

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Catania sez. III

Data: 25/07/2017

n. 1942

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - in genere

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2532 del 2016, proposto da: Poliservice s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con le imprese PFE S.p.A., OSCAR BRILL soc. coop. a r.l. e DIVERSI SERVIZI INTEGRATI soc. coop. sociale, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Libranti in Catania, c.so Italia, 172;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale n. 7 di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Consoli, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Vallone in Catania, via Simili, 14;

nei confronti di

Euro & Promos FM soc. coop. P.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Paviotti, Fabrizio Paviotti, Salvatore Cittadino, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Cittadino in Catania, via O.Scammacca, 23/C;

per l'annullamento

- della determinazione del Direttore generale dell'ASP n. 7 di Ragusa n. 1576 del 30.06.2016, con la quale è stata disposta la (ri)costituzione della Commissione giudicatrice per la valutazione dell'offerta e dei giustificativi presentati dalla società Euro&Promos, nell'ambito dell'appalto per l'affidamento del "Servizio quinquennale di pulizia e servizi aggiuntivi diversi nei locali sede di Presidi Ospedalieri, Presidi Sanitari, Uffici Amministrativi e altri Presidi dell'ASP di Ragusa. Lotto unico";
- dei verbali delle sedute della Commissione del 26 luglio 2016, 13 settembre 2016, 11 e 19 ottobre 2016;
- della nota ASP prot. n. U-0028303 del 9 novembre 2016, con la quale l'ASP ha comunicato al RTI Poliservice la conclusione dei lavori di verifica dell'offerta della Euro&Promos ed ha trasmesso il verbale n. 4 del 19 ottobre 2016;
- del procedimento di verifica della congruità dell'offerta della Euro&Promos, compresa la richiesta di - ulteriori - informazioni rivolta dall'ASP alla Euro&Promos con nota prot. U-002338 del 14 settembre 2016 (e, in quanto occorra, dei chiarimenti forniti dalla Euro&Pro-mos) e, quindi, del giudizio finale di non anomalia dell'offerta della Euro&Promos;

e per la condanna dell'ASP n. 7 di Ragusa al risarcimento in forma specifica, con pronuncia di inefficacia del contratto stipulato tra ASP e controinteressata e subentro del RTI ricorrente e, ove detto subentro non fosse più possibile, al risarcimento per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale N. 7 di Ragusa e della Euro & Promos FM soc. coop. P.A.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2017 la dott.ssa Giuseppa Leggio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

Il raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Poliservice s.r.l. (Capogruppo) - PFE s.p.a. - Oscar Brill s.c.a.r.l. - Diversi Servizi integrati soc. coop. sociale partecipava alla gara indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale n. 7 di Ragusa per l'affidamento del servizio quinquennale di pulizia e servizi aggiuntivi diversi nei locali sedi di Presidi Ospedalieri, Presidi Sanitari, Uffici Amministrativi e altri Presidi, collocandosi al terzo posto della relativa graduatoria con punti 82,4838, preceduta dalla CO.L.SER. servizi s.c.a.r.l. (con punti 83,6200) e dalla Euro & Promos FM soc. coop. (punti 88,6929), concorrente cui veniva affidato il servizio.

La soc. Poliservice, con ricorso a questo T.A.R., impugnava gli atti di gara nella parte in cui, rispettivamente, al R.T.I. da essa guidato era stato attribuito un punteggio a suo avviso inferiore a quello spettantegli, e la concorrente divenuta aggiudicataria era stata ammessa in gara.

Veniva inoltre impugnato il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata e, ove intervenuta, la verifica dei suoi requisiti di partecipazione.

Con sentenza n. 2512/2015 questa Sezione accoglieva in parte il ricorso, accertando che alla ricorrente competeva il secondo posto nella graduatoria; venivano però respinti tanto il ricorso incidentale proposto dall'odierna controinteressata, quanto i rimanenti mezzi del ricorso principale proposto da Poliservice.

Avverso la detta sentenza veniva proposto appello, con il quale la ricorrente riproponeva i motivi di doglianza respinti dalla Sezione.

Con sentenza n. 178 del 17 giugno 2017, il C.G.A.R.S. accoglieva l'appello proposto dalla ricorrente limitatamente alla censura di difetto di motivazione e d'istruttoria del giudizio di anomalia dell'offerta della controinteressata, sollevata nell'ambito del quarto motivo del ricorso di primo grado, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annullava la valutazione di non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria effettuata dalla stazione appaltante, con obbligo a carico dell'Amministrazione di " *rinnovare le proprie valutazioni conclusive del giudizio di anomalia prendendo espressamente in motivata considerazione, previa le verifiche istruttorie del caso, le giustificazioni addotte dall'aggiudicataria, senza mancare di esaminare anche le controdeduzioni critiche svolte dall'attuale ricorrente*".

La stazione appaltante disponeva pertanto, con delibera D.G. n. 1576/2016, la ricostituzione della Commissione giudicatrice per la nuova valutazione dell'anomalia, all'esito della quale veniva confermato il giudizio di non anomalia dell'offerta di Euro&Promos.

Con il ricorso in esame, la ricorrente ha impugnato la rinnovata valutazione di non anomalia effettuata dalla stazione appaltante, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, ritenendola palesemente elusiva e/o violativa del giudicato nascente dalla sentenza del CGA n. 178/2016, alla quale la stazione appaltante non avrebbe di fatto dato esecuzione, se non in maniera meramente formale ed apparente.

Poliservice ha riproposto altresì la domanda risarcitoria, al fine di ottenere il risarcimento in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

La ricorrente ha riferito, inoltre, di avere proposto ricorso per l'ottemperanza della sentenza n. 178/2016 innanzi al CGA.

Si sono costituiti in giudizio l'ASP n. 7 di Ragusa e la controinteressata Euro & Promos, chiedendo il rigetto del ricorso.

In vista dell'odierna udienza pubblica di trattazione del ricorso le parti hanno depositato memorie.

Il ricorso è inammissibile.

Secondo l'art. 21 -septies, l. n. 241 del 1990, riprodotto nel c.p.a. (art. 114, co. 4, lett. b), il provvedimento violativo del giudicato è nullo. La conseguenza è che contro di esso non va attivato un nuovo giudizio di cognizione, ma il giudizio di ottemperanza nel termine di prescrizione dell'actio iudicati.

L'intento del nuovo codice di concentrare nel giudizio di ottemperanza tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato, in relazione alla sua esecuzione, non si spinge, come è noto, sino al punto di affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, debba essere portato davanti al giudice dell'ottemperanza; infatti il c.p.a. dispone che presupposto per il giudizio è una inottemperanza, e che ci si rivolge al giudice dell'ottemperanza oltre che in caso di inerzia totale o parziale, in caso di atti violativi o elusivi del giudicato.

Laddove l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o violativo, ma autonomamente lesivo, perché copre spazi lasciati in bianco dal giudicato, va azionato il rimedio del ricorso ordinario.

In tal senso si è pronunciata la prima giurisprudenza successiva al c.p.a. (cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 114, co. 3, c.p.a.), osservando che, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'oggetto del giudizio di ottemperanza non sia qualsivoglia provvedimento amministrativo adottato dopo la sentenza del giudice e relativo al contenzioso oggetto del pregresso giudizio di cognizione, ma sia la verifica della corretta attuazione del giudicato (art. 34, co. 1, lett. e), art. 112, co. 1, c.p.a.), e dunque la verifica se il soggetto obbligato ad eseguire la sentenza vi abbia o meno dato puntuale esecuzione (cfr. Cons. St., ad. plen., 9 marzo 2011, n. 2; sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363).

Facendo applicazione dei su esposti principi alla vicenda in esame, risulta evidente che tutte le censure proposte dalla ricorrente sono dirette ad evidenziare la mancata ottemperanza da parte dell'ASP di Ragusa al giudicato nascente dalla sentenza n. 178/2016 del CGA.

Così avviene laddove la ricorrente lamenta che la Commissione ha richiesto ulteriori chiarimenti alla Euro& Promos, mentre " *sulla base della sentenza del CGA, ...avrebbe semplicemente dovuto limitarsi a valutare le giustificazioni a suo tempo presentate da Euro&Promos*"; ed inoltre che la Commissione non avrebbe tenuto presenti - come aveva imposto il CGA - " *le deduzioni afferenti il 4° motivo di ricorso del RTI Poliservice (relativo al giudizio di congruità dell'offerta di Euro&Promos)*"; e ancora laddove afferma che la ricostituita Commissione non avrebbe tenuto conto di quanto affermato dal CGA in ordine alle voci di cui al punto "C. Benefici derivanti da agevolazioni contributive previste dalla legge 407/90, in caso di assunzione di personale disoccupato (legge Fornero 2012)" e al punto "E (Utile d'impresa)"; nonché, infine, laddove la Commissione avrebbe omesso " *di considerare - in palese violazione della sentenza del CGA - le apposite censure dedotte dal RTI Poliservice, con cui si evidenziava come fosse erronea ed illogica la pretesa di giustificare il minor assenteismo, rispetto a quello FISE (6,50%), adducendo un minor tasso di assenteismo aziendale.*"

Ne consegue che l'azione proposta dalla parte ricorrente deve essere qualificata ex art. 32 c.p.a. come azione di esecuzione, e, pertanto, di competenza del Giudice dell'ottemperanza e non del Giudice adito, con la precisazione che è irrilevante che, come evidenziato dalla ricorrente durante l'odierna discussione della causa, Poliservice abbia chiesto in questa sede l'annullamento degli atti impugnati, atteso che ciò dipende esclusivamente dal rito prescelto e non vincola il giudice nella qualificazione dell'azione, che avviene sulla base dei suoi elementi sostanziali (art. 32 c.p.a.).

La ricorrente, invero, conclude affermando che *"Alla luce di quanto sopra, quindi, è evidente la palese violazione e/o elusione della sentenza n. 178/2016 del CGA, con conseguente illegittimità degli atti adottati in apparente esecuzione di detta sentenza."*

Deve dunque concludersi per l'inammissibilità del ricorso, con compensazione delle spese di lite in ragione delle peculiarità della fattispecie.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Giuseppa Leggio, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 25 LUG. 2017.

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Napoli sez. I

Data: 30/11/2016

n. 5543

Classificazioni: CAMPANIA - Legislazione regionale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3939 del 2016, proposto da:
Associazione Contribuenti Italiani Contribuenti.It, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato
Raffaele D'Alessio C.F. DLSRFL79P06F839H, con domicilio eletto presso
lo studio Carlomagno - Low Firm, in Napoli, via Roberto Bracco, 45;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Beatrice Dell'Isola C.F. DLLBRC70A42H703N, con
domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale, in Napoli, via S.
Lucia, 81;

U.T.G. - Prefettura di Napoli, in persona del legale rappresentante
p.t., non costituito in giudizio;

per l'ottemperanza

alle sentenze n. 5222/2012 e n. 4020/2014 del T.A.R. Campania,
Napoli, Sez. I

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2016 il

dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO

Con ricorso n. 4691/2012 l'Associazione Contribuenti Italiani impugnava il provvedimento 0507656/2012 del 3 luglio 2012 della Giunta Regionale della Campania - Area generale di Coordinamento - Servizio economico - Settore regolazione dei mercati, con cui veniva respinta l'istanza della ricorrente volta all'iscrizione nell'elenco regionale delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 4 della L. Reg. n. 19/2002.

Nello specifico, con l'impugnato provvedimento la Regione Campania, rappresentando lo stato dell'iter di approvazione del regolamento di attuazione della legge regionale n. 19/2002, ancora in corso, riscontrava la suddetta istanza comunicando che *"al momento, non si potrà accedere all'iscrizione di codesta Associazione nel su citato Elenco fino all'approvazione consiliare del Regolamento"*.

L'argomentazione reiettiva veniva contestata dall'associazione ricorrente in base alla considerazione che l'approvazione del regolamento è necessaria solo per disciplinare l'erogazione dei contributi in favore delle associazioni iscritte (cfr. art. 6, ultimo comma, della citata legge regionale) mentre, al contrario, l'istituzione dell'elenco non richiede alcuna norma attuativa poiché risultano compiutamente disciplinate dalla legge regionale le condizioni per l'iscrizione, è prevista l'immediata ammissione ai sensi dell'art. 5 (norma transitoria) delle associazioni dei consumatori e degli utenti già costituite alla data di entrata in vigore della legge e, altresì, contenendo la legge regionale esplicita dichiarazione di urgenza all'art. 9 con espressa previsione di entrata in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione sul BURC.

Il ricorso veniva accolto da questo T.A.R. con sentenza n. 5222/2012, previa qualificazione del rimedio come gravame proposto avverso il silenzio - rifiuto ex artt. 31 e 177 c.p.a. sulla predetta richiesta di iscrizione; per l'effetto, la Regione Campania veniva condannata a pronunciarsi sull'istanza entro il termine di 120 giorni dalla notifica della pronuncia, oltre a rimborsare il contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

La sentenza non veniva impugnata dalla Regione Campania e, pertanto, passava in giudicato. Con successivo ricorso in ottemperanza iscritto al numero di registro generale 2318/2014 l'associazione ricorrente lamentava la mancata esecuzione della predetta sentenza n. 5222/2012, instava per la nomina di un commissario *ad acta* e per la condanna dell'ente al pagamento delle penalità di mora. Il gravame veniva accolto da questa Sezione con sentenza n. 4020/2014 con l'assegnazione di un termine di 30 giorni per provvedere sulla istanza; per quanto rileva in questa sede, il Tribunale ribadiva l'obbligo della Regione di adottare un provvedimento definitivo sulla istanza della ricorrente senza attendere l'emanazione del regolamento attuativo della norma di legge regionale.

Con la medesima sentenza n. 2318/2014 veniva inoltre accolta la richiesta avanzata dalla parte ricorrente di condanna della Regione al pagamento delle spese processuali, al rimborso del contributo unificato ed accessori di legge, al pagamento delle penalità di mora e veniva nominato, in caso di perdurante inerzia, come commissario *ad acta* il Prefetto di Napoli con facoltà di delega.

Neppure la sentenza n. 4020/2014 veniva appellata e, pertanto, anche tale pronuncia passava in giudicato.

Con il ricorso in trattazione iscritto al numero di registro generale 3939/2016 l'associazione lamenta il perdurante inadempimento opposto dalla Regione che, con nota prot. n. 291061 del 28 aprile 2015, ha affermato di non poter disporre l'iscrizione della ricorrente nel citato elenco ex art. 4 della L. Reg. 19/2002 per le seguenti ragioni:

- non è stato istituito il Comitato Regionale Consumatori Utenti (CRCU) di cui all'art. 2 della L. Reg. n. 19/2002;

- non è stato ancora formato l'elenco regionale delle associazioni dei consumatori e degli utenti a causa della mancata approvazione del regolamento esecutivo della L. Reg. n. 19/2002, sebbene il relativo iter approvativo abbia avuto inizio nel 2007.

La Regione aggiunge che, per poter partecipare ai programmi finanziati dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), è necessaria l'iscrizione nell'elenco delle associazioni nazionali facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU); pertanto, prosegue l'ente, l'unico strumento di collaborazione e coordinamento attivato con le associazioni campane di tutela dei consumatori è il "Tavolo di Lavoro" al quale la ricorrente è stata invitata a partecipare unitamente alle altre associazioni di consumatori e, pertanto, non vi sarebbe alcuna disparità di trattamento.

Tali considerazioni, secondo l'amministrazione, elidirebbero ogni necessità di nomina di un commissario *ad acta* che, ove pure designato, incontrerebbe i medesimi limiti che, al momento, impediscono l'evasione della richiesta di iscrizione.

L'istante lamenta il contegno elusivo dell'amministrazione regionale che si sarebbe limitata a riproporre la tesi già respinta da questo T.A.R. con le richiamate pronunce n. 5222/2012 e 4020/2014, secondo cui l'iscrizione all'elenco regionale richiederebbe la previa approvazione del regolamento di esecuzione della L. Reg. n. 19/2002.

Chiede pertanto a questo Tribunale di ribadire, eventualmente a chiarimento delle sentenze per cui è ricorso, che la Regione è tenuta a valutare l'istanza di iscrizione nell'elenco di cui all'art. 4 della citata legge regionale indipendentemente dall'emanazione di un regolamento esecutivo, con nomina di un diverso commissario *ad acta*, condanna al pagamento delle *astreintes*, delle spese processuali, rimborso del contributo unificato dei precedenti giudizi e delle spese del giudizio in esame, per il quale chiede l'attribuzione al procuratore antistatario. Si è costituita la Regione Campania che ribadisce la legittimità del proprio operato riportandosi alle ragioni illustrate nella nota prot. n. 291061 del 28 aprile 2015.

L'amministrazione ritiene di aver dato puntuale esecuzione alle sentenze n. 5222/2012 e n. 4020/2014 4020/201 mediante l'invito rivolto alla ricorrente a partecipare alle riunioni del Tavolo di Lavoro delle associazioni riconosciute dal MISE ai sensi dell'art. 137 del D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo).

Alla camera di consiglio del 9 novembre 2016 il ricorso è passato in decisione.

Diritto

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Le ragioni reiettive della richiesta di iscrizione dell'associazione ricorrente nell'elenco di cui all'art. 4 della L. Reg. n. 19/2002 ed illustrate nella nota della Giunta Regionale prot. n. 291061 del 28 aprile 2015 consistono, ancora una volta, nella mancata approvazione del regolamento esecutivo della citata legge regionale e, altresì, nella mancata istituzione del Comitato regionale degli utenti e dei consumatori di cui all'art. 2 della medesima legge.

3. Ebbene, quanto al primo profilo (mancata approvazione del regolamento esecutivo), trattasi di un profilo già esaminato nelle precedenti sentenze di questo T.A.R. n. 5222/2012 e n. 4020/2014 - inoppugnate dalla Regione Campania e passate in giudicato - che hanno ribadito l'inconsistenza dell'argomentazione. In particolare, nell'ultima sentenza il Tribunale ha espressamente ordinato alla Regione Campania di adottare un provvedimento definitivo sull'istanza della ricorrente "*senza attendere l'emanazione di un regolamento attuativo della norma di legge regionale che prevede l'istituzione di un elenco regionale delle associazioni di cui si tratta*".

