario.

Anche quest'ultimo caso, si badi bene, non deve essere considerato quale condanna risarcitoria della Stazione Appaltante, bensì quale forma alternativa di adempimento agli obblighi sulla stessa incombenti nei confronti del soggetto cui sarebbe dovuta essere legittimamente aggiudicata la procedura di gara.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 125 (Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche e alle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale)

RITI SPECIALI. RITO APPALTI. PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA GIURISDIZIONALE.

Qual è il termine di proposizione della domanda nel rito appalti e da quando tale termine inizia a decorrere?

La domanda giurisdizionale nel rito appalti deve essere proposta entro il perentorio termine di 30 giorni, normalmente decorrenti dalla comunicazione o conoscenza dell'atto che fa sorgere l'interesse al ricorso.

Di solito, tale atto corrisponde con quello di aggiudicazione in favore di un concorrente alla gara, ovvero da quello di esclusione del ricorrente, pur dovendosi sempre tenere conto di quanto specificato dal comma 2 *bis* dell'art. 120 D.Lgs. n. 104/2010.

In caso di aggiudicazione, poi, deve essere sottolineato come l'impugnazione di quella provvisoria risulti sicuramente suggeribile, in quanto maggiormente idonea a tutelare la posizione soggettiva del concorrente, ma non risulta obbligatoria, potendosi al contrario attendere l'emissione della aggiudicazione definitiva. In ogni caso, anche qualora venga impugnata l'aggiudicazione provvisoria, il soggetto rimane onerato ad impugnare obbligatoriamente quella definitiva, attraverso un ricorso per motivi aggiunti.

Qualora poi il bando o gli atti di gara contengano clausole che precludano senza margini di dubbio la partecipazione alla gara del soggetto (cd. clausole escludenti), queste ultime devono essere immediatamente impugunate, non potendosi attendere il provvedimento attuativo di tali statuizioni.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

RITI SPECIALI. RITO APPALTI. SANZIONI ALTERNATIVE.

In cosa consistono le sanzioni alternative alla declaratoria di inefficacia del contratto?

Ai sensi dell'art. 123 del Codice, nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata ai sensi del quarto comma dell'art. 121, il Giudice Amministrativo può applicare, alternativamente o cumulativamente, le sanzioni della riduzione della durata del contratto, ovvero del pagamento di una multa.

Quello attribuito dalla disposizione in commento consiste in un innovativo potere sanzionatorio, da esercitarsi nei casi in cui, nonostante gravi violazioni della procedura di gara, il contratto venga mantenuto fermo in considerazione della sussistenza di esigenze di carattere imperativo, ovvero a fronte della violazione del periodo di *stand still*, qualora la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso efficaci senza influire sulla possibilità, da parte sua, di ottenere l'affidamento.

Su quest'ultimo punto, occorre dar conto del fatto che, ad avviso della giurisprudenza, l'eventuale rigetto del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione non impedisce la prosecuzione del giudizio ai fini dell'eventuale irrogazione delle sanzioni alternative conseguenti alla stipula del contratto senza il rispetto dello *stand still*.

Gli ampi poteri riconosciuti al giudice, che rimane del tutto libero circa la scelta delle misure alternative ritenute più adeguate, confermano l'esercizio da parte dello stesso di una giurisdizione estesa al merito, ai sensi dell'art. 134 del Codice.

Sebbene la questione sia ancora discussa, la tesi prevalente riconosce alle sanzioni in commento natura di cd. "sanzioni processuali", irrogate cioè dall'autorità giudiziaria per violazione di norme di diritto pubblico.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 123 (Sanzioni alternative)

SCIA.

Che natura assume nel nostro ordinamento la Segnalazione Certificata di Inizio Attività?

La Segnalazione Certificata di Inizio Attività, rappresenta uno strumento di liberalizzazione dell'iniziativa economica privata.

Tramite tale strumento, in particolare, il dichiarante attesta la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per il rilascio di autorizzazioni, permessi e nulla osta relativi ad attività imprenditoriali o commerciali.

Presentata la SCIA, il privato può infatti dare immediatamente avvio all'attività. Nel termine di 60 giorni dalla presentazione della SCIA (30 nel settore edilizio), l'Amministrazione controlla l'effettiva sussistenza dei presupposti di legge e può nel caso sospendere o vietare l'attività del privato.