4. La riproposizione, quindi, di tale ragione ostantiva già confutata in precedenti pronunce divenute irrevocabili costituisce attività manifestamente elusiva del giudicato ed è, pertanto, affetta da nullità ai sensi dell'art. 21 septies della L. n. 241/1990 e dell'art. 114, comma 4, lett. b) del cod. proc. amm..

5. Quanto al secondo segmento motivazionale (mancata istituzione del Comitato Regionale degli Utenti e dei Consumatori di cui all'art. 2 della citata legge regionale) sfugge invero la ragione per la quale tale omissione, parimenti imputabile all'amministrazione regionale, dovrebbe precludere l'esame dell'istanza di iscrizione, visto che l'art. 4 della L. Reg. n. 19/2002 non prevede l'istituzione di tale organo collegiale come *condicio sine qua non* per la formazione dell'elenco delle associazioni dei consumatori. È vero anzi il contrario, cioè che la formazione dell'elenco delle associazioni dei consumatori costituisce presupposto per la costituzione del predetto Comitato Regionale; difatti, l'art. 3 prevede che, fra i componenti di tale Comitato vi sia un rappresentante per ciascuna delle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'articolo 4.

6. In altri termini, l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 4, da un lato, non richiede la previa approvazione del regolamento attuativo e, dall'altro, costituisce presupposto per l'individuazione dei rappresentanti da designare per il Comitato Regionale Consumatori ed Utenti.

7. Viceversa, l'istruttoria sulla richiesta di parte ricorrente va condotta unicamente alla stregua dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco regionale delle associazioni dei consumatori previsti dall'art. 4 della L. Reg. n. 19/2002.

8. L'ulteriore argomentazione svolta dalla Regione per giustificare il proprio contegno omissivo (invito al "Tavolo di Lavoro" delle associazioni riconosciute dal MISE ai sensi dell'art. 137 del Codice del Consumo) si appalesa inconferente poiché ciò che rileva, ai fini della definizione del presente giudizio, è che, allo stato, non risulta attuato il contenuto delle pronunce n. 5222/2012 e n. 4020/2014 con le quale si è ordinato all'amministrazione regionale di provvedere in ordine alla richiesta di iscrizione avanzata dalla parte ricorrente.

9. Alla luce delle considerazioni svolte, deve conclusivamente prendersi atto che permane il contegno omissivo della Regione Campania e, pertanto, la domanda di parte ricorrente va accolta nei sensi di seguito indicati.

9.1. Si assegna alla Regione Campania il termine di giorni 60 per provvedere all'esecuzione delle sentenze n. 5222/2012 e n. 4020/2014 mediante adozione di un provvedimento conclusivo (di accoglimento o di rigetto) sulla istanza della ricorrente.

9.2. Ai sensi dell'art. 112, comma 5, e dell'art. 114, comma 7, del cod. proc. amm., si forniscono i seguenti chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza: 1) si ribadisce che il provvedimento definitivo sull'istanza della ricorrente non richiede la previa approvazione del regolamento attuativo della legge regionale (cfr. sent. n. 5222/2012 e n. 4020/2014); 2) l'esame istruttorio andrà condotto unicamente alla stregua dei requisiti fissati dall'art. 4 della L. Reg. n. 19/2002.

9.3. La Regione Campania provvederà anche al pagamento delle spese liquidate nei precedenti giudizi in favore dell'associazione ricorrente e, segnatamente: a) quanto al ricorso definito con sentenza n. 5222/2012, al rimborso del contributo unificato; b) quanto al ricorso definito con sentenza n. 4020/2014, al pagamento delle spese processuali (euro 500,00), degli accessori di legge, al rimborso del contributo unificato e al pagamento delle penalità di mora (euro 3.000,00).

9.4. Qualora, alla scadenza del predetto termine di 60 giorni, permanga il contegno inerte dell'amministrazione, si conferma la nomina del Prefetto di Napoli quale commissario *ad acta* che provvederà sulla istanza in via sostitutiva - seguendo i criteri indicati al punto 9.2. forniti ai sensi dell'art. 112, comma 5, e dell'art. 114, comma 7, del cod. proc. amm. - con facoltà di delega ad un funzionario del proprio ufficio, entro e non oltre giorni 30 dal relativo insediamento.

10. L'accoglimento del ricorso comporta anche la condanna della Regione Campania al pagamento delle spese del presente giudizio nella misura indicata in dispositivo, con attribuzione al procuratore antistatario che ne ha fatto rituale richiesta ai sensi dell'art. 26 cod. proc. amm. e dell'art. 93 cod. proc. civ..

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi indicati in motivazione.

Condanna la Regione Campania al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al rimborso del contributo unificato ed accessori di legge, con distrazione in favore del procuratore antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa nei sensi indicati in parte motiva.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 NOV. 2016.

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Catania sez. II

Data: 11/10/2016

n. 2539

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Sospensione dell'atto impugnato e misure cautelari - - in genere

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1954 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fi.Di.Al S.p.A., in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'Avvocato Antonio Catalioto (C.F. CTLNND60E08I147G), con domicilio presso Giuseppe Mingiardi, in Catania, Via G. D'Annunzio 39/a;

contro

Comune di Villafranca Tirrena, in persona del Sindaco, rappresentato e difeso dall'Avvocato Santi Delia (C.F. DLESNT79H09F158V), domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. di Catania, in Catania, via Milano 42/a;

per l'annullamento

a) della delibera del Consiglio Comunale n. 22 in data 4 giugno 2015, con cui è stato deliberato lo spostamento del mercato settimanale; b) della delibera consiliare n. 95 del 12 ottobre 2015; che) della delibera consiliare n. 64 in data 9 novembre 2015.

Visti tutti gli atti e i documenti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2016 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. Con il gravame introduttivo la società ricorrente ha impugnato la delibera n. 22 in data 4 giugno 2015 del Consiglio Comunale di Villafranca, con cui è stato deliberato lo spostamento del luogo ove tenere il mercato settimanale.

Nel ricorso sono esposte le circostanze di seguito indicate: a) la Fi.Di.Al. s.p.a. è proprietaria, all'interno dell'area industriale di Villafranca Tirrena, di un'area di 14.800 metri quadri, di cui 7.800 di aree scoperte e 7.000 di aree coperte, ove è stata installata una struttura composta da celle frigorifere di grandi dimensioni per lo stoccaggio e la lavorazione di derrate alimentari; b) l'organizzazione produttiva è stata progettata ed attrezzata in modo da razionalizzare la logistica e rendere efficienti le operazioni di carico e scarico delle merci refrigerate che vengono quotidianamente movimentate; c) i molteplici mezzi di trasporto (inclusi numerosi autoarticolati) accedono alla struttura attraverso due ingressi principali situati sulla Via P. Mondello; d) gli ingressi in questione risultano determinanti, in quanto affacciano sulla strada principale, larga 13 metri circa, e sono opportunamente dimensionati (con un cancello della larghezza di metri 15) per il transito degli autoarticolati e per le manovre necessarie per accedere alle bocche di scarico e carico coibentate; e) con la delibera in questa sede impugnata, il Comune ha trasferito in tale area il mercato settimanale, utilizzando ed impegnando la Via P. Mondello e la Via dell'Acqua e rendendo così inutilizzabili i due accessi principali di cui si è detto.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) appare violato il combinato disposto dell'art. 8, quarto e quinto comma, della legge regionale n. 18/1995, secondo cui le aree destinate all'esercizio del commercio sono stabilite sulla base delle caratteristiche economiche del territorio, della densità della rete distributiva e della presumibile capacità di domanda, al fine di assicurare un adeguato equilibrio con le installazioni commerciali a posto fisso e con le altre forme di distribuzione in uso, e i relativi provvedimenti sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana; b) in nessun atto deliberativo presupposto il Consiglio Comunale ha individuato l'area in questione come luogo da asservire all'utilizzo di attività commerciale; c) l'atto impugnato viola, inoltre, l'art. 2, secondo comma, dell'ordinanza del Ministero della Salute in data 3 aprile 2002, in quanto l'area non rispetta i dettami igienico-sanitari ivi contemplati; c) il provvedimento gravato non reca una motivazione adeguata ed è stato assunto all'esito di un'incompleta istruttoria, senza tener conto della sproporzionata entità del sacrificio imposto alla società ricorrente; d) in forza della scrittura transattiva in data 22 novembre 2005, il Comune non può disporre dell'area in questione a suo piacimento, dovendo, in conformità agli obblighi assunti con tale atto, cedere l'area al Consorzio Industriale del Contratto d'Area di Villafranca Tirrena.

Il Comune intimato, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, sulla scorta delle argomentazioni di seguito succintamente indicate: a) la pregressa ubicazione del mercato, come risulta, in particolare, dalla nota della Polizia Municipale n. 2237 in data 24 settembre 2014, determinava notevoli problemi di viabilità, specie nella stagione estiva; b) nel caso in esame, non trova applicazione il comma quinto dell'art. 8 della legge regionale n. 18/1995, ma il successivo comma 13, secondo cui è sufficiente l'affissione di appositi avvisi all'interno del mercato nelle due settimane antecedenti lo spostamento; c) per il mercato di Villafranca Tirrena trova, inoltre, applicazione l'art. 8-bis della citata legge regionale, che disciplina la regolarizzazione dei mercati di fatto; d) in ogni caso, la pubblicazione di cui al citato art. 8, quarto comma, non incide sulla validità dell'atto, essendo prevista "ai soli fini di pubblicità"; d) la previsione di cui all'art. 2 dell'ordinanza ministeriale in data 3 aprile 2002 si riferisce ai "mercati in sede propria" (cfr. il precedente art. 1, comma 2, lett. b) e non ai mercati su strada (art. 1, cit., comma 2, lett. c); e) il provvedimento impugnato appare adeguatamente motivato e il sacrificio imposto alla società ricorrente appare proporzionato; f) con il lamentato difetto di istruttoria la ricorrente effettua, in realtà, un sindacato sul merito delle scelte che appartengono alla discrezionalità dell'Amministrazione; g) se il Comune non avesse la disponibilità dell'area, come affermato dalla società, verrebbe in rilievo un comportamento non riconducibile - neppure mediamente - all'esercizio del potere, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario; h) in realtà l'Amministrazione ha acquistato l'area in forza di contratto di compravendita del 5 dicembre 2006, rep. n. 4340.

Con ordinanza cautelare n. 811/2015 del 7 ottobre 2015, il Tribunale ha concesso la sospensione del provvedimento impugnato, ritenendo fondata la censura di difetto di istruttoria e onerando il Comune di istruire nuovamente il procedimento tenendo conto di quanto statuito nel menzionato provvedimento giurisdizionale.

2. Con delibera n. 95 del 12 ottobre 2015, il Comune ha disposto il mantenimento del mercato settimanale nell'area di cui si è detto sino alla conclusione del nuovo procedimento.

La ricorrente ha, quindi, proposto motivi aggiunti, impugnando tale atto e lamentando l'elusione dell'ordinanza cautelare emanata dal Tribunale.

Il Comune, con apposita memoria, ha osservato che, in conformità alla pronuncia cautelare della Sezione, il procedimento amministrativo era stato rinnovato.

Con ulteriore memoria, l'Amministrazione ha eccepito l'improcedibilità dei motivi aggiunti, avendo il Comune adottato la successiva deliberazione consiliare n. 64 del 9 novembre 2015, con cui, all'esito del nuovo procedimento, era stata confermata l'ubicazione del mercato settimanale nel sito precedentemente indicato, limitatamente al tratto antistante i cancelli della Fi.Di.Al. s.p.a. tra l'incrocio con la Via dell'Acqua e la curva di Via P. Mondello lato mare.

3. Mediante ulteriori motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato la citata delibera n. 64 del 9 novembre 2015, affidando il gravame ai motivi di ricorso nel seguito succintamente indicati:

a) il Comune ha violato il contraddittorio procedimentale, non avendo edotto l'interessata dell'esistenza di una relazione tecnica in data 30 ottobre 2015; b) il Comune non ha tenuto conto della concreta possibilità di disimpegnare i due cancelli principali, spostando in un luogo prossimo - cioè nell'area di parcheggio dei mezzi pesanti - 27 dei 48 posteggi.

Il Comune di Villafranca Tirrena ha chiesto il rigetto dei secondi motivi aggiunti, osservando, in particolare, quanto segue: a) non è possibile uno spostamento parziale del mercato, in quanto l'area ove lo spostamento dovrebbe avvenire è occupata da materiale alluvionale e perché la sua destinazione urbanistica è incompatibile con la collocazione di un mercato su strada; b) il Comune ha comunicato alla società ricorrente l'avvio del procedimento, mentre nessuna norma impone all'Amministrazione procedente di trasmettere agli interessati atti di natura endoprocedimentale; c) la scelta discrezionale operata dal Comune non è contrassegnata da palesi illogicità; d) l'Amministrazione ha garantito alla Fi.Di.Al. s.p.a. un accesso alternativo in Via dell'Acqua, opportunamente presidiato da agenti della Polizia Municipale; e) la ricorrente potrebbe agevolmente ovviare alle difficoltà di accesso mediante semplici modifiche della viabilità interna.

4. Con ordinanza cautelare n. 172/2016 del 9 marzo 2016, il Tribunale ha rigettato la domanda incidentale di sospensione della citata delibera n. 64 del 9 novembre 2015.

5. Nella pubblica udienza del 5 ottobre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il Collegio è tenuto ad esaminare il ricorso introduttivo, in quanto i successivi provvedimenti emanati dal Comune intimato sono stati esplicitamente assunti in esecuzione dell'ordinanza cautelare di questo Tribunale n. 811/2015 del 7 ottobre 2015.

Come è noto, infatti, il ricorso diviene improcedibile solo se, a seguito di un'ordinanza di sospensione, la Pubblica Amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti un atto espressione di una nuova volontà di provvedere, il quale costituisca, cioè, un nuovo giudizio, autonomo ed indipendente dall'esecuzione della pronuncia cautelare (sul punto, cfr., fra le più altre, T.A.R. di Latina, Sez. I, n. 589/2015, T.A.R. del Lazio, Sede di Roma, Sez. I-ter, n. 2891/2013, T.A.R. del Lazio, Sede di Roma, Sez. III, n. 6424/2012 e T.A.R. di Firenze, Sez. II, n. 1342/2011).

Invero, sulla questione del significato da attribuire ai nuovi atti posti in essere dall'Amministrazione in esecuzione di un'ordinanza cautelare propulsiva (e cioè, se tali atti possano o meno determinare la cessazione della materia del contendere o la sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione), la giurisprudenza (sul punto cfr. T.A.R. di Firenze, Sez. II, n. 1867/2011 e n. 911/2010, nonché T.A.R. di Latina, Sez. I, n. 337/2015 e n. 797/2010), ha osservato che è necessario distinguere due diverse ipotesi: a) se il giudice

sospende in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'Amministrazione vi si adegua, con l'adozione di un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non si ha improcedibilità del ricorso, né cessazione della materia del contendere (se l'atto, rispettivamente, sia sfavorevole o favorevole al ricorrente), giacché l'adozione non spontanea dell'atto con cui si è dato esecuzione alla sospensiva non produce la revoca del precedente provvedimento impugnato ed ha una rilevanza solo provvisoria, in attesa che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo (sul punto cfr. Cons. St., Sez. III, n. 5871/2013 e T.A.R. di Napoli, Sez. I, n. 4909/2013); b) se, invece, a seguito dell'ordinanza di sospensione, l'Amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti, come già indicato, un atto espressione di una nuova volontà di provvedere, che costituisca, cioè, un nuovo giudizio, autonomo ed indipendente dall'esecuzione della pronuncia cautelare, allora il ricorso nei confronti del precedente provvedimento gravato diventa improcedibile (T.A.R. di , Milano, Sez. III, n. 7134/2010), ovvero si ha cessazione della materia del contendere laddove si tratti di un atto con contenuto satisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente (T.A.R. del Lazio, Sede di Roma, Sez. II, n. 12554/2007).

Ne consegue che, soltanto qualora il contenuto dell'ordinanza cautelare sia tanto condiviso dall'Amministrazione da indurla a ritirare il provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento, potrà affermarsi che l'autonoma valutazione compiuta successivamente alla pronuncia cautelare, adeguatamente motivata, determini la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione avverso l'atto originariamente gravato (Cons. St., Sez. III, n. 5781/2013, cit. e T.A.R. di , Latina, Sez. I, n. 252/2014).

Nel caso in esame, i successivi provvedimenti assunti dal Comune non sono idonei a regolare in via definitiva l'assetto dei rapporti tra la società ricorrente e l'Amministrazione, trattandosi di atti espressamente emanati in semplice ottemperanza dell'ordinanza (propulsiva) di accoglimento dell'istanza cautelare.

6.1 Ciò precisato, il ricorso introduttivo appare fondato per le motivazioni di seguito indicate.

6.2 Deve, in primo luogo, esaminarsi la censura con cui è stata denunciata la violazione del combinato disposto dell'art. 8, quarto e quinto comma, della legge regionale n. 18/1995.

In forza delle disposizioni indicate sono soggetti a pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana i provvedimenti consiliari che determinano l'ampiezza complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche, i criteri di assegnazione dei posteggi e la loro superficie, nonché i criteri di assegnazione delle aree riservate agli agricoltori che esercitano la vendita dei loro prodotti.

Il provvedimento impugnato in questa sede disciplina il semplice spostamento del mercato, ipotesi per la quale, ai sensi del citato art. 8, comma 13, è sufficiente la pubblicità mediante avvisi affissi all'interno del mercato da trasferire almeno due settimane prima dello spostamento.

Per quanto risulta espressamente dalla stessa delibera impugnata, l'atto in questione - poiché relativo, come detto, al mero spostamento del mercato - non ha inciso sui posteggi già assegnati (che sono stati interamente confermati, salva l'eliminazione di quelli in concreto vacanti a seguito di revoca o consegna della licenza).

In altre parole, la citata delibera consiliare n. 22 del 4 giugno 2015 non ha in alcun modo modificato i criteri di assegnazione dei posteggi, la loro superficie, nonché i criteri di assegnazione delle aree riservate agli agricoltori.

Non risulta, invece, in base agli atti del giudizio, che sia stata previamente determinata dal Comune, in ossequio al disposto del citato art. 8, quarto comma, l'ampiezza complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche.

Il Collegio, in altri termini, ignora se, in precedenza, il Comune abbia effettivamente provveduto a tale determinazione e alla conseguente pubblicazione del relativo provvedimento sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana.

Come affermato dalla Suprema Corte (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 13533/2001, in materia di prova dell'inadempimento), i fatti negativi non vanno provati da colui che li allega, spettando alla controparte dimostrare l'esistenza del fatto positivo che sia in contrasto con quello negativo che è stato allegato.

Sulla scorta di tale principio, nonché di quello di vicinanza della prova (art. 63, primo comma, c.p.a.), la Sezione, sul rilievo del mancato assolvimento del relativo onere da parte del Comune, è costretta a ritenere che l'Amministrazione intimata non abbia provveduto alla previa determinazione dell'ampiezza delle aree di cui si discute (e conseguentemente alla pubblicazione del relativo provvedimento), risultando, quindi, fondato "in parte qua" il primo motivo di gravame di cui all'odierno ricorso, nel senso, cioè, che difetta l'intervenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana della determinazione dell'ampiezza complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche. Il Comune intimato, peraltro, ha correttamente evidenziato che la pubblicazione - come la notifica, la comunicazione e la piena conoscenza - dell'atto non influisce sulla validità del provvedimento, ma solo sulla sua efficacia (sul punto cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 2849/2012). Senonché, nel caso di specie, la mancanza di prova in ordine alla corretta pubblicazione del provvedimento di determinazione dell'ampiezza delle aree di cui si tratta refluisce, quale presupposto integrante una condizione di legittimità, sulla validità del provvedimento con cui è stato deliberato lo spostamento del mercato settimanale.

6.3. Non è, invece, fondata la censura con cui si è lamentata la violazione dell'art. 2, secondo comma, dell'ordinanza ministeriale in data 3 aprile 2002, atteso che tale disposizione fa esplicito riferimento al precedente art. 1, comma 2, lett. b), cioè ai mercati in sede propria (che sono quelli che hanno un loro luogo esclusivo, destinato a tale uso nei documenti urbanistici e costruito appositamente per il commercio, con configurazioni edilizie specifiche e materiali adatti), e non ai mercati su strada di cui al citato art. 1, comma 2, lett. c) (che, invece, sono quelli che occupano per un certo tempo nell'arco della giornata spazi aperti, sui quali essi si alternano con altre attività cittadine).

6.4. Sono, per contro, fondate le censure, che per la loro connessione si prestano ad essere trattate congiuntamente, con cui la società ha lamentato che il provvedimento impugnato non rechi una motivazione adeguata, sia stato assunto all'esito di un'incompleta istruttoria e non tenga conto della sproporzionata entità del sacrificio imposto alla ricorrente.

Invero, la delibera n. 22 del 4 giugno 2015 si limita ad evidenziare che sussistono specifici - e certamente non discutibili - motivi di pubblico interesse per lo spostamento del mercato, ma nulla indica quanto alle ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad individuare il nuovo sito, né sull'istruttoria a tal fine espletata, né sul pregiudizio che dalla nuova localizzazione sarebbe derivato alla società ricorrente (e ciò tanto più ove si tenga conto che, nella seduta congiunta del 13 maggio 2015, i componenti della Commissione di mercato si erano espressi in senso non favorevole alla decisione verso cui si era orientato il Comune).

6.5. Risulta, infine, fondata la censura relativa alla violazione della scrittura transattiva in data 22 settembre 2005, posto che in essa si dispone la cessione trentennale della gestione della viabilità dell'area "Ex Pirelli" al Consorzio Industriale del Contratto d'Area di Villafranca Tirrena, nonché di tutte le infrastrutture aventi natura condominiale o di uso comune, con la conseguenza che il provvedimento impugnato appare viziato per eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con precedenti atti della stessa Amministrazione, avendo il Comune trasferito al Consorzio - gratuitamente e temporaneamente - la gestione dell'area ove si è poi deciso di trasferire il mercato.

Né il Comune ha fornito alcuna prova dell'esistenza del contratto di compravendita in data 5 dicembre 2006, rep. n. 4340, che, secondo la prospettazione dell'Amministrazione intimata, attribuirebbe alla stessa la piena disponibilità dell'area.

6.6. È opportuno trattare a questo punto la (implicita) eccezione di difetto di giurisdizione - che costituisce, in realtà, questione logicamente pregiudiziale - sollevata dal Comune

resistente sul rilievo che, non essendo l'area nella disponibilità dall'Amministrazione, il provvedimento adottato non sarebbe riconducibile, neppure mediatamente, all'esercizio del potere, con conseguente insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

La tesi non può essere condivisa, posto che nella specie sussiste certamente il potere autoritativo del Comune, consistente nella facoltà di disciplinare l'ubicazione del mercato in aree pubbliche, mentre la circostanza che l'area di cui si tratta sia stata temporaneamente trasferita in - mera - gestione al Consorzio rileva come semplice vizio nell'esercizio della funzione (con conseguente emersione di posizioni di interesse legittimo), non essendo venuto meno il requisito della pubblicità dell'area stessa.

6.7. Tanto osservato, la Sezione rileva che in sede cautelare il Collegio aveva dato esclusivo rilievo al denunciato difetto di istruttoria, mentre, tenuto conto delle più ampie ragioni poste in questa sede a fondamento dell'accoglimento del ricorso introduttivo, il Comune, in applicazione dell'effetto conformativo caratteristico delle pronunce giurisdizionali di annullamento, dovrà nuovamente determinarsi tenendo conto di tutti i profili di illegittimità evidenziati con la presente decisione.

7. Quanto ai due ricorsi per motivi aggiunti, la Sezione è tenuta, innanzitutto, a precisare che le domande proposte dalla ricorrente, sotto un profilo sostanziale, vanno intese come rivolte a far dichiarare la nullità degli atti impugnati ai sensi degli art. 21-septies della legge n. 241/1990 e 114, quarto comma, lett. b), c.p.a., senza che ciò possa determinare il vizio di ultrapetizione, in quanto è compito del giudice qualificare giuridicamente il gravame tenendo conto della sua effettiva portata, indipendentemente dalla prospettazione formale operata sul punto dalla parte, come espressamente disposto dall'art. 32, secondo comma, c.p.a. (sul punto cfr., oltre a Tar Catania, Sez. II, n. 1220/2013 e n. 1974/2012, C.G.A., Sez. Giur., n. 161/2012 e Cons. St., Sez. VI, n. 4557/2010, alle cui più ampie motivazioni, per esigenze di sintesi, si rinvia).

Deve, poi, aggiungersi che, come affermato dalla giurisprudenza (sul punto cfr. T.A.R. di Milano, Sez. I, n. 49/2016 e Cons. St., Sez. V, n. 3872/2011), l'art. 21-septies della legge n. 241/1990, il quale dispone la nullità dell'atto violativo od elusivo del giudicato, trova applicazione anche con riferimento ai provvedimenti adottati in violazione o elusione delle statuizioni contenute in un'ordinanza cautelare non più soggetta a gravame e ciò sia per ragioni di effettività della tutela giurisdizionale, che sulla base di una ravvisata equivalenza tra giudicato di merito e giudicato cautelare, oltre che in ossequio al principio deducibile dall'art. 114, comma 4, c.p.a., il quale, alla lett. c), prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice possa pronunciare l'inefficacia degli atti emessi in violazione od elusione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti.

7.1. Ciò precisato, il Collegio rileva che con i primi motivi aggiunti la società ricorrente ha espressamente lamentato il fatto che la delibera n. 95 del 12 ottobre 2015 sia stata adottata in elusione degli effetti dell'ordinanza cautelare n. 811/2015 del 7 ottobre 2015, mentre con i secondi motivi aggiunti, pur articolando formalmente censure di altro tenore, ha sostanzialmente denunciato la perpetuazione del difetto di istruttoria già rilevato dalla Sezione con il provvedimento che ha disposto la sospensione della delibera consiliare n. 22 in data 4 giugno 2015, per avere omesso l'Amministrazione di acquisire le osservazioni della società in merito alla relazione tecnica in data 30 ottobre 2015 e non avendo essa tenuto conto della concreta possibilità di disimpegnare i due cancelli principali, spostando in un luogo prossimo - cioè nell'area di parcheggio dei mezzi pesanti - 27 dei 48 posteggi.

Sia il primo che il secondo ricorso per motivi aggiunti sono infondati per le ragioni di seguito indicate.

Con la citata deliberazione n. 95 del 12 ottobre 2015, invero, il Comune di Villafranca Tirrena, avendo rinnovato la procedura al fine di sopperire alla carenza di istruttoria apprezzata da questo giudice nella sede cautelare, ha provvisoriamente disposto il mantenimento del mercato settimanale nella nuova area sino alla conclusione del relativo procedimento.

Tale decisione interinale non contrasta con l'ordinanza del Tribunale n. 811/2015 del 7 ottobre 2015, posto che con tale provvedimento il Comune è stato onerato di procedere ad una più articolata e compiuta istruttoria, senza escludere la possibilità per l'Amministrazione di adottare - nelle more della definizione del nuovo procedimento - misure provvisorie.

Quanto alla delibera n. 64 del 9 novembre 2015, deve escludersi che sia intervenuta la denunciata violazione del contraddittorio procedimentale, posto che l'Amministrazione, una volta inviata la comunicazione di avvio del procedimento, non è tenuta ad informare il soggetto interessato dell'acquisizione di eventuali atti endoprocedimentali, essendo onere di quest'ultimo accedere agli atti dell'istruttoria per rendersi edotto di tutte le circostanze idonee ad influire sulla decisione finale.

Né può ritenersi che il Comune abbia ommesso di considerare la concreta possibilità di disimpegnare i due cancelli principali, spostando in un luogo prossimo - cioè nell'area di parcheggio dei mezzi pesanti - 27 dei 48 posteggi, atteso che, nel provvedimento contestato, l'Amministrazione, allegando altresì le relazioni dell'Ufficio Tecnico e del Corpo di Polizia Municipale, ha puntualmente esplicitato le molteplici e risolutive ragioni per cui l'area indicata dalla ricorrente (cioè quella di stoccaggio delle merci, nonché il terminale attrezzato per i mezzi pesanti) non risultava idonea al trasferimento, ancorché parziale, del mercato (segnatamente: la destinazione d'uso era incompatibile con l'ipotesi di trasferimento "in loco" - anche parziale - del mercato, posto che, trattandosi di mercato su sede stradale, esso doveva essere allocato su un'area destinata alla viabilità; l'area in questione consentirebbe, in condizioni di sicurezza, di ospitare soltanto 48 operatori; in ogni caso, a seguito dell'alluvione del 22 novembre 2011, l'area di cui si discute è stata utilizzata per il conferimento del materiale alluvionale giusta ordinanza sindacale n. 20 del 24 novembre 2011; per il ripristino di tale area sarebbero necessari € 378.399,46, come da computo metrico allegato alla delibera, importo la cui esattezza è stata contestata dalla parte ricorrente in modo apodittico e indimostrato; la protezione civile regionale, giusta disposizione commissariale n. 32 del 17 gennaio 2012, ha riconosciuto per l'intervento di ripristino di tale area € 65.000,00 ed il bilancio di previsione dell'ente municipale dell'anno 2015 non consentiva il reperimento delle ulteriori somme necessarie).

In definitiva, a seguito della riedizione del potere amministrativo in adempimento dell'ordinanza cautelare n. n. 811/2015 del 7 ottobre 2015, deve ritenersi che il Comune abbia colmato l'originario difetto di istruttoria rilevato dal Tribunale.

8. Deve, altresì, precisarsi che, con la previsione contenuta nell'impugnata delibera n. 64 del 9 novembre 2015 di un accesso alternativo in Via dell'Acqua, opportunamente presidiato dalla Polizia Municipale, non è venuto meno l'interesse della ricorrente ad una decisione di merito. Ciò in quanto, come risulta dalla consulenza tecnica di parte a firma dell'Ing. Al. Bi., nonché dalla documentazione fotografica ivi allegata, dagli accessi in Via dell'Acqua non è possibile, a causa del dislivello di metri 1.20 delle rampe di accesso, raggiungere - a tacer d'altro - la bocca di carico posta in corrispondenza dell'accesso n. 4 (esclusivamente destinata, per specifiche prescrizioni sanitarie, al ricevimento di carni rosse di origine bovina e suina, nonché di carni bianche).

9. In conclusione, il gravame introduttivo va accolto perché sono fondate le censure relative all'omessa previa determinazione dell'ampiezza complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche, con conseguente omessa pubblicazione del relativo provvedimento, agli originari difetti di motivazione e di istruttoria, anche in riferimento al sacrificio imposto alla società ricorrente, e all'eccesso di potere per contrasto dell'atto impugnato con la scrittura transattiva in data 22 giugno 2005.

I due ricorsi per motivi aggiunti vanno, invece, rigettati.

9.1. Va, però, precisato che le deliberazioni n. 95 del 12 ottobre 2015 e n. 64 del 9 novembre 2015, sebbene non possano considerarsi nulle per intervenuta violazione del giudicato cautelare e nonostante il fatto che nel relativo procedimento si sia sopperito all'originaria

carezza di istruttoria, devono ritenersi sostanzialmente superate a seguito della ritenuta e illustrata fondatezza, anche per motivi ulteriori rispetto al denunciato difetto di istruttoria (il solo che ha determinato l'accoglimento della domanda di sospensione), del ricorso originario, sicché il Comune sarà costretto a individuare nuovamente l'ubicazione del mercato settimanale in sostituzione della determinazione già assunta tenendo debito conto della più ampia portata della decisione in questa sede adottata.

In buona sostanza, l'Amministrazione, nel riprovvedere in conformità a quanto statuito con la presente decisione, potrà eventualmente utilizzare, quanto alla motivazione e all'istruttoria del nuovo provvedimento da assumere, gli esiti del rinnovato procedimento culminato nella delibera n. 64 del 9 novembre 2015 (mediante il quale gli originari vizi di motivazione e di istruttoria sono stati, come detto, colmati), rimuovendo al contempo, ove possibile, gli ulteriori vizi denunciati con il ricorso introduttivo e ritenuti fondati dal Tribunale, i quali, si ripete, consistono nell'omessa previa determinazione dell'area complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su aree pubbliche, con conseguente omessa pubblicazione del relativo provvedimento, e nel contrasto della deliberazione n. 22 del 4 giugno 2015 con la scrittura transattiva in data 22 giugno 2005.

9.2. In ragione della reciproca soccombenza, le spese di lite vanno compensate.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) accoglie, nei termini di cui in motivazione, il ricorso introduttivo e, per l'effetto, annulla la deliberazione consiliare n. 22 del 4 giugno 2015; 2) rigetta i due ricorsi per motivi aggiunti; 3) compensa fra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere, Estensore

Agnese Anna Barone, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 11 OTT. 2016.

Archivio selezionato: Sentenze Consiglio di Stato

Autorità: Consiglio di Stato sez. VI

Data: 03/03/2016

n. 882

Classificazioni: ATTO AMMINISTRATIVO - Violazione di legge - - in genere

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6516 del 2015, proposto da:
Be. Si., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Di Porto,
Andrea Saccucci, Luigi Medugno, con domicilio eletto presso
l'avvocato Andrea Di Porto in Roma, Via Giovanni Battista Martini N.
13;

contro

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Marino Ottavio Perassi, Olinia Capolino, Marco Mancini, domiciliata in Roma, Via Nazionale, 91;

Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni - Ivass, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Massimiliano Scalise, Enrico Galanti, domiciliata in Roma, Via del Quirinale 21;

nei confronti di

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

Fininvest s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Carpinelli, Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Scanzano in Roma, Via XXIV Maggio, 43;

Mediolanum Spa; Fin. Prog. Italia s.a.p.a. di E.Doris & C.,
Ennio

Doris, Sirefid s.p.a.;

Holding Italiana Quarta s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Romano Vaccarella, con domicilio eletto presso l'avvocato Romano Vaccarella in Roma, corso Vittorio Emanuele II 269;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 07966/2015, resa tra le parti, concernente sospensione del diritto di voto e degli altri diritti che consentono di influire su Mediolanum s.p.a.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Banca d'Italia, dell'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di Fininvest s.p.a., di Holding Italiana Quarta s.p.a.;

Visto l'appello incidentale proposto da Fininvest s.p.a.;

Visto l'appello incidentale adesivo proposto da Holding Italiana Quarta s.p.a.;

Visto l'appello incidentale condizionato proposto dalla Banca d'Italia

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Di Porto, l'avvocato Medugno, l'avvocato Saccucci, l'avvocato Scalise, l'avvocato Capolino, l'avvocato Mancini, l'avvocato Vaccarella, l'avvocato Scanzano e l'avvocato dello Stato De Nuntis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. Si. Be. ha impugnato il provvedimento del 7 ottobre 2014 (delibera n. 519/204, prot. n. 976145/14) con il quale la Banca d'Italia, d'intesa con l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni private (di seguito anche solo IVASS), ha accertato la carenza in capo all'odierno appellante principale del requisito reputazionale previsto per la detenzione di partecipazioni qualificate in intermediari finanziari, ha rigettato l'istanza di autorizzazione avanzata dalla Fininvest s.p.a. - anche per conto di Si. Be. - a detenere partecipazioni qualificate nella Mediolanum s.p.a. e ha disposto la sospensione dei diritti di voto e l'alienazione delle partecipazioni (eccedenti le soglie previste dalla legge) detenute in Mediolanum.