Decorso tale primo termine, l'Amministrazione mantiene immutati gli stessi poteri che deteneva al momento della presentazione della Segnalazione, ma l'esercizio degli stessi è subordinato, ai sensi del quarto comma dell'art. 19 L. n. 241/90, al rispetto dei requisiti previsti per l'esercizio del potere di autotutela.

La SCIA rappresenta pertanto un atto formalmente e sostanzialmente privato e non un provvedimento amministrativo, neppure tacito. Ai fini dell'esercizio dei poteri inibitori sull'attività oggetto di SCIA, il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 *nonies* e richiamato dall'art.

19, c. 4 L. n. 241/90, come già affermato da parte della giurisprudenza e poi confermato a livello legislativo, per la materia edilizia, dal cd. Decreto SCIA 2 (D.Lgs. n. 222/2016) decorre non dalla presentazione della stessa, ma dalla scadenza del termine previsto per l'esercizio dei poteri ordinari di verifica da parte dell'Amministrazione competente.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 19 (Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA)

SILENZIO AMMINISTRATIVO

Cosa si intende per silenzio della Pubblica Amministrazione?

Quali conseguenze possono derivare dal silenzio serbato dall'Amministrazione?

Il silenzio della PA è un comportamento omissivo tenuto dall'Amministrazione a fronte di uno specifico dovere legale di provvedere entro un termine prestabilito (artt. 2, cc. 1 e 5 L. n. 241/90).

In particolare, la mancata pronuncia espressa da parte dell'Amministrazione, alla scadenza del termine fissato dalla legge o dal regolamento per la conclusione del procedimento, può dar vita a due forme di silenzio, da tenere distinte tra loro: il silenzio-inadempimento e il silenzio significativo.

Il silenzio inadempimento ricorre nel caso in cui la legge o il regolamento preveda il dovere da parte dell'Amministrazione di pronunciarsi in via espressa. Tale situazione è l'unica che autorizza il singolo all'esperimento dell'azione avverso il silenzio prevista dall'art. 31 del Codice del Processo Amministrativo.

In tutti gli altri casi, al silenzio dell'Amministrazione viene collegato dalla legge uno specifico e determinato effetto provvedimentale o, detto in altri termini, la legge permette all'Amministrazione di provvedere pur non compiendo alcuna attività di amministrazione attiva.

Il silenzio significativo, poi, può assumere in concreto due effetti diversi, in senso cioè positivo ovvero negativo per il destinatario dell'attività amministrativa.

Ai sensi dell'art. 20 L. n. 241/90, nei procedimenti ad istanza di parte il silenzio dell'Amministrazione competente equivale al provvedimento di accoglimento. Il meccanismo del silenzio assenso rappresenta uno strumento di semplificazione amministrativa e costituisce oggi l'effetto tipico generale conseguente al silenzio dell'Amministrazione, che trova pertanto applicazione in tutti i casi non diversamente disciplinati dalla legge, ovvero ancora in quelli previsti dal quarto comma della stessa norma.

Nei soli casi tassativamente previsti dalla legge, infine, il silenzio dell'Amministrazione equivale al rigetto dell'istanza, dando vita al meccanismo del cd. silenzio rigetto.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 2, cc. 1 e 5 (Conclusione del procedimento) e 20 (Silenzio assenso)

SILENZIO DEVOLUTIVO.

Cosa si intende per silenzio devolutivo?

Ai sensi dell'art. 17 L. n. 241/90, qualora per l'adozione di un provvedimento sia prescritta la preventiva acquisizione di valutazioni tecniche di appositi organi o enti e questi non provvedano entro il termine all'uopo fissato dalla legge o dal regolamento, il responsabile del procedimento deve procedere ad affidare il compito di emettere tale valutazione ad altri organi o enti dotati di capacità tecnica equipollente.