2. I principali elementi che compongono lo scenario nel quale si inquadra il presente contenzioso possono essere così sintetizzati.

3. Si. Be., per il tramite della controllata Fininvest s.p.a., detiene dalla metà degli anni novanta, una partecipazione qualificata in Mediolanum s.p.a., Società di Partecipazione Finanziaria Mista (SPFM), in misura superiore al 30%.

Il 1° agosto 2013 diviene irrevocabile la condanna dello stesso Be. alla pena della reclusione di anni quattro (di cui tre condonati) per il reato di cui all'art. 4, lettera f), l. n. 516/1982, in relazione all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000).

Il 16 aprile 2014 entra in vigore il d.lgs. n. 53/2014, che, all'art. 2, comma 5, lettera a), estende alla SPFM la disciplina contenuta nel Titolo II, Capi III e IV, TUB, e dunque, estende a coloro che detengono (direttamente o indirettamente) una partecipazione superiore al 9,99% nel capitale delle SPFM anche i requisiti di onorabilità previsti per i partecipanti al capitale delle banche dall'art. 25 TUB.

Con il provvedimento del 7 ottobre 2014, la Banca d'Italia, d'intesa con l'IVASS, vista la carenza in capo a Si. Be. "*del requisito reputazionale previsto dalla Direttiva 2007/44/UE - confluita nella Direttiva 2013/36/UE (CRDIV) dell'1.1.2014 - e alle Joint Guidelines for Prudential assesment of acquisitions and increases in holdings in the financial sector required by Directive 2007/44/UE*": a) disponeva l'applicazione delle "sanzioni" previste dagli artt. 24 e 25 TUB: sospensione dei diritti di voto e obbligo di alienazione della partecipazione eccedente il 9,99%; b) accoglieva la proposta formulata da Fininvest nel corso del procedimento di istituire un *trust* cui trasferire la partecipazione *de quo* purché il *trust* rispettasse le condizioni previste nel provvedimento medesimo; c) assegnava alla Fininvest un termine di venti giorni per comunicare l'adesione alle condizioni formulate ai fini del loro recepimento nell'istituendo *trust*; d) riservava alle Autorità di vigilanza la verifica del rispetto della condizioni avvertendo che la mancata osservanza di essere avrebbe comportato l'obbligo di dismissione delle partecipazioni eccedentarie.

4. In data 9 gennaio 2015 la Fininvest comunicava alla Banca d'Italia l'avvenuta costituzione del *trust*, trasmettendo la relativa documentazione. Quale *trustee* veniva individuata la Si.re.fid. s.p.a., società appartenente al gruppo Intesa San Paolo, che presentava alla Banca d'Italia e all'IVASS istanza di autorizzazione a rendersi cessionaria della partecipazione oggetto del provvedimento della banca d'Italia. Verificata la sussistenza dei relativi presupposti la Banca d'Italia rilasciava l'autorizzazione il 23 aprile 2015.

5. Nel frattempo, il 7 gennaio 2015, Si. Be. interponeva ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso il provvedimento. A seguito dell'opposizione della Banca d'Italia il ricorso straordinario veniva trasposto in sede giurisdizionale.

6. Nel giudizio trasposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio è intervenuta, proponendo "*atto di intervento adesivo autonomo da valere anche quale ricorso autonomo*" la società Holding Italiana Quarta, socia della Fininvest.

7. In giudizio si è costituita anche la Fininvest chiedendo l'accoglimento del ricorso.

8. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha:

- dichiarato irricevibile e, comunque, inammissibile l'atto di costituzione in giudizio da parte della società Fininvest, della quale ha disposto l'estromissione dal giudizio;

- inammissibile l'intervento adesivo autonomo della società Holding Italiana Quarta, la quale non è stata, tuttavia, estromessa dal giudizio in quanto il suo intervento è stato riqualificato in termini di intervento adesivo dipendente.

- respinto il ricorso principale e il primo atto di motivi aggiunti proposto da Si. Be..

- dichiarato irricevibile per tardività il secondo atto di motivi aggiunti.

9. Per ottenere la riforma di tale sentenza ha proposto appello principale Si. Be., articolando tre blocchi di motivi che possono essere così sintetizzati:

- con il primo blocco critica la sentenza del T.a.r. nella parte in cui ha ritenuto la disciplina transitoria contenuta nell'art. 2 del d.m. 144/1998 incompatibile con la Direttiva 2007/44/CE e, comunque, inoperante per non oggetto del rinvio disposto dall'art. 25 TUB;

- con il secondo blocco ripropone le questioni di legittimità sia costituzionale che comunitaria della disciplina che ha introdotto l'obbligo di alienazione delle azioni;

- con il terzo blocco critica la sentenza del T.a.r nella parte in cui ha ritenuto l'irricevibilità e comunque l'infondatezza dei secondi motivi aggiunti proposti.

10. La Holding Italiana Quarta, pur prestando acquiescenza alla dichiarazione di inammissibilità dell'intervento adesivo autonomo proposto in primo grado, ha proposto, tuttavia, appello incidentale adesivo, riproponendo nella sostanza le medesime doglianze già proposte in primo grado, peraltro sovrapponibili ai motivi quarto, quinto e sesto (quelli del c.d. secondo blocco) dell'appello principale.

11. Ha proposto un appello incidentale anche la Fininvest, la quale ha impugnato preliminarmente il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile la sua costituzione in giudizio, e nel merito, ha aderito alle censure dell'appellante principale chiedendo la riforma della sentenza appellata e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

12. Si è costituita in giudizio la Banca d'Italia, la quale, oltre a chiedere il rigetto degli appelli, principale e incidentale proposti rispettivamente da Si. Si. Be., da Holding Italiana Quarta e da Fininvest, ha, a sua volta, proposto appello incidentale condizionato per far valere la carenza di interesse al ricorso e di autonoma legittimazione attiva di Si. Be. e di Holding Italiana Quarta.

13. Si sono costituiti in giudizio anche l'IVASS e Il Ministero dell'economia e delle finanze, chiedendo il rigetto dell'appello principale e degli appelli incidentali di Fininvest e di Holding Italiana Quarta.

14. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2016 l'appello è stato chiamato per la discussione del merito.

15. Nel corso della discussione, la Banca d'Italia ha sollevato una eccezione pregiudiziale di improcedibilità dell'appello principale per sopravvenuta carenza di interesse.

Secondo la Banca d'Italia, la sopravvenuta carenza di interesse deriverebbe dal progetto di fusione per incorporazione di Mediolanum s.p.a. in Banca Mediolanum s.p.a., deliberato dagli organi deliberativi delle predette società il 25 maggio 2015 e divenuto efficace, eseguite le iscrizioni di cui all'art. 2504 Cod. civ., il 30 dicembre 2015.

Come risulta dalla nota prot. n. 0803101/15 del 23 luglio 2015 (depositata nel corso dell'udienza dai difensori dell'appellante principale), il progetto di fusione per incorporazione è stato autorizzato, ai sensi dell'art. 57 TUB, da Banca d'Italia con provvedimento n. 796932/21 del 21 luglio 2015.

Nella citata nota prot. n. 0803101/15, Banca d'Italia ha comunicato che - in relazione e per effetto dell'operazione di fusione - l'obbligo di dismissione di cui al provvedimento del 7 ottobre 2014 "*deve intendersi riferito alle azioni di Banca Mediolanum che, in esito all'iter civilistico della fusione, verranno assegnate in concambio delle azioni di Mediolanum s.p.a.*".

Secondo Banca d'Italia, alla luce di tale operazione di fusione (e della relativa autorizzazione subordinata al rispetto dell'obbligo di alienazione di cui al provvedimento impugnato nel presente giudizio), sarebbe venuto meno l'interesse dell'appellante principale all'impugnazione del provvedimento in oggetto, atteso che il suo eventuale annullamento non potrebbe sortire effetti utili.

16. Con maggiore dettaglio, secondo Banca d'Italia la carenza di interesse deriverebbe dalle seguenti considerazioni: a) l'annullamento del provvedimento oggetto del presente giudizio non travolgerebbe, comunque, l'obbligo di alienazione disposto in sede di rilascio dell'autorizzazione al progetto di fusione; b) in ogni caso, l'eventuale annullamento del provvedimento in oggetto, farebbe venir meno un presupposto dell'autorizzazione al progetto di fusione, con conseguente travolgimento della stessa; c) alla luce dell'avvenuta fusione per incorporazione di Mediolanum s.p.a. in Banca Mediolanum s.p.a., la questione dedotta nel primo blocco di motivi, relativa alla contestata applicazione retroattiva dei requisiti di onorabilità di cui al d.lgs. 53/2014 alle Società di Partecipazione Finanziaria Mista (nel caso

di specie Mediolanum s.p.a.), sarebbe ormai superata, venendo in considerazione una banca (Banca Mediolanum s.p.a.).

17. Le parti private (Be., Fininvest e Holding Italiana Quarta) hanno contestato la fondatezza dell'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse rilevando, fra l'altro: a) la tardività dell'eccezione sollevata direttamente in udienza ma fondata su circostanze di fatto (l'approvazione del progetto di fusione e la successiva autorizzazione) note sin dai mesi di maggio 2015 e luglio 2015; b) l'irrelevanza, comunque, di tale vicenda rispetto all'oggetto del contendere nel presente giudizio, anche in considerazione dell'avvenuta impugnazione del provvedimento n. 0803101/15 del 27 luglio 2015 (che ha confermato l'obbligo di alienazione anche rispetto alla fusione) e degli effetti caducanti o, comunque, invalidanti che il "nuovo" obbligo di alienazione subirebbe in seguito all'annullamento del provvedimento oggetto del presente giudizio.

18. All'esito della discussione la causa è stata trattenuta per la decisione.

19. Occorre, anzitutto, esaminare l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse sollevata direttamente in udienza dalla Banca d'Italia.

20. L'eccezione non è fondata.

21. La nota n. 0803101/15 del 23 luglio 2015 avente per oggetto "*Fusione per incorporazione di Mediolanum s.p.a. in Banca Mediolanum*" è un atto meramente ricognitivo con il quale Banca d'Italia si limita a comunicare che: a) è stata rilasciata l'autorizzazione al progetto di fusione per incorporazione di Mediolanum s.p.a. in Banca Mediolanum s.p.a.; b) in relazione e per effetto dell'operazione di fusione l'obbligo di dimissione oggetto del provvedimento impugnato nel presente giudizio "*deve intendersi riferito alle azioni di Banca Mediolanum che, in esito all'iter civilistico della fusione, verranno assegnate in concambio delle azioni di Mediolanum s.p.a.*".

Alle azioni di Banca Mediolanum viene, quindi, automaticamente esteso, senza nuova ed autonoma valutazione, lo stesso obbligo di alienazione già disposto, attraverso il provvedimento impugnato, nei confronti delle azioni di Mediolanum s.p.a.

Si tratta non di un nuovo provvedimento, ma di una mera conferma di quello già adottato, i cui effetti vengono automaticamente riferiti alle azioni di Banca Mediolanum assegnate in concambio delle azioni di Mediolanum s.p.a. per effetto della fusione.

La natura meramente confermativa e ricognitiva del nuovo atto fa sì, in conformità a principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa, che l'annullamento dell'atto a monte (quello confermato) sia in grado di determinare l'automatica caducazione dell'atto a valle (quello di mera conferma), che rimarrebbe privato del suo oggetto giuridico.

22. Né può ritenersi che l'annullamento dell'obbligo di alienazione avrebbe l'effetto di travolgere il provvedimento (n. 796932 del 21 luglio 2015) di autorizzazione alla fusione per incorporazione.

Il rapporto che esiste tra l'autorizzazione alla fusione e l'atto che dispone l'obbligo di alienazione non è, infatti, riconducibile alla categoria della presupposizione/consequenzialità tra atti.

Il rapporto di presupposizione/consequenzialità richiede l'identità dell'interesse finale perseguito o, quanto meno, l'omogeneità/affinità degli effetti prodotti dai diversi atti, che devono essere rivolti, nonostante la loro autonoma identità, verso la realizzazione di un obiettivo unitario, che si realizza come risultato di effetti diversi ma convergenti nella stessa direzione.

Similmente a quanto avviene civilisticamente attraverso la figura del collegamento negoziale, dove le cause distinte dei negozi collegati, pur non perdendo la propria identità, concorrono alla realizzazione di una causa unitaria, così il rapporto di presupposizione tra atti amministrativi richiede, *mutatis mutandis*, che la funzione di ogni singolo atto collegato concorra, ponendosi lungo una medesima direzione, alla realizzazione di una funzione complessiva unitaria.

Ogni singolo atto è, dunque, coesistente alla realizzazione della funzione unitaria perseguita, il che ha come naturale conseguenza l'applicazione del principio (comune anche al collegamento negoziale) *simul stabunt simul cadent*, perché se viene meno l'atto presupposto l'atto consequenziale non è più in grado, da solo, di realizzare la causa unitaria che giustifica l'operazione unitaria realizzata tramite gli atti collegati.

Tale direzione unitaria verso la quale gli effetti dei singoli atti sono protesi non è, tuttavia, configurabile nel caso in cui gli atti che vengono in rilievo producano effetti totalmente divergenti, persino contrastanti, nel senso che un atto, anziché cooperare alla realizzazione della funzione svolta dall'altro, ponendosi così come suo indispensabile presupposto, va a limitarne gli effetti e a restringerne la portata.

Questa seconda situazione è proprio quella che ricorre, nel caso oggetto del presente giudizio, tra l'atto di autorizzazione e l'obbligo di alienazione.

Si tratta, all'evidenza, di atti che non convergono verso un medesimo risultato: lo dimostra la stessa circostanza che un atto produce effetti positivi ed è rilasciato a istanza di parte, mentre l'altro produce effetti negativi (sostanzialmente ablatori) ed è adottato d'ufficio.

La diversa natura dei procedimenti (uno d'ufficio, l'altro ad istanza di parte) e la radicale differenza degli effetti (i primi ablatori, i secondi ampliativi) portano ad escludere la configurazione di un rapporto di presupposizione/consequenzialità governata dalla regola di *simul stabunt simul cadent*.

Sarebbe paradossale, del resto, sostenere che un atto autorizzatorio/ampliativo possa trovare il suo indispensabile presupposto in un atto negativo/ablatorio, con l'ulteriore paradossale conseguenza che il privato destinatario di entrambi sarebbe "costretto" pur di non perdere gli effetti favorevoli dell'autorizzazione a prestare acquiescenza all'atto che lo limita e lo lede.

23. Esclusa la configurabilità di un rapporto di presupposizione/consequenzialità, la categoria giuridica che meglio si presta ad inquadrare il rapporto tra i due atti è quella della condizione: l'efficacia dell'autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia al progetto di fusione è condizionata all'adempimento dell'obbligo di alienazione disposto attraverso il provvedimento impugnato nel presente giudizio.

Tale qualificazione, oltre ad imporsi alla luce delle precedenti considerazioni di carattere teorico-sistematico, trova, del resto, sostegno nello stesso tenore letterale della nota del 23 luglio 2015 prot. n. 0803101/15, in cui si fa esplicito riferimento alla "condizione" nella parte finale (ultimo periodo) in cui la Banca d'Italia ha cura di precisare che rimangono ferme "*tutte le altre condizioni del suddetto provvedimento, compreso il termine ultimo di trenta mesi dall'istituzione del trust per il completamento della cessione a terzi dell'interessenza*".

La qualificazione dell'obbligo di alienazione in termini di clausola accessoria condizionale del provvedimento di autorizzazione alla fusione esclude la possibilità di invocare il principio *simul stabunt simul cadent* e, quindi, esclude che il provvedimento autorizzatorio condizionato venga automaticamente travolto per effetto dell'illegittimità della condizione ad esso apposto.

24. Occorre evidenziare che non può in questo caso trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1354, primo comma, Cod. civ., secondo cui la condizione illecita, sospensiva o risolutiva, rende nullo il contratto cui è apposta.

L'applicazione della norma civilistica è impedita da una pluralità di considerazioni.

In primo luogo, deve evidenziarsi come la categoria della nullità nel diritto amministrativo rappresenti una forma di invalidità eccezionale e tipica, che, in omaggio ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di stabilità degli assetti plasmati dagli atti amministrativi a tutela di interessi superindividuali, non opera in maniera "virtuale", cioè in assenza di una norma che la preveda testualmente (cfr. in tal senso l'art. 21-septies legge 7 agosto 1990, n. 241). Già in questo si coglie la prima profonda differenza rispetto alla disciplina civilistica del negozio giuridico, dove, invece, la nullità rappresenta la forma di invalidità "residuale", destinata ad operare, alla luce della generale previsione di cui all'art. 1418, primo comma, Cod. civ., in

via "virtuale", ogni qualvolta il contratto è contrario a norma imperativa, salvo che la legge disponga diversamente.

È una differenza di fondo che trova la sua spiegazione nella rammentata circostanza che nel diritto amministrativo prevale l'esigenza di assicurare la stabilità, la certezza e, dunque, la conservazione degli atti amministrativi, il che implica l'applicazione di un regime di invalidità nel quale la categoria generale e virtuale è l'annullabilità.

L'esigenza di certezza e di stabilità che ispira la disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo, oltre a fare della nullità una categoria "eccezionale" si oppone anche all'applicazione del principio (sotteso alla previsione dell'art. 1354, prima comma, cod. civ.) del principio *utile per inutile vitiatur* (del principio cioè in base al quale l'invalidità di una singola clausola rende invalido, l'intero atto, travolgendolo anche nella parte priva di vizi propri).

Nel diritto amministrativo, al contrario, prevale l'esigenza di conservazione degli atti legittimi, determinando l'operatività di un opposto principio generale, sintetizzabile attraverso il brocardo *utile per inutile non vitiatur*, non potendosi certamente ammettere che un provvedimento di per sé immune da vizi, sia travolto a causa dell'illegittimità che colpisce un elemento accessorio di quell'atto, volto a limitarne gli effetti, condizionandone l'operatività all'adempimento di un obbligo illegittimo.

Tale principio trova, d'altra parte, frequente applicazione nei casi di impugnazione delle c.d. autorizzazioni rilasciate con prescrizioni (alla condizione cioè che rispettino certe prescrizioni contestualmente impartite). In tali fattispecie, la giurisprudenza amministrativa ammette pacificamente che il privato possa limitare l'impugnazione alla prescrizione condizionante, escludendo che l'annullamento di quest'ultima travolga l'autorizzazione condizionata. L'autorizzazione, in caso di accoglimento del ricorso contro la condizione che la limita, sopravvive depurata dalla prescrizione illegittima.

Se così non fosse, del resto, il privato sarebbe leso nell'esercizio del suo diritto di difesa, perché, a fronte di una prescrizione illegittima, sarebbe costretto ad una scelta tra due opzioni entrambe penalizzanti: accettare la condizione illegittima o rischiare di perdere l'autorizzazione favorevole.

25. Le considerazioni che precedono consentono, quindi, di concludere che nel diritto amministrativo l'invalidità parziale (che colpisce una parte accessoria del provvedimento, quale, per definizione, è la clausola condizionale) non travolge, di regola, l'intero provvedimento, specie quando la clausola illegittimità è diretta a limitare l'operatività di atti legittimi ampliativi, come accade in questo caso rispetto al provvedimento di autorizzazione del provvedimento di fusione.

26. Va, peraltro, ulteriormente rilevato che nel caso in esame, il provvedimento di autorizzazione di cui si invoca la caducazione (o l'invalidità derivata) per effetto dell'annullamento della condizione rappresentata dall'atto impositivo dell'obbligo di alienazione, ha ad oggetto una fusione che, come concordemente dichiarato dalle parti nel corso della discussione orale, è divenuta definitivamente efficace, eseguite le iscrizioni di cui all'art. 2504 Cod. civ., in data 30 dicembre 2015.

La circostanza assume rilievo atteso che, ricorrendo tale situazione, l'esigenza di stabilità della fusione trova fondamento (oltre nelle considerazioni già svolte in ordine al generale principio di conservazione degli atti amministrativi), anche nella stessa disciplina civilistica, atteso che lo stesso art. 2504-quatercod. civ. stabilisce testualmente "Eseguite e iscrizione dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata".

In tal modo, anche nella disciplina del diritto societario ha evidentemente prevalso l'intento di favorire la sicurezza de rapporti verso l'esterno e la consapevolezza dei gravi problemi che potevano nascere da una dichiarazione di invalidità dopo che la fusione sia stata attuata (si pensi alle gravissime difficoltà che presenterebbe infatti, la suddivisione dei patrimoni ormai

unificati e la ricostituzione delle compagini sociali delle diverse società partecipanti alla fusione).

Anche il legislatore civilistico, quindi, ha affrontato il problema delle conseguenze di eventuali invalidità incorse nell'iter di fusione dando nettamente prevalenza dell'esigenza di conservazione degli effetti dell'atto.

La norma civilistica sembra, dunque, escludere che anche l'eventuale invalidità del provvedimento di autorizzazione possa comunque, pregiudicare la validità dell'atto negoziale di fusione.

Si tratta, peraltro, di una soluzione non sconosciuta al diritto amministrativo: basti pensare, a titolo di esempio, alla possibile sopravvivenza del contratto di appalto pubblico nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione ai sensi degli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm.

27. Infine, il venir meno dell'interesse al ricorso non può ricavarsi dall'eventualità che rispetto alla società risultante dalla fusione la Banca d'Italia potrebbe, in ipotesi, applicando una disciplina diversa da quella su cui si fonda il provvedimento impugnato, adottarne in futuro uno di analogo contenuto.

Si tratta, invero, di una mera ipotesi, che riguarda l'eventualità di un futuro esercizio del potere, che non può, allo stato, far venire meno l'attualità dell'interesse all'annullamento del provvedimento attualmente lesivo degli interessi del ricorrente. Si ricordi, infatti, che ai sensi dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., il giudice amministrativo *"non può pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati"* e non può farlo neanche al fine di desumere dal potere discrezionale non ancora esercitato la carenza di interesse al ricorso proposto contro l'atto espressione di un potere già esercitato.

Peraltro, anche in questo caso la disciplina civilistica sembra deporre nel senso della irrilevanza della fusione sulla disciplina dei rapporti, sostanziali e processuali, facenti capo sulle società partecipanti alla fusione. Ai sensi dell'art. 2504-bis, primo comma, Cod. civ., infatti, *"la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali alla fusione"*.

I diritti e gli obblighi gravanti su Banca Mediolanum s.p.a. (società incorporante) non possono, dunque, che essere gli stessi diritti e obblighi che gravavano, al momento della fusione, su Mediolanum s.p.a. E su tale assetto di diritti e di obblighi evidentemente influisce l'eventuale annullamento del provvedimento impositivo dell'obbligo di alienazione.

Gli effetti della fusione obbediscono, in altri termini, al principio di continuità, in quanto nell'impresa risultante dalla fusione confluiscono tutte quelle partecipanti alla fusione, nello stato in cui si trovano al momento della fusione. Tale principio di continuità, chiaramente enunciato con riferimento alle società partecipanti alla fusione, sembra potersi ragionevolmente estendere anche ai soci delle società partecipanti alla fusione che pure confluiscono nella nuova società o nella società incorporante nello stato in cui si trovano al momento della fusione.

28. Respinta la pregiudiziale eccezione di sopravvenuta carenza di interesse, gli appelli vanno esaminati nel merito.

29. Si pone, anzitutto, il problema del corretto ordine di esame delle questioni rispettivamente sollevate nell'appello principale, negli appelli incidentali delle parti private (Fininvest e Holding Quarta Italiana) e nell'appello incidentale condizionato della Banca d'Italia.

30. A rigore, infatti, le questioni sollevate dalla Consob nel suo appello incidentale condizionato avrebbero priorità logica, trattandosi di questioni pregiudiziali di rito che investono presupposti processuali o condizioni dell'azione (nel caso di specie, la sussistenza dei presupposti processuali della legittimazione a ricorrere e dell'interesse al ricorso in capo all'originario ricorrente).

La Banca d'Italia, tuttavia, proponendo appello incidentale in forma condizionata, ha subordinato l'esame di tali questioni pregiudiziali di rito, rispetto alle quali è rimasta

soccombente (pur vittoriosa nel merito) nel giudizio di primo grado, al previo esame dell'appello principale. Ha così proposto al giudice un ordine di esame delle questioni diverso da quello naturale (che vede la priorità delle questioni pregiudiziali di rito, attenenti alla sussistenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione rispetto alle questioni di merito).

30. Occorre, quindi, stabilire se tale forma di condizionamento (e la conseguente alterazione dell'ordine logico di esame delle questioni che ne deriva) sia consentita.

Al quesito deve darsi risposta positiva, anche alla luce dell'orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sez. Un. 6 marzo 2009, n. 5456; Cass. Sez. Un. 31 ottobre 2007, n. 23019), con riferimento all'analoga questione che può porsi nell'ambito del processo civile. Ciò anche in considerazione del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 Cod. proc. amm. alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili o espressione di principi generali.

Il Collegio ritiene che l'esame dell'appello incidentale condizionato, proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel merito su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole, debba essere effettuato solamente se l'appello principale sia stato giudicato fondato, in caso contrario non sussistendo l'interesse dell'appellante incidentale alla pronuncia sulla propria impugnazione.

Il contrario precedente orientamento giurisprudenziale che richiamava - quale criterio per escludere sempre l'ammissibilità del condizionamento dell'impugnazione incidentale - la rilevabilità di ufficio della questione pregiudiziale di rito, trascurava di rilevare il fatto che quella distinzione perde peso allorché la questione "eccepibile" sia stata eccepita davanti al giudice di primo grado e quella "rilevabile" sia stata rilevata.

Ne consegue che, allorché la questione pregiudiziale o preliminare sia stata decisa dal giudice di primo grado, il riesame della questione da parte del Consiglio di Stato postula la proposizione di un'impugnazione, che è ammissibile in presenza di un interesse della parte, interesse che, per la parte totalmente vittoriosa, sorge solo nell'ipotesi della fondatezza dell'appello principale. In caso contrario, infatti, l'appellante incidentale manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione poiché il suo eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole in concreto di quello derivante dal rigetto del ricorso principale e, anzi, con particolare riferimento all'eccezione di giurisdizione, comporterebbe il rischio del riesame della pronuncia favorevole ad opera del diverso giudice con esito incerto per l'appellante incidentale.

Quanto all'eventuale considerazione secondo cui sussisterebbe in ogni caso la soccombenza sulla questione oggetto dell'appello incidentale, va osservato che la soccombenza c.d. formale (che legittima all'impugnazione) è il rigetto (o l'accoglimento) della domanda o di parte di essa e non soltanto la sfavorevole soluzione di una questione, secondo la dottrina classica.

In ogni caso, ove anche voglia ritenersi con la più moderna dottrina che soccombenza ed interesse all'impugnazione siano oggi espressioni che denotano distinti fenomeni, e che quindi anche la sfavorevole soluzione di questioni dia origine ad una vera e propria soccombenza (per quanto teorica), va osservato che manca l'interesse ad impugnare per la parte che abbia egualmente conseguito il successo sulla domanda.

Detto interesse diventa attuale (o, come è stato anche detto, sopravvenuto), solo con l'accoglimento dell'appello principale.

A seguito di tale accoglimento si perfeziona la fattispecie relativa alla legittimazione ad impugnare da parte dell'appellante incidentale, fattispecie composta dalla soccombenza e dall'interesse all'impugnazione.

Né in senso contrario vale la considerazione secondo cui l'ordine logico delle questioni da esaminare è rimesso al giudice, e non può essere condizionato dal potere dispositivo delle parti, se si tratta di questioni rilevabili d'ufficio (cfr. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen. 25 aprile 2015, n. 5).

Tale principio vale, infatti, solo per giudizio di primo grado.

Quando, invece, la decisione su una questione vi è stata, il riesame della stessa da parte del giudice dell'impugnazione è rimesso necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo che regge il sistema delle impugnazioni. Se tale impulso di parte è condizionato all'accoglimento dell'impugnazione avversaria e quindi al sopravvenire della soccombenza anche formale e dell'interesse all'impugnazione, in questi termini va valutato dal giudice il mezzo impugnatorio proposto (cfr. in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596).

Inoltre è stato esattamente osservato che proprio l'ordine logico delle questioni da esaminare impone anzitutto l'esame del ricorso principale. Il ricorso della parte totalmente vittoriosa è condizionato *de jure*, perché solo a seguito dell'accertamento della fondatezza del ricorso principale si può dire che sia sorto l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale.

Ciò comporta un triplice ordine di fatti costitutivi della legittimazione ad impugnare del resistente vittorioso: a) la soluzione sfavorevole di una questione pregiudiziale o preliminare; b) la proposizione di un ricorso principale da parte del soccombente nel merito; c) la fondatezza di quest'ultimo ricorso.

Proprio il previo esame del ricorso principale fa sì che il cosiddetto ordine logico della pregiudizialità sia rispettato in uno dei suoi profili più pregnanti in materia di impugnazioni, vale a dire nel divieto rivolto al giudice di esaminare il merito del gravame, prima di aver acclarato l'esistenza di tutti i relativi presupposti di ammissibilità, ivi compresa, appunto, la legittimazione ad impugnare, sotto il profilo dell'interesse.

31. Venendo all'esame degli appelli, principale e incidentale, proposti dalle parti private, risulta logicamente pregiudiziale l'appello incidentale proposto da Fininvest contro il capo della sentenza di primo grado che l'ha estromessa dal giudizio per decadenza e acquiescenza al provvedimento impugnato.

Va premesso che nel giudizio di primo grado, Fininvest non ha proposto intervento, ma si è limitata a costituirsi in giudizio, producendo memoria a sostegno della tesi del ricorrente principale, senza ampliare il *thema decidendum*, formulando motivi ulteriori di impugnazione. Lo stesso strumento processuale utilizzato (la costituzione in giudizio mediante deposito di memoria non notificata) esclude, infatti, la rituale proponibilità di motivi nuovi rispetto, i quali, anche se in ipotesi articolati, non potrebbero essere presi in alcuna considerazione.

32. Secondo la sentenza di primo grado, Fininvest, nella sua qualità di cointeressato (in quanto destinatario diretto dell'obbligo di alienazione imposto dal provvedimento) avrebbe dovuto impugnarlo (o spiegare un intervento adesivo) entro il termine di decadenza.

Il T.a.r. richiama a tal proposito l'art. 28 Cod. proc. amm., il quale consente l'intervento solo a chi, avendovi interesse e non essendo parte (necessaria) del giudizio "*non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni*".

Da tali premesse, la sentenza trae la conclusione che "*né attraverso un ipotetico intervento adesivo autonomo esplicito oltre i termini, né a maggior ragione, mediante il meglio non identificato "atto di costituzione" in atti, è consentito ad un soggetto come la Fininvest, titolare di una situazione che la legittimava all'impugnativa in via principale, di poter aggirare il termine decadenziale di impugnazione che nella specie è inesorabilmente spirato*".

In altre parole, secondo il T.a.r., il cointeressato che non impugni nei termini non può costituirsi nel giudizio di impugnazione instaurato da un altro cointeressato, né può spiegare, nella sua qualità di cointeressato, un intervento adesivo dipendente, stante l'incompatibilità della posizione dell'interventore dipendente con l'esistenza di un interesse autonomo all'impugnazione.

Inoltre, secondo il T.a.r., la costituzione in giudizio di Fininvest sarebbe inammissibile anche sotto un diverso ed autonomo profilo derivante dalla acquiescenza che la stessa avrebbe

manifestato nei confronti del provvedimento impugnato nel momento in cui ha scelto di istituire il *trust* finalizzato alla dismissione della partecipazione azionaria eccedentaria in Mediolanum, nel rispetto delle indicazioni e delle condizioni statuite nel provvedimento impugnato. Tale condotta (l'istituzione del *trust*) sarebbe, secondo il T.a.r., "*oggettivamente esecutiva*" del provvedimento, rappresentando, pertanto, "*una scelta irreversibile ed incompatibile con la persistenza dell'interesse a ricorrere*".

33. Le statuizioni della sentenza appellata in ordine alla partecipazione al giudizio di Fininvest non meritano condivisione.

Fininvest certamente, nella sua qualità di cointeressato, non avrebbe potuto proporre, una volta spirato il termine di decadenza, né ricorso principale né un intervento adesivo autonomo (un intervento cioè caratterizzato dalla proposizione di una domanda di annullamento autonoma rispetto a quella articolata dal ricorrente principale).

Nel caso di specie, tuttavia, Fininvest si è limitata ad una costituzione in giudizio, presentando soltanto memorie a sostegno delle difese del ricorrente principale, senza pretendere di ampliare (e senza poterlo in alcun modo fare) il *thema decidendum* attraverso la proposizione di autonome censure.

34. A differenza di quanto ritenuto dal T.a.r., la possibilità per il cointeressato di costituirsi in giudizio a sostegno delle ragioni del ricorrente principale non può essere negata: non può esserlo in linea generale e, a maggior ragione, non può esserlo nel presente giudizio che nasce dalla trasposizione (in seguito all'opposizione presentata dalla Banca d'Italia) di un ricorso straordinario proposto al Presidente della Repubblica.

35. In linea generale, il Collegio ritiene che, anche alla luce della formulazione dell'art. 28 Cod. proc. amm., non vi siano ostacoli ad ammettere, anche dopo la scadenza del termine di decadenza, un intervento adesivo dipendente del cointeressato, almeno laddove (come accade nella vicenda interessata dal presente giudizio) egli sia destinatario di atti ad effetti non frazionabili, il che si verifica appunto quanto l'annullamento del provvedimento non può che operare nei confronti di tutti i destinatari.

Diversi gli argomenti a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, deve ritenersi che la *ratio* della previsione del termine di decadenza per proporre il ricorso (e la *ratio* dell'art. 28 Cod. proc. amm. che ammette l'intervento solo da parte di chi non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni) non sia quella di sanzionare i comportamenti inerti dei soggetti interessati, ma quella di assicurare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici e delle situazioni soggettive, evitando che l'azione amministrativa che si esprime attraverso un determinato provvedimento rimanga per troppo tempo controvertibile per via giurisdizionale.

Di conseguenza, a una volta che sia validamente instaurato, da uno dei suoi destinatari, un giudizio intorno alla legittimità del provvedimento amministrativo, non vi è più alcuna ragione di invocare il termine di decadenza e farlo operare non più sul piano oggettivo, ma su quello soggettivo, nel senso di precludere l'azione del legittimato che, pur senza ampliare il *thema decidendum*, voglia solo profittare del processo pendente per sostenere la tesi del ricorrente principale ed ottenere così, indirettamente, data la natura inscindibile degli effetti del provvedimento, la tutela della propria posizione.

Il cointeressato che intervenga *ad adiuvandum* in via adesiva dipendente, infatti, non pregiudica l'esigenza di stabilità e certezza dell'azione amministrativa sottesa alla previsione del termine di decadenza. Egli si inserisce in un contesto in cui al sorte dell'atto amministrativo è già incerta, e lo è in conseguenza della proposizione del ricorso principale: rispetto a tale situazione, il cointeressato, con il suo intervento adesivo dipendente, non propone nuove domande, né deduce nuovi vizi, ma chiede solo l'accoglimento della domanda proposta dal ricorrente principale.

Né si può sostenere che esisterebbe una ontologica incompatibilità tra la natura "dipendente" dell'interveniente e la natura autonoma della lesione che lo colpisce. L'intervento adesivo

dipendente viene, infatti, così denominato, non perché chi se ne fa portatore è titolare di un interesse necessariamente "dipendente" rispetto a quello azionato in via principale, ma perché tramite questo tipo di intervento non si propongono autonome domande, limitandosi l'interventore dipendente a chiedere l'accoglimento del ricorso principale, senza disporre di autonomi poteri di impulso processuale.