Il meccanismo descritto dalla norma va sotto il nome di "silenzio devolutivo", in quanto l'inerzia dell'Amministrazione inizialmente incaricata dell'espletamento di attività tecnica prodromica all'emanazione di un provvedimento non comporta alcun effetto in senso positivo o negativo per il suo destinatario, non trattandosi di attività di amministrazione attiva, né un mero *vulnus* procedimentale, affiancabile ai casi di silenzio inadempimento, bensì semplicemente la conseguente devoluzione dell'incarico ad altro diverso organo o ente.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 17 (Valutazioni tecniche)

SILENZIO TRA AMMINISTRAZIONI.

In che cosa consiste il sistema del silenzio tra Amministrazioni previsto dall'art. 17 *bis* L. n. 241/90?

Ai sensi dell'art. 17 *bis* L. n. 241/90, nei casi in cui sia prevista l'acquisizione di atti di assenso, concerto o nulla osta, per l'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi di competenza di altre Amministrazioni, e il soggetto competente non adempia nei termini previsti dalla legge o dal regolamento, l'atto di assenso, concerto o nulla osta si intende acquisito.

La norma in commento, introdotta con la cd. Legge Madia del 2015, contiene in sostanza una disciplina speciale di silenzio assenso applicabile per la formazione e l'acquisizione di atti endoprocedimentali tra le Amministrazioni pubbliche.

Come noto, difatti, finalità principale della disciplina del silenzio significativo è quella di evitare che la stasi amministrativa possa pregiudicare l'efficienza del sistema, *in primis* economico, dell'ordinamento, obiettivo che viene per l'appunto raggiunto attribuendo alla medesima inerzia un effetto di carattere provvedimentale, mediante l'equiparazione fra il silenzio dell'Amministrazione ed il provvedimento di segno positivo.

L'effetto dirompente della norma in esame è tanto più evidente se si pone mente all'ambito oggettivo della stessa, che appunto riconosce l'effetto assentivo in tutti i casi di atti endoprocedimentali consistenti in assensi, concerti o nulla osta comunque denominati, compresi tra l'altro anche qualora competenti su tali atti siano Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

Non sono tuttavia ricompresi nell'ambito oggettivo dell'art. 17 *bis* le valutazioni tecniche, se altamente specialistiche e che non prevedano valutazioni di raffronto tra interessi pubblici e interessi secondari, né i pareri i quali, se facoltativi od obbligatori, ma non vincolanti seguono la regola dell'art. 16 e pertanto devono essere emessi entro il termine generalmente di 20 giorni, decorso il quale si procede attraverso il meccanismo del silenzio devolutivo.

Riferimenti normativi

L. n. 241/90, 17 *bis* (Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici)

SOCIETÀ *IN HOUSE*.

Quali sono le caratteristiche essenziali e lo scopo delle società *in house*?

La società *in house* è una figura delineata a livello europeo e rappresenta essenzialmente uno strumento di affidamento di contratti pubblici alternativo all'*outsourcing* e al partenariato pubblico-privato.

In altri termini, il soggetto pubblico, per soddisfare i propri bisogni istituzionali, può decidere di non affidare all'esterno l'incarico avente ad oggetto lavori, servizi o forniture, ma procedere a realizzare gli stessi attraverso risorse interne, con una operazione di cd. *insourcing*, appunto attraverso una società *in house*.

Caratteristica essenziale della società *in house*, evincibile anche dalla stessa *ratio* che caratterizza la figura, è data dalla situazione peculiare che lega la stessa all'Amministrazione aggiudicatrice, che esercita su di essa un controllo di tipo analogo rispetto a quello vantato sui propri uffici.

La società *in house*, inoltre, al fine di poter essere considerata valido soggetto destinatario della commessa pubblica in *insourcing* deve altresì svolgere la maggior parte della propria attività (almeno l'80% dell'intero valore dell'attività, per essere più precisi) in favore dell'Amministrazione aggiudicatrice.

A differenza di quanto accadeva in passato, tuttavia, non risulta più necessario altresì che l'Amministrazione detenga una partecipazione totalitaria all'interno della stessa società, essendo sufficiente che la partecipazione garantisca in ogni caso quel controllo analogo cui si è fatto sopra riferimento, in quanto risulta superata la concezione per cui la compartecipazione, ancorché minima, di capitale privato distolga automaticamente il soggetto dal fine essenzialmente pubblico che giustifica la deroga all'affidamento esterno dei contratti dell'Amministrazione.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 192 (Regime speciale degli affidamenti *in house*)

STAND STILL PERIOD.