Non vale invocare in senso contrario l'art. 28 Cod. proc. amm. che preclude l'intervento a chi sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, in quanto, come si è già accennato, questa norma vuole semplicemente escludere che attraverso l'intervento si possa essere rimessi in termini rispetto ad un'azione dal cui esercizio si è decaduti, ma non preclude la partecipazione al giudizio a chi, non volendo esercitare alcuna azione, voglia semplicemente tutelare il proprio interesse ad ottenere, tramite l'accoglimento del ricorso principale, l'eliminazione di un atto i cui effetti sono inscindibilmente lesivi anche del suo interesse.

36. Nel caso di specie, peraltro, Fininvest non ha neanche proposto un atto di intervento, ma si è limitata a costituirsi in giudizio e a sostenere le proprie posizioni depositando memorie difensive. L'estromissione di questo soggetto dal giudizio, nonostante la sua posizione di inscindibile cointeressenza, si tradurrebbe inevitabilmente nella lesione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, senza che tale lesione possa, come si è detto, essere giustificata in nome delle esigenze sottese ad evitare elusioni dei termini di decadenza.

37. Non è senza conseguenze, inoltre, la constatazione che il presente giudizio deriva dalla trasposizione in sede giurisdizionale di un ricorso straordinario inizialmente proposto al Capo dello Stato.

Rispetto al ricorso straordinario, Fininvest, nella sua qualità di cointeressato avrebbe certamente potuto proporre opposizione ai sensi dell'art. 48 Cod. proc. amm. sollecitandone la trasposizione: il riconoscimento anche ai cointeressati dalla facoltà di proporre opposizione è stato riconosciuta sia dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sent. 6 maggio 2013, n. 9), sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. sentenza 12 dicembre 2012, n. 234649).

E allora, una volta chiarito che ai cointeressati è data la facoltà di proporre opposizione, cioè la facoltà di sollecitare l'attivazione della fase giurisdizionale, non si vede come ai medesimi soggetti possa essere inibita la partecipazione a quella stessa fase nel caso in cui quest'ultima sia attivata da una parte diversa. È chiaro, infatti che ove una delle parti intenda avvalersi della facoltà di sollecitare la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale, l'esercizio legittimo di tale facoltà non può, comunque, produrre l'effetto di pregiudicare le posizioni delle altre parti, menomando le tutele di cui esse potevano fruire all'interno del procedimento originario.

È allora contraddittorio negare a chi avrebbe potuto persino dare impulso alla trasposizione in sede giurisdizionale la possibilità di costituirsi nel giudizio trasposto in seguito all'opposizione dell'Amministrazione resistente.

38. Non vale ad escludere la possibilità di costituirsi in giudizio neanche la presunta acquiescenza al provvedimento impugnato.

In primo luogo, l'acquiescenza, anche a ritenere che sia maturata, preclude la proposizione del ricorso, ma non la costituzione nell'ambito di un giudizio da altri instaurato, non potendosi attribuire all'acquiescenza effetti maggiormente preclusivi rispetto a quelli che derivano dalla decadenza.

In secondo luogo, secondo pacifica giurisprudenza, l'acquiescenza postula atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto che dimostrino la sua chiara e irrefutabile volontà di accettarne gli effetti.

In quanto incidente sul fondamentale diritto di agire in giudizio, l'accertamento in ordine all'avvenuta accettazione del contenuto e degli effetti di un provvedimento lesivo deve essere accurato ed esauriente e svolgersi su tutti i dati fattuali che hanno caratterizzato la

dichiarazione negoziale, da cui deve risultare senza alcuna incertezza la presenza di una chiara intenzione definitiva di non rimettere in discussione l'atto lesivo.

È altrettanto pacifico in giurisprudenza che la mera esecuzione, anche senza riserve, del provvedimento non implica di per sé acquiescenza, in quanto il provvedimento amministrativo, fino al suo eventuale annullamento, produce effetti ed è immediatamente esecutivo. La sua esecuzione è, dunque, comportamento "neutro", potendo trovare giustificazione, più che nell'univoca ed incondizionata volontà di accertarne gli effetti, nell'esigenza di evitare le conseguenze ulteriori che potrebbero derivare dalla sua inottemperanza.

39. Nel caso di specie, l'istituzione da parte della Fininvest del *trust* finalizzato alla dismissione della partecipazione azionaria eccedentaria ben può leggersi, anziché come univoca e incondizionata volontà di accettare gli effetti dell'atto, semplicemente come una condotta giustificata dalla preoccupazione di evitare gli effetti ancora più gravi derivanti dall'adozione dell'ordine di vendita prospettato dall'Autorità laddove Fininvest avesse operato in modo diverso.

40. L'appello incidentale proposto da Fininvest deve, pertanto, in questa parte essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve riconoscersi la legittimità della sua costituzione in giudizio, al solo fine di sostenere le ragioni del ricorso principale e senza alcuna possibilità di ampliare il *thema decidendum*, escludendosi sin da ora l'esame di qualsiasi difesa o doglianza che possa determinare tale illegittimo ampliamento.

41. Deve a questo punto esaminarsi l'appello principale proposto da Si. Be..

42. L'appello merita accoglimento.

Risultano fondati, in particolare, i motivi (primo, secondo e terzo) del c.d. primo blocco, attraverso i quali il ricorrente contesta la mancata applicazione della disciplina transitoria contenuta nell'art. 2 dl d.m. 18 marzo 1998, n. 144, che stabilisce l'irrilevanza della perdita dei requisiti di onorabilità se verificatesi prima dell'introduzione dei requisiti medesimi, relativamente alle partecipazioni già detenute, sempre da prima dell'introduzione di detti requisiti.

43. Giova ricostruire brevemente la normativa di riferimento sulla cui base è stato adottato il provvedimento impugnato.

L'art. 2, comma 5, lett. *a*) del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 53, modificando l'art. 63 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 -*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (TUB), ha esteso in blocco alle Società di Partecipazione Finanziaria Mista (SPFM) la disciplina contenuta nel Titolo II, Capi III e IV, TUB, e, dunque, ha esteso a coloro che detengono (direttamente o indirettamente) una partecipazione superiore al 9,99% nel capitale delle Società di Partecipazione Finanziaria Mista (SPFM) anche i requisiti di onorabilità previsti per i partecipanti al capitale delle banche dell'art. 25 TUB.

L'art. 25, comma 2, del TUB, a sua volta, rinvia per la puntuale individuazione dei requisiti di onorabilità ad un decreto ministeriale (adottato dal Ministero dell'economia e delle finanze sentita la Banca d'Italia). In attuazione di tale previsione legislativa è stato adottato il decreto ministeriale 18 marzo 1998, n. 144 (*Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante*).

Il decreto ministeriale n. 144/1998 si compone due soli articoli: l'articolo 1 elenca i requisiti di onorabilità o, meglio, individua le condanne che incidono in negativo sull'onorabilità determinando la perdita del requisito; l'articolo 2, dettando la disciplina transitoria, stabilisce che "*per i soggetti che partecipano al capitale di una banca alla data di entrata in vigore del presente regolamento la mancanza dei requisiti di cui all'articolo 1 non previsti dalla normativa previgente non rileva, se verificatasi antecedentemente alla data stessa, limitatamente alla partecipazione già detenuta*".

44. Secondo l'appellante principale, per effetto del duplice rinvio normativo (il nuovo testo dell'art. 63 TUB rinvia all'art. 25 TUB, il quale, a sua volta, rinvia al decreto ministeriale n. 144/1998), troverebbe applicazione anche la norma transitoria di cui all'art. 2 del decreto ministeriale con conseguente irrilevanza delle perdita dei requisiti di onorabilità verificatisi prima dell'introduzione dei requisiti medesimi (che per le SPFM è avvenuta il 16 aprile 2014, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 54/2014) in relazione alle partecipazioni già detenute. Pertanto, considerando che Si. Be., per il tramite della controllata Fininvest s.p.a., detiene dalla metà degli anni novanta (precisamente dal 1996) una partecipazione qualificata in Mediolanum s.p.a., Società di Partecipazione Finanziaria Mista, in misura superiore al 30% e che la condanna penale che avrebbe determinato la perdita del requisito di onorabilità è divenuta irrevocabile il 1° agosto 2013, egli rientrerebbe nel campo di applicazione della norma transitoria, e non sarebbe, pertanto, soggetto alla nuova disciplina dei requisiti di onorabilità estesa alla SPFM.

Sia la perdita del requisito di onorabilità sia la detenzione della partecipazione si collocherebbero, infatti, sotto il profilo temporale, in data anteriore rispetto alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

45. La sentenza appellata ha respinto tale tesi rilevando, in sintesi, che l'art. 2 del d. m. n. 144 del 1998 sarebbe stato tacitamente abrogato dalla direttiva 2007/44/CE e che, comunque, tale norma non sarebbe oggetto del rinvio disposto dall'art. 25 TUB, che avrebbe ad oggetto, quindi, solo l'art. 1 del regolamento ministeriale.

46. Più nel dettaglio, secondo il T.a.r., la norma transitoria di cui all'art. 2 d.m. n. 144/1998 sarebbe stata tacitamente abrogata per effetto dell'adozione della direttiva 2007/44/CE, *"la quale avrebbe introdotto un più ampio ed elastico requisito "reputazionale" a cui l'acquirente e titolare (diretto o indiretto) di una partecipazione bancaria rilevante si deve conformare e che è sottoposta ad una valutazione ampia e discrezionale delle varie Autorità di Vigilanza dei Paesi UE, le quali senza essere vincolate alla mera applicazione di elementi puntualmente predeterminati dalla legge, devono valutare preventivamente la qualità del candidato acquirente di una società bancaria, tenendo in debito conto, in primis la sua reputazione"*.

Secondo il T.a.r., in altri termini, la normativa comunitaria imporrebbe alle Autorità di vigilanza di valutare la sussistenza del requisito reputazionale in maniera autonoma e disancorata dall'elenco tassativo delle condanne (di cui all'art. 1 del decreto ministeriale n. 144/1998) che determinano la perdita automatica del requisito di onorabilità, con la conseguenza che potrebbe essere ritenuto privo del requisito reputazionale, anche sulla base di condotte pregresse all'entrata in vigore della nuova disciplina, anche chi non ha riportato condanne penali automaticamente preclusive al riconoscimento del requisito di onorabilità.

In tale contesto, prosegue la sentenza appellata, l'applicazione della norma transitoria di cui all'art. 2 del d.m. n. 144 del 1998 darebbe luogo a risultati irragionevoli nella misura in cui *"le condotte maggiormente riprovevoli, oggetto di condanna penale e rilevanti ai sensi dell'art. 25 TUB, beneficerebbero di un trattamento di maggior favore usufruendo del descritto "regime transitorio" che è invece certamente inapplicabile a altre condotte non riconducibili a quelle di cui all'art. 25 cit. tendenzialmente meno gravi, ma comunque valutabili sul piano della reputazione anche se anteriori all'entrata in vigore della normativa interna di recepimento"*.

47. Inoltre, secondo il T.a.r., il rinvio che l'art. 25 TUB dispone nei confronti del regolamento avrebbe ad oggetto solo la disposizione contenuta nell'articolo 1 (che elenca le condanne che determinano la perdita del requisito di onorabilità) e non anche quella contenuta nell'articolo 2 (che detta la disciplina transitoria, sancendo l'irrilevanza delle condanne anteriori rispetto alle partecipazioni già detenute).

Ciò in quanto l'art. 25 TUB autorizzerebbe il regolamento ministeriale solo ad individuare i requisiti di onorabilità ma non anche a dettare la relativa disciplina transitoria.

L'art. 2 del decreto ministeriale sarebbe, quindi, illegittimo, perché affetto da una sorta di "eccesso di delega" nell'esercizio della potestà normativa secondaria.

48. Le conclusioni cui è giunto il T.a.r. non possono essere condivise.

49. L'argomento secondo cui la direttiva comunitaria 2007/44/CE avrebbe tacitamente abrogato la disciplina transitoria di cui all'art. 2 del decreto ministeriale n. 144/1998 trova smentita nella considerazione che la direttiva comunitaria si applica esclusivamente alle partecipazioni non ancora acquisite, mentre la disciplina transitoria di cui all'art. 2 d.m. n. 144/1998 fa riferimento alle partecipazioni già detenute.

Le due discipline, in altri termini, hanno un campo di applicazione totalmente diverso: quella comunitaria fa riferimento all'acquisto della partecipazione, quella del regolamento fa riferimento alla partecipazione già acquisita e, dunque, attualmente detenuta.

La diversità del campo di applicazione esclude la possibilità di ipotizzare una abrogazione tacita della norma regolamentare per effetto della direttiva comunitaria, atteso che l'abrogazione tacita richiede come requisito indispensabile l'identità della fattispecie disciplinata dalla norma (abrogata e abrogante).

Soltanto l'identità della situazione regolata consente, infatti, di svolgere quel giudizio di incompatibilità tra le due discipline necessario ai fini di configurare l'abrogazione tacita (cfr., in questi termini, Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2007, n. 5842; Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2009, n. 2647; Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2009, n. 2077; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3228).

Non è allora sostenibile che una normativa diretta a disciplinare le partecipazioni non ancora acquistate possa determinare l'abrogazione tacita per incompatibilità di una disciplina che regola, invece, la diversa fattispecie relativa alle partecipazioni già detenute.

L'errore della sentenza appellata consiste, in altri termini, nell'aver ritenuto che la direttiva 2007/44/Ce si applichi anche alle partecipazioni già detenute.

Al contrario, il requisito reputazionale introdotto dalla direttiva è previsto rispetto al soggetto che deve acquistare partecipazioni o incrementi di partecipazioni, non anche nei confronti di chi già le detiene.

50. Sono numerosi gli argomenti che conducono a tale conclusione.

51. Innanzitutto, vengono in rilievo il *titolo* e i *considerando* della direttiva.

Il titolo è così rubricato: "*Le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario*".

I considerando 2 e 4 fanno testuale riferimento al "*progetto di acquisizione*", il considerando 10 di nuovo al "*progetto di acquisizione*" e al "*candidato acquirente*".

Ancora, tutti gli articoli della direttiva fanno sempre riferimento al "*candidato acquirente*", cioè a colui che presenta all'Autorità di vigilanza un "*progetto di acquisizione*", e che intende, quindi, prevedere ad "*acquisizione ed incrementi di partecipazione*".

Inoltre, a dirimere ogni possibile dubbio interpretativo, vi è che la stessa Direttiva contiene una norma transitoria (art. 9, par. 2) così formulata: "*La procedura di valutazione applicata ai progetti di acquisizione per i quali notifiche di cui all'articolo 1, punto 2, all'articolo 2, punto 2, all'articolo 3, punto 2, all'articolo 4, punto 2, e all'articolo 5, punto 2, siano state presentate alle autorità competenti prima dell'entrata in vigore delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva è effettuata conformemente alla legislazione nazionale degli Stati membri in vigore al momento della notifica*".

In base a tale previsione, è la stessa Direttiva che esclude l'applicazione dei nuovi criteri di valutazione per i progetti di acquisizione notificati prima dell'entrata in vigore delle norme interne di recepimento della Direttiva, stabilendo chiaramente che per i progetti di acquisizione notificati prima la valutazione è effettuata conformemente alla legislazione nazionale degli Stati membri in vigore al momento della notifica.

Se la Direttiva, quindi, non si applica, per sua espressa previsione, ai progetti di acquisizione in itinere al momento dell'entrata in vigore delle norme nazionali di recepimento, a maggior ragione non potrà applicarsi alle acquisizioni già completamente perfezionate e, dunque, alle partecipazioni già detenute.

È vero, dunque, come afferma il T.a.r., che la Direttiva 2007/44/Ce introduce un requisito reputazionale non ancorato a predeterminate condanne, per la valutazione del quale assumono rilievo anche condotte poste in essere nel passato. Ma non è vero, e in questo si annida il vizio della sentenza appellata, che la nuova Direttiva estenda questo requisito reputazionale anche alle partecipazioni già detenute.

Non vi è, quindi, alcuna incompatibilità con l'art. 2 del d.m. n. 144 del 1998 che esclude che abbia rilevanza, rispetto alle partecipazioni già detenute, la perdita del requisito di onorabilità intervenuta anteriormente all'entrata in vigore della norma che lo prevede.

52. Va, peraltro, evidenziato che gli elementi significativi della fattispecie oggetto del presente giudizio si collocano tutti anteriormente alla data di entrata in vigore delle nuove norme che hanno esteso alla SPFM i requisiti di onorabilità. È anteriore, infatti, sia l'acquisto della partecipazione sia la perdita del requisito di onorabilità.

La tesi sostenuta dalla sentenza appellata, secondo cui la nuova disciplina troverebbe, comunque, applicazione, stante l'inoperatività della norma transitoria di cui all'art. 2 d.m. n. 144 del 1998, presuppone, quindi, la natura retroattività delle nuove disposizioni.

Al riguardo deve rilevarsi che la retroattività della legge, sebbene non costituzionalmente preclusa nelle materie diverse da quella penale, richiede, tuttavia, una esplicita previsione che renda chiara ed univoca la scelta del legislatore.

Il principio di irretroattività, invero, sebbene non costituzionalizzato fuori dalla materia penale:

- rappresenta un principio generale dell'ordinamento, come si desume dall'art. 11 della Preleggi che espressamente statuisce che la *"legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*;

- trova un suo fondamento ulteriore nei principi di tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, la cui crescente importanza è confermata anche dalla giurisprudenza sovranazionale, tanto della Corte di giustizia quanto della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo;

- assume un rilievo ancora maggiore laddove la legge in ipotesi retroattiva consente, come accade nel caso di specie, l'adozione di provvedimenti sostanzialmente ablatori, in grado di produrre nella sfera giuridica del privato effetti fortemente negativi, che incidono tanto sulla reputazione individuale (perché presuppongono l'assenza dei requisiti di onorabilità) quanto sulla libertà di iniziativa economica (perché precludono la titolarità di partecipazioni al capitale di determinate società); provvedimenti, quindi, in senso lato espropriativi, perché sottraggono al soggetto che ne è destinatario un prerogativa (la possibilità di essere titolari di rapporti di partecipazione societaria oltre una certa soglia) che attiene alla sua stessa capacità giuridica, dando luogo a una forma di incapacità speciale;

In questo contesto è evidente che la scelta nel senso della retroattività, sebbene non astrattamente preclusa al legislatore, deve, tuttavia, essere esplicita e univoca.

La retroattività della legge (specie quando la legge fonda il potere di adottare provvedimenti fortemente restrittivi della sfera giuridica del privato) rappresenta, infatti, un'eccezione e, come tale, deve essere esplicita, dovendosi, in mancanza di una previsione univoca, optare per l'interpretazione che esclude la retroattività, in conformità ai richiamati principi generali dell'ordinamento giuridico.

53. Per le stesse ragioni non possono essere condivise le argomentazioni difensive sviluppate dalla Banca d'Italia secondo cui la possibilità di valutare il requisito reputazionale anche rispetto alle partecipazioni già detenute, sebbene non testualmente previsto dalla direttiva 2007/44, si desumerebbe, comunque, da una valutazione complessiva della normativa comunitaria - in particolare dalla c.d. direttive bancarie (ultima la n. 2013/36) - che

prevederebbero la possibilità di porre termine - anche mediante ingiunzioni - ad assetti proprietari contrastanti con la sana e prudente gestione.

Il quadro normativo comunitario, quale emergente dalla direttive bancarie richiamate dalla Banca d'Italia (in particolare dall'art. 11, par. 5, della direttiva 89/646), consente di affermare che l'ordinamento dell'Unione Europea non esclude (e, quindi, consente) la possibilità di applicare il requisito reputazionale anche a partecipazioni già detenute.

Ma non è questo l'oggetto del contendere. Nel presente giudizio la questione controversa è se la scelta dell'ordinamento nazionale, quale desumibile dalla norma transitoria di cui all'art. 2 del d.m. n. 144/1998 (oggetto di rinvio da parte dell'art. 25 TUB a sua volta richiamato dall'art. 63 TUB), sia in contrasto con un obbligo comunitario che imponga la retroattività.

È questo, infatti, l'argomento sulla cui base il T.a.r. ha ritenuto tacitamente abrogato l'art. 2 del d.m. n. 144 del 1998, perché ritenuto in contrasto con una disciplina comunitaria che prescriverebbe la retroattività non lasciando sul punto libertà agli Stati membri.

Un conto, però, è sostenere che il diritto comunitario, prevedendo il potere di adottare anche ingiunzioni, consente di "colpire" anche gli assetti proprietari già esistenti, altro è ritenere che tale applicazione alle partecipazioni già detenute sia obbligatoria, con conseguente anticomunitarietà (e, quindi, disapplicazione) della disciplina nazionale che espressamente escluda le partecipazioni già detenute.

Che il diritto comunitario non preveda un obbligo di retroattività emerge, oltre che dal tenore letterale delle direttive citate (le quali fanno sempre riferimento alla possibilità - non all'obbligo - di incidere sugli assetti già esistenti), anche da un esame comparatistico, il quale, come emerso nel corso della discussione orale, evidenzia che nei vari Stati membri, in ordine a questo profilo, siano state compiute scelte diverse, alcuni escludendo, altri ammettendo l'applicazione dei nuovi requisiti alle partecipazioni già detenute.

La scelta dell'ordinamento italiano è nel senso dell'inapplicabilità e tale scelta si desume dalla disciplina transitoria di cui all'art. 2 d.m. n. 144/1998, che è norma comunitariamente compatibile, rappresentando esercizio legittimo di una facoltà consentita dall'ordinamento comunitario.

54. Non vale in senso contrario, richiamare l'art. 19 TUB (che è pure oggetto delle difese della Banca d'Italia) nella parte in cui tale norma preveda la possibilità anche di revocare le autorizzazioni già concesse in difetto dei requisiti reputazionali. La norma in esame si limita a prevedere un potere di revoca, che è peraltro immanente nello svolgimento dell'azione amministrativa in quanto espressione del generale potere di autotutela, ma non prevede affatto che la revoca possa avvenire anche in virtù di un applicazione retroattiva dei nuovi requisiti di onorabilità o reputazionali, rispetto a partecipazioni già detenute anteriormente all'entrata in vigore della legge e con riferimento a situazioni in cui pure la perdita del requisito è anteriore all'entrata in vigore della legge che lo prevede.

Del resto, nel caso di specie, il provvedimento adottato non è la revoca di un'autorizzazione già concessa, ma l'obbligo di alienazione di partecipazioni già detenute.

55. Non risulta condivisibile neanche l'argomento, pure contenuto nella sentenza appellata, secondo cui il rinvio che l'art. 25 TUB (a sua volta richiamato dall'art. 63 TUB per quanto attiene alla SPFM) abbia ad oggetto soltanto l'articolo 1 del d.m. n. 144/1998 (che elenca le condanne che determinano la perdita del requisito di onorabilità) e non anche l'articolo 2 (che detta la disciplina transitoria). L'argomento cioè secondo cui l'art. 2 del d.m. n. 144/1998, nel sancire il principio di irretroattività (nel senso di escludere la rilevanza rispetto alle partecipazioni già detenute della perdita del requisito già verificatasi alla data di entrata in vigore della legge), sarebbe nella sostanza illegittimo, perché adottato oltre la delega attribuita al potere regolamentare dalla fonte primaria.

56. L'argomento non ha pregio alla luce delle seguenti considerazioni.

L'art. 25, comma 2, TUB espressamente prevede che il regolamento debba individuare i requisiti di onorabilità che devono essere posseduti dai titolari delle partecipazioni "rilevanti"

Non si può ritenere che il potere (delegato al regolamento) di individuare i requisiti di onorabilità comprenda solo l'elencazione dei requisiti (o meglio delle cause che determinano la perdita del requisito), e non anche la disciplina del requisito sotto il profilo temporale, ovvero del momento a partire dal quale (e delle partecipazioni rispetto alle quali) la perdita del requisito assume rilevanza.

Il profilo temporale ha una valenza sostanziale perché concorre a delineare il requisito richiesto e il suo ambito di rilevanza.

Peraltro, considerato che il principio di irretroattività rappresenta un principio generale dell'ordinamento, che come tale vincola certamente la fonte secondaria, il regolamento ministeriale, in assenza di una chiara deroga legislativa al principio di irretroattività, non avrebbe potuto che disporre nel senso della irretroattività, essendo certamente illegittimo il regolamento retroattivo.

Quindi, atteso che la fonte primaria non contiene alcuna esplicita deroga al principio di irretroattività, la disciplina contenuta nell'articolo 2 del d.m. n. 144 del 1998 non solo non è illegittima, ma, anzi, rappresenta, dato il quadro normativo primario, una scelta per così dire obbligata.

Sotto tale profilo è significativo evidenziare che in tale direzione si era già espresso il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, nel parere reso il 23 febbraio 1998, nel corso dell'iter di approvazione del d.m. n. 144/1998, avallando la disciplina transitoria di cui all'art. 2 proprio in nome del principio di irretroattività delle norme che hanno introdotto nuove cause di perdita del requisito dell'onorabilità.

56. Alla luce delle considerazioni che precedono risultano, quindi, fondati i motivi di appello (primo, secondo e terzo) formulati nell'ambito del c.d. primo blocco di motivi dell'appello principale.

57. Sono, pertanto, assorbiti i motivi del secondo e del terzo blocco proposti in via subordinata.

58. Per effetto della fondatezza del primo blocco di motivi dell'appello principale diventa anche improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, l'appello adesivo autonomo proposto da Holding Italiana Quarta diretto a contestare solo la illegittimità costituzionale delle norme che impongono l'alienazione.

59. La fondatezza dei motivi dell'appello principale impone l'esame dell'appello incidentale condizionato proposto dalla Banca d'Italia.

L'appello incidentale della Banca d'Italia è diretto a sostenere che Si. Be. e la società Holding Italiana Quarta, in qualità di meri soci della società Fininvest destinataria diretta dell'ordine di alienazione, sarebbero privi di legittimazione e di interesse al ricorso.

Si richiama a sostegno il pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui il socio di una società di capitali non è legittimato ad agire in giudizio per far valere situazioni giuridiche di cui è titolare la società. Nel caso di specie, quindi, i soci (Be. e HIQ) non sarebbero legittimati a contestare un provvedimento diretto esclusivamente nei confronti della società Fininvest.

59. L'appello incidentale condizionato proposto dalla Banca d'Italia non merita accoglimento

60. Occorre, anzitutto, distinguere le posizioni di Si. Be. (ricorrente principale nel giudizio di primo grado) e della società Holding Italiana Quarta.

Quest'ultima in primo grado ha svolto un intervento adesivo autonomo, che il T.a.r. ha però dichiarato inammissibile e riquilificato in termini di intervento adesivo dipendente, anche in considerazione del fatto che i motivi sviluppati dalla Holding si sostanziano in tre questioni di legittimità costituzionale delle norme applicate dalla Banca d'Italia, questioni che, oltre ad essere rilevabili d'ufficio, sono state tutte fatte proprie in termini pressoché sovrapponibile ed articolate dallo stesso ricorrente mediante il primo atto per motivi aggiunti nel ricorso di primo grado (e riproposte in appello).

Va ancora evidenziato che, in conseguenza della fondatezza dei primi tre motivi dell'appello principale, tali questioni devono ormai ritenersi assorbite, il che implica, come si è già

rilevato, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse anche dell'appello adesivo autonomo proposto da Holding Italiana Quarta.

Di conseguenza risulta venuto meno anche l'interesse della Banca d'Italia a contestare la partecipazione al giudizio di Holding Italiana Quarta, dato che questa si limita a sollevare questioni di costituzionalità rilevabili d'ufficio e peraltro ormai assorbite.

61. In ogni caso, sulla posizione di Holding Italiana Quarta le conclusioni cui giunge il T.a.r. sono condivisibili e non meritano riforma, atteso che il mero socio, se non può autonomamente impugnare (o proporre intervento adesivo autonomo) può, tuttavia, partecipare al giudizio nella veste di intervento adesivo dipendente, essendo comunque titolare, seppure in via riflessa, derivata e indiretta, di un interesse non di mero fatto all'annullamento del provvedimento lesivo degli interessi della società di cui è socio.

Peraltro, anche nel giudizio di appello, Holding Italiana Quarta, rinunciando ad impugnare il capo della sentenza che dichiara in ammissibile il suo intervento adesivo autonomo, si è limitata (proponendo un "appello incidentale adesivo") a partecipare in qualità di mero interventore adesivo dipendente, senza articolare autonome censure.

62. Differente è invece la posizione di Si. Be., ricorrente principale nel giudizio di primo grado.

Si. Be., rispetto al provvedimento impugnato, non viene in rilievo come mero socio della società direttamente colpita dall'atto amministrativo che impone l'obbligo di alienazione. Anzi, sotto tale profilo, occorre evidenziare che formalmente Si. Be. non sia socio della Fininvest, ma controlla una serie di società (Holding Italiana Prima, Seconda, Terza e ottava) che, a loro volta, detengono la maggioranza di Fininvest.

63. Il carattere differenziato e giuridicamente rilevante, rispetto al provvedimento impugnato, dell'interesse di cui Si. Be. è titolare emerge alla luce di diverse considerazioni.

64. In primo luogo, si tratta del soggetto rispetto al quale la Banca d'Italia ha riscontrato la perdita dei requisiti di onorabilità, perdita sulla quale si fonda il provvedimento impugnato. Sotto questo profilo, quindi, il provvedimento già gli arreca una lesione diretta (non meramente riflessa) perché mette in discussione il possesso dei necessari requisiti di moralità. Già questo vale a radicare il suo interesse al ricorso, interesse che, come pacificamente riconosce la giurisprudenza, può anche assumere il contorno di un interesse "morale", riferito in questo caso alla difesa della propria sfera reputazionale.

Sotto questo profilo non è condivisibile quanto sostenuto dalla Banca d'Italia secondo cui il suo interesse sarebbe circoscritto all'accertamento del suo requisito reputazionale, ma non anche alla caducazione dell'ordine di alienazione, con la conseguenza che sarebbe legittimato a contestare il provvedimento impugnato solo nella parte in cui accerta che non ha il requisito reputazionale ma non nella parte in cui dispone l'alienazione delle azioni. I due aspetti (mancanza del requisito e obbligo di alienazione) risultano inscindibilmente collegati fra loro, rappresentando il primo il presupposto motivazionale e giuridico del secondo. Se viene meno l'addebito sotto il profilo reputazionale non può autonomamente sopravvivere l'ordine di alienazione.

65. In secondo luogo, a differenziare la posizione di Si. Be. vale l'ulteriore considerazione che egli, detenendo la maggioranza delle azioni delle società che controllano la Fininvest, esercita, attraverso le azioni che Fininvest detiene in Mediolanum, anche un ruolo di controllo (indiretto) nei confronti di quest'ultima società.

Il provvedimento impugnato, quindi, imponendo l'alienazione delle azioni di Mediolanum detenute da Fininvest incide sulla posizione di controllo, che, risalendo la catena societaria, Si. Be. esercita in Mediolanum. Vi è, quindi, in capo al ricorrente principale l'interesse, differenziato e normativamente qualificato, a non perdere il controllo di Mediolanum e, sulla base di questo interesse, egli è legittimato non solo a un'azione di mero accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui esclude il requisito reputazionale, ma anche ad un'azione di annullamento dell'ordine di alienazione.

In altri termini, il ricorrente principale non fa valere una posizione riflessa come mero socio, ma valere una propria situazione giuridica soggettiva la cui rilevanza giuridica si desume, fra l'altro, dagli articoli 22 e 25 del TUB: l'interesse a poter detenere, per il tramite di una società controllata, una partecipazione qualificata in Mediolanum.

66. Tale conclusione trova sicura conferma, come si accennava, negli artt. 22 e 25 del TUB: L'art. 22 TUB dispone espressamente che *"ai fini dell'applicazione dei capi III e IV del presente titolo, si considerano anche le partecipazioni acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona"*.

E l'art. 25 TUB (cioè la norma applicata dal provvedimento impugnato) riferisce l'obbligo di alienazione alle partecipazioni dei soggetti privi dei requisiti di onorabilità.

Quindi, al di là delle apparenze, il destinatario sostanziale del provvedimento impugnato è, ancor prima che Fininvest, Si. Be., ossia il soggetto che, per usare la stessa espressione dell'art. 22 TUB, "possiede", per il tramite di società controllata, la partecipazione in Mediolanum ed è il soggetto privo, ai sensi dell'art. 25 TUB, secondo la prospettazione su cui si basa il provvedimento impugnato, dei requisiti di onorabilità.

Non è dunque Fininvest il soggetto cui il TUB vieta di detenere la partecipazione, ma proprio Si. Be.. Fininvest è solo il destinatario formale dell'obbligo di alienazione, in quanto rappresenta lo strumento societario attraverso il quale Si. Be. detiene la partecipazione qualificata in Mediolanum.

67. L'appello incidentale della Banca d'Italia deve, quindi, essere respinto.

68. Alla luce delle considerazioni sin ora svolte, la sentenza appellata deve, pertanto, in accoglimento dell'appello principale, essere riformata e, per l'effetto, merita accoglimento il ricorso di primo grado con conseguente annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati.

69. La particolare complessità e la controvertibilità delle questioni esaminate, alla luce della stratificazione normativa e dell'interferenza tra direttive comunitarie e legislazione nazionale, impongono l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- accoglie l'appello principale proposto da Si. Be. e l'appello incidentale proposto da Fininvest s.p.a. ;
- respinge l'appello incidentale condizionato proposto dalla Banca d'Italia;
- dichiara improcedibile l'appello adesivo autonomo proposto da Holding Italiana Quarta s.p.a.
- per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla i provvedimenti amministrativi impugnati in primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 03 MAR. 2016.

Archivio selezionato: Sentenze Cons. giust. amm. Sicilia

Autorità: Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd.

Data: 08/06/2017

n. 274

Classificazioni: OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - Appalti per la realizzazione di opere pubbliche - - in genere (anche per il procedimento di gara in genere)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA
in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 260 del 2012, proposto da:
Società Idea Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Girolamo Rubino, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Oberdan, 5;
contro

Società Eurotel S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Fanara, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Immordino in Palermo, via Libertà,171;

nei confronti di

Comune di Licata, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR PALERMO : Sezione III n. 296/2012, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dell'appalto per gli interventi di razionalizzazione, risparmio energetico ed incremento dell'efficienza della rete pubblica di illuminazione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 333/2012 del CGA con cui è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata;

Vista l'ordinanza del Cga n. 898/2013 con la quale è stato sospeso il presente giudizio, a seguito della querela di falso proposta da parte appellata;

Visti l'atto in riassunzione del giudizio e la sentenza del giudice civile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2017 il Cons. Hadrian Simonetti, presente per la parte appellante l'Avvocato Girolamo Rubino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara del 18.11.2010 il Comune di Licata indisse una procedura aperta per l'affidamento di un appalto integrato di lavori ("Razionalizzazione, risparmio energetico ed incremento dell'efficienza della rete di pubblica illuminazione con l'utilizzo di quadri a risparmio e lampade ad alta frequenza"), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un importo a base d'asta pari a circa 2.600.000,00 euro. Il bando, che contemplava nel proprio oggetto anche la progettazione definitiva e quella esecutiva, indicava come categoria prevalente OG11 e prevedeva che i partecipanti fossero in possesso altresì dei requisiti prescritti per i progettisti individuando il fatturato globale e relativo a lavori similari in misura non inferiore rispettivamente a euro 7.615.800,00 e 5.077.200,00.

La procedura, avviata l'8.2.2011 e conclusasi il 28.2.2011, fu aggiudicata provvisoriamente alla Idea costruzioni s.r.l.