Cosa si intende per periodo di *stand still*?

Il nostro ordinamento prevede due termini di *stand still* (letteralmente, "stasi" in inglese) ed entrambi mirano ad assicurare che l'eventuale proposizione di un ricorso avverso l'atto di aggiudicazione o diversi atti di gara, in grado pertanto di porre in discussione la legittimità dell'affidamento, non comporti la necessità di sospendere la validità del contratto già eventualmente stipulato, potendosi al contrario procedere dapprima, attraverso il rimedio giustiziale, ad accertare chi dovesse essere l'effettivo aggiudicatario della procedura e soltanto in seguito a stipulare effettivamente il contratto.

Più nello specifico, una volta emesso e comunicato ai concorrenti il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in esito alla procedura ad evidenza pubblica, la Stazione Appaltante non può procedere alla stipula del contratto con l'aggiudicatario prima del decorso di un periodo di 35 giorni (primo periodo di *stand still*, anche detto *stand still* sostanziale).

Questo primo termine, si faccia caso, è esattamente pari a 30 giorni, ovvero il termine previsto dall'art. 120 del Codice del processo Amministrativo per la proposizione del ricorso in materia appalti, più 5 giorni per il ricevimento della notifica dell'atto. Il che comprova ulteriormente la funzione che è chiamato ad assumere il meccanismo in commento.

Si tenga però presente che, ai sensi del quarto comma dell'art. 120 D.Lgs. n. 104/2010, qualora la Stazione Appaltante fruisca del patrocinio dell'Avvocatura di Stato, ai fini dell'operatività della suddetta sospensione, è necessario che il ricorso venga notificato, oltre che all'Avvocatura, anche alla sede reale della stessa Stazione Appaltante.

Qualora poi il ricorso avverso l'aggiudicazione contenga altresì contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla Stazione Appaltante e per i successivi 20 giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado; in caso contrario la sospensione si protrae sino alla pronuncia di detti provvedimenti (secondo periodo di *stand still*, anche detto *stand still* processuale).

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 104/2010, 120 (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

D.Lgs. n. 50/2016, 32 (Fasi delle procedure di affidamento)

SUBAPPALTO.

In cosa consiste il contratto di subappalto, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica?

Il contratto di subappalto attiene alle vicende esecutive del contratto di appalto aggiudicato e già stipulato e costituisce una deroga alla generale regola secondo cui i soggetti affidatari sono tenuti a eseguire in proprio le opere e i lavori.

Nel caso di subappalto, infatti, le prestazioni contrattuali vengono materialmente eseguite direttamente dal subappaltatore attraverso la propria azienda e in ciò consiste la principale differenza tra il subappalto e l'avvalimento.

Nel primo caso, il soggetto aggiudicatario partecipa alla gara attraverso le proprie qualifiche e soddisfacendo i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali richiesti dagli atti costituenti la *lex specialis* di gara, ma fa eseguire materialmente parte delle operazioni oggetto di contratto a un diverso soggetto.

Nel caso dell'avvalimento, invece, il concorrente partecipa alla procedura ad evidenza pubblica pur non soddisfacendo, di per sé, i requisiti richiesti dalla gara, ma a tal fine ottenendo l'ausilio di un altro soggetto, con cui intrattiene un rapporto negoziale per cui il secondo presta propri mezzi o proprie qualifiche, che unite a quelle del concorrente permettono allo stesso di soddisfare i requisiti prescritti dalle regole di gara. In quest'ultimo caso, quindi, il concorrente esegue

personalmente e direttamente l'intero oggetto del contratto, semplicemente però avvalendosi anche di mezzi e requisiti propri dell'impresa ausiliaria.

La Stazione Appaltante deve specificare nel bando e nel progetto di gara quali prestazioni siano subappaltabili e ogni concorrente, alla luce delle regole introdotte con il Nuovo Codice Appalti, di cui al D.Lgs. n. 50/2016, è obbligato a indicare fin da principio il nominativo di fino a tre soggetti cui intenda affidare in subappalto le opere, che costituiscono la cd. terna di subappaltatori.

Riferimenti normativi

D.Lgs. n. 50/2016, 105 (Subappalto)