2. Proposto ricorso dalla Eurotel s.r.l., seconda classificata, deducendo diversi motivi di illegittimità, il Tar, dapprima accolse la domanda cautelare - misura confermata dal CGA in sede di appello cautelare con ordinanza 917/2011 - quindi con sentenza n. 296 del 2012, disattesa l'eccezione di irricevibilità del gravame e respinto il ricorso incidentale, lo accolse nel merito con riferimento alla mancata esclusione della Idea costruzioni, giudicata priva del fatturato richiesto, a fronte di un avvalimento incompleto.

3. Con il presente appello, portato alla notifica il 22.3.2012, è stata impugnata la sentenza, lamentandone l'erroneità sotto diversi profili.

3.1. In primo luogo nella parte in cui ha ritenuto il ricorso originario proposto dinanzi al Tar ricevibile, ribadendone invece la tardività sul presupposto che il *dies a quo* decorresse dalla conoscenza di fatto dell'esito della gara, coincidente con l'accesso agli atti del 29.3.2011.

3.2. In secondo luogo, se ne evidenzia parimenti l'erroneità nella parte concernente il possesso del requisito economico relativo al fatturato, sul rilievo che il contratto di avvalimento andasse letto unitamente alla dichiarazione, più puntuale, resa dall'impresa ausiliaria.

Ha poi ulteriormente dedotto in ordine agli altri due motivi dell'originario ricorso di primo grado, peraltro assorbiti dal Tar.

3.3. Si è costituita la Eurotel, con memoria depositata il 28.5.2012, replicando diffusamente sui motivi dell'appello e, nelle ultime pagine (11-15), riproponendo le censure sull'operato della commissione di gara, assorbite dal Giudice di primo grado.

4. Con ordinanza del 1.6.2012, n. 333, questo Consiglio accoglieva la domanda cautelare sospendendo gli effetti della sentenza di primo grado.

Disposta istruttoria, con successiva ordinanza del 22.10.2012, n. 999, al fine di accertare se il provvedimento di aggiudicazione del 29.3.2011 fosse stato pubblicato sul sito internet del Comune di Licata, all'esito dell'incombente la parte appellata presentava querela di falso avverso l'attestazione comunale, da cui derivava la sospensione del presente giudizio con ordinanza del 27.11.2013, n. 898.

Riassunto il giudizio all'indomani della sentenza del Tribunale di Agrigento pubblicata il 25.6.2016, dopo un'ulteriore rinvio disposto per acquisire la prova del passaggio in giudicato della sentenza civile, all'udienza pubblica del 24.5.2017 la causa è passata in decisione.

5. Osserva il Collegio preliminarmente come, al cospetto delle numerose e articolate questioni di rito e di merito dedotte dalle parti, si impone di seguire lo stesso ordine di trattazione percorso nella sentenza impugnata, dando quindi la priorità logica all'insieme delle eccezioni sollevate dall'odierna appellante, originaria controinteressata. Con tali eccezioni - anche con quelle dedotte nella forma del ricorso incidentale cd. paralizzante - è contestata per un verso la ricevibilità del ricorso di primo grado a motivo della sua asserita tardività e, per altro verso, la legittimazione alla sua stessa proposizione, sostenendo che l'originaria ricorrente in primo grado andasse esclusa dalla procedura di gara, per due motivi.

6. Ciò posto, cominciando dall'esame del primo profilo, l'eccezione di irricevibilità muove dall'assunto che il ricorso della Eurotel notificato il 16.6.2011 sarebbe tardivo sul presupposto che, ai fini della decorrenza del termine decadenziale di 30 giorni di cui all'art. 120, co. 5, c.p.a., il *dies a quo* andrebbe individuato nel 29.3.2011, data di pubblicazione sul sito web del Comune di Licata dell'atto di aggiudicazione.

6.1. L'intero assunto si fonda sulla premessa che la pubblicazione sul sito, prevista dal bando di gara, fosse una modalità legittima ed esaustiva di informazione sull'esito della gara, in deroga all'art. 79, co. 5 e 5 bis, del d.lgs. 163/2006 che prevede invece, come noto, un sistema di comunicazione individuale, a ciascuno dei partecipanti ammessi in gara, avente ad oggetto non solo l'aggiudicazione ma anche (se non soprattutto) la sua motivazione.

La difesa appellante sottolinea, in particolare, come la Eurotel, non avendo impugnato le clausole del bando inerenti le modalità di comunicazione della gara, in tesi derogatorie all'art.

79 sopra richiamato, vi avrebbe prestato acquiescenza e, quindi, non potrebbe più dolersi dell'applicazione delle prime in luogo della disciplina di legge.

6.2. Così ricostruito il ragionamento di parte appellante, il Collegio deve ricordare come con l'art. 79, co. 5, del codice dei contratti applicabile *ratione temporis* sia stato trasposto nel nostro ordinamento, attraverso il d.lgs. 50/2010, uno dei punti più qualificanti della seconda direttiva ricorsi 66/2007.

La direttiva ricorsi del 2007, incentrata tra le altre cose sulla finalità di prevenire la stipula del contratto di appalto, sospendendone la conclusione sino a quando non siano decorsi i termini di impugnazione o non sia stato definito, almeno in sede cautelare, il giudizio sugli atti della procedura di gara, nel prevedere termini più brevi di impugnazione, àncora tale accelerazione alla condizione che gli operatori dispongano di "termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto" (art. 2 bis).

La garanzia di un ricorso efficace - ovvero, stando al nostro lessico abituale, di un ricorso (da presentare) non al buio - si lega a sua volta, nel testo della direttiva, ad una comunicazione dell'aggiudicazione accompagnata da una motivazione, per quanto sintetica, e dall'indicazione precisa del termine entro il quale è sospesa la stipula del contratto.

È quindi evidente il nesso che lega la brevità del termine di impugnazione, da un lato, con l'esigenza che il concorrente sia messo nelle condizioni migliori per valutare se impugnare (o rinunciare a farlo, concentrandosi su altre e diverse iniziative imprenditoriali), dall'altro; richiedendosi a tal fine che possa conoscere davvero il provvedimento di aggiudicazione e i motivi sui quali si fonda. Nel senso che la (accentuata) brevità del termine per agire in giudizio intanto si giustifica sul piano dei principi eurounitari in quanto il termine sia pieno ed effettivo, al netto da accertamenti, indagini e richieste di informazioni che finirebbero per comprimerlo ulteriormente, in misura non più accettabile (v. Cons. St., V, n. 592/2017 che richiama Corte di Giustizia UE 8.4.2014, in C-161/13, sub 37 della motivazione).

6.3. Chiarita l'importanza della disciplina di comunicazione dell'esito della gara, e le sue implicazioni in chiave processuale, si tratta adesso di valutare la rilevanza delle prescrizioni della *lex specialis* e se fossero derogatorie o comunque difformi sul punto.

In disparte l'annosa questione sul regime giuridico degli atti amministrativi (generali) nazionali in contrasto con il diritto UE, se affetti da nullità o annullabilità e, quindi, se disapplicabili d'ufficio o necessitanti una espressa e tempestiva impugnazione di parte; ritiene il Collegio che nel caso in esame la previsione della *lex specialis* invocata da parte appellante non potesse essere rilevante, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, non poteva esserlo perché, nella sua genericità ed eccentricità (cfr. il punto 4 del bando, che adopera un lessico atecnico e che peraltro non menziona l'art. 79, quindi non derogandovi espressamente) poteva ragionevolmente apparire (come) suscettibile di un'interpretazione adeguatrice, in senso conforme alla direttiva ricorsi del 2007, limitando l'esclusività della comunicazione mediante (la sola) pubblicazione sul sito internet agli atti diversi dall'aggiudicazione (e dall'esclusione).

In secondo luogo perché, al di là della incerta previsione della *lex specialis* sulle modalità di informazione dei candidati, la decorrenza del termine di impugnazione dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione è una norma processuale, racchiusa nel ricordato art. 120, co. 5, c.p.a., che nessuna legge di gara potrebbe mai disattendere, non essendo la materia nella disponibilità delle stazioni appaltanti.

Sotto quest'ultimo profilo, ove non fosse possibile un'interpretazione conforme del bando in questione, dovrebbe predicarsene la radicale nullità, per difetto assoluto di attribuzione, ai sensi dell'art. 21 septies l. 241/1990.

6.4. La necessità, ribadita, che l'aggiudicazione, accompagnata da una motivazione, fosse comunicata ad Eurotel nelle forme dell'art. 79 del codice dei contratti del 2006 priva di (molto della sua) rilevanza la questione relativa alla pubblicazione della determinazione del 29.3.2011 sul sito internet del comune.

Anche ammettendo che una pubblicazione vi sia stata, come sostiene l'appellante e come ha sostenuto in primo grado il Comune, resta da provare che la stessa integrasse gli estremi della conoscenza effettiva ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, per le ragioni indicate dal Giudice di primo grado al punto 8.4 della motivazione.

Ma è lo stesso fatto storico della pubblicazione sul sito internet, alla data del 29.3.2011, che resta irrimediabilmente incerto, anche dopo la sentenza del tribunale di Agrigento nel giudizio civile di falso promosso dalla Eurotel.

Se è vero infatti che il giudice civile non ha ravvisato gli estremi della falsità in atti, è vero anche che, sulla scorta della CTU ivi disposta, ha evidenziato che comunque non fosse possibile pervenire ad una data certa ed effettiva di pubblicazione del file contestato sul sito del Comune di Licata, anche in ragione del cattivo funzionamento di tale medesimo sito tra il maggio e il luglio del 2011, a causa del quale non è stata mantenuta traccia delle (precedenti) pubblicazioni dei vari documenti.

Il tutto, osserva questo CGA, a testimonianza di una approssimazione e volatilità del sistema delle informazioni rese disponibili dall'amministrazione comunale, che non permette affermazioni sicure né, tanto meno, di fondare alcuna conoscenza effettiva dalla quale far poi discendere scadenze legali.

6.5. Memori quindi dell'insegnamento secondo cui l'eccezione di irricevibilità, per tardività nella notifica del ricorso, onera chi la solleva a provare con un sufficiente grado di attendibilità il *dies a quo*, è evidente come nella vicenda in esame tale grado di attendibilità non sia stato raggiunto. Per cui il primo momento certo di effettiva conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, da parte di Eurotel, deve ritenersi sia stato il fax ricevuto il 3.6.2011, con la conseguenza di ritenere tempestivo il ricorso notificato il 16.6.2011.

7. Passando ora ad esaminare i due motivi di ricorso incidentale cd. paralizzante riproposti con l'appello (pp. 39-43), con il primo di essi si lamenta il fatto che la polizza presentata in gara a titolo di garanzia provvisoria non sarebbe stata intestata anche al professionista soggetto ausiliario, ma solo al concorrente, sul presupposto che ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara.

7.1. Reputa il Collegio come siffatto presupposto non sia condivisibile, sul rilievo che nessuna norma di legge prevede un simile adempimento, tanto meno dalla sua inosservanza fa discendere una conseguenza escludente. Né, peraltro, tale adempimento era previsto dal bando, sicché l'esclusione invocata dall'appellante difetta della benché minima base giuridica e confligge con il principio della tassatività delle cause di esclusione che governa la materia.

7.2. Con il secondo motivo, sempre dell'originario ricorso incidentale, si sostiene che Eurotel andasse esclusa per aver prodotto un DURC che sarebbe stato rilasciato per lavori privati in edilizia.

Il Tar ha disatteso la censura sulla base di una duplice motivazione: sia perché sul documento prodotto è apposto il timbro a stampa della Cassa edile di Agrigento, con l'attestazione riferita alla partecipazione alle gare pubbliche; sia perché comunque varrebbe pur sempre l'art. 16 bis, co. 10, del d.l. 185/2008 e con esso la possibilità di fornire una dichiarazione sostitutiva in merito al possesso del DURC (v., sul punto, Cga 295/2014; Tar Sicilia, Catania, 116/2012), come peraltro autorizzava a fare lo stesso disciplinare di gara (cfr. sub 3.8.) e come Eurotel fece ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 163/21006.

7.3. A fronte di queste plurime motivazioni, del tutto persuasive, l'appello non reca elementi di (nuova) critica, che non siano la mera riproposizione delle originarie censure. Deve quindi ritenersi che non vi fossero gli estremi per un'esclusione dalla gara, fatta salva l'esigenza, da parte dell'amministrazione, nel conformarsi alla presente sentenza, di riscontrare la regolarità contributiva all'attualità.

8. Si può passare ora ad esaminare il motivo dell'appello riferito al capo di sentenza con cui è stata accolta la censura di Eurotel relativa al requisito di capacità economica della Idea Costruzioni, con particolare riferimento al fatturato richiesto, di cui non sarebbe stato

dimostrato il possesso, neppure attraverso il contratto di avvalimento sottoscritto tra Idea Costruzioni e il Consorzio stabile EBG.

8.1. Il Tar ha ritenuto fondata la censura sul rilievo che l'avvalimento avesse ad oggetto il requisito SOA ma non anche il fatturato, requisito di cui nel contratto non è fatta alcuna menzione.

8.2. L'appellante impugna sul punto sostenendo che il contenuto del contratto di avvalimento andasse ricostruito alla luce della dichiarazione dell'impresa ausiliaria, recante l'impegno a mettere a disposizione "tutte le risorse necessarie di cui è carente il ricorrente"; e che, in ogni caso, il requisito di qualificazione della SOA, del cui avvalimento non si discute, assorbisse e inglobasse quello del fatturato.

8.3. Ciò posto, deve darsi per nota l'articolata e vasta giurisprudenza sul tema del contenuto dell'avvalimento in generale, e di quello cd. di garanzia in particolare: l'insegnamento secondo cui l'avvalimento non può risolversi nel prestito di un valore soggettivo puramente cartolare e astratto, ma deve, al contrario, contenere il puntuale e concreto impegno dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione di quella ausiliata le risorse economiche, i mezzi strumentali e, più in generale, l'apparato organizzativo effettivamente necessari alla partecipazione alla gara e all'esecuzione dell'appalto; come anche l'affermazione per cui l'avvalimento non può risolversi nella indeterminata e tautologica ripetizione letterale della formulazione lessicale della disposizione legislativa di riferimento, esigendo la declinazione negoziale di un vincolo puntuale ed univoco al "prestito" dei requisiti organizzativi, tecnici o finanziari di cui difetta l'impresa ausiliata per la partecipazione alla procedura (v., *ex multis*, Cons. St., III, n. 2952/2016).

In relazione all'oggetto del contratto di avvalimento, l'orientamento più recente ha escluso la sottoponibilità di tale figura a criteri più restrittivi rispetto a quelli generali dettati dal codice civile (artt. 1325 e 1346), essendo sufficiente il canone della determinabilità dell'oggetto in luogo della necessaria determinatezza sostenuta da diversa tesi (Ad. Plen., 23/2016).

8.4. Se questo è, in estrema sintesi, l'attuale stato dell'arte, quello in esame costituisce un caso limite, nel quale è palese che nel contratto di avvalimento del 25.1.2011 prodotto in atti manchi qualunque menzione, per quanto generica, del fatturato; facendosi menzione nel testo solamente dell'attestazione SOA.

8.5. La tesi della difesa appellante è che l'oggetto del contratto andrebbe integrato e ricostruito attraverso la dichiarazione resa dall'impresa ausiliare, avente un contenuto del tutto generico siccome riferito a tutte le risorse necessarie per l'appalto; laddove, invece, il Giudice di primo grado tale integrazione ha escluso sul rilievo che la dichiarazione dell'impresa ausiliare costituisce di necessità adempimento di un'obbligazione (che dovrebbe essere stata) già assunta con il contratto di avvalimento e che, per l'appunto, si riferiva in questo caso, in due punti del documento (nelle premesse e poi ai nn. 1) e 2), solamente al requisito mancante della SOA (categoria OG11).

8.6. Il ragionamento del Giudice di primo grado merita condivisione, sulla scorta non solo di un'interpretazione letterale del contratto - che per due volte menziona espressamente un requisito e quel requisito è sempre (e solo) l'attestazione SOA - ma anche alla luce del senso complessivo delle sue clausole: l'espressa ed unica menzione dell'attestazione SOA, in termini specifici, costituisce infatti un chiaro indice che quello fosse, nelle intenzioni delle parti, il solo e puntuale oggetto dell'avvalimento e che il riferimento, del tutto generico, alle risorse necessarie, altro non fosse che una clausola di mero stile, senza che su di essa possa trovare fondamento, attraverso un'integrazione postuma e perciò tardiva, il prestito anche del fatturato.

9. Né merita condivisione l'assunto per il quale l'attestazione SOA ingloberebbe il requisito del fatturato, nel senso che il primo elemento sarebbe più che sufficiente a qualificare il concorrente all'esecuzione dei lavori.

Tale ragionamento non considera infatti la natura integrata dell'appalto in questione, comprensivo dei servizi inerenti la progettazione per i quali sono prescritti requisiti di partecipazione ulteriori e *ad hoc*, come chiaramente si ricava dall'art. 53, co. 3, del d.lgs. 163/2006, tra i quali il regolamento (il d.p.r. 554/1999, all'art. 66 come anche il d.p.r. 207/2010), prima ancora del bando di gara del 18.11.2010 (al punto 9), annovera proprio il fatturato.

10. In conclusione, assorbite anche in questa sede le ulteriori censure di Eurotel dal cui ipotetico accoglimento la parte non ricaverebbe alcuna utilità aggiuntiva, la sentenza del Tar deve essere confermata per intero e, con essa, l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Idea Costruzioni.

11. La complessità delle questioni trattate, la qualità delle difese svolte, l'andamento del giudizio, sono tutti elementi che nell'insieme giustificano la compensazione delle spese dell'appello.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge, confermando per l'effetto la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 08 GIU. 2017.

Archivio selezionato: Sentenze T.A.R.

Autorità: T.A.R. Firenze sez. I

Data: 28/12/2016

n. 1871

Classificazioni: ATTO AMMINISTRATIVO - Incompetenza - - in genere

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 221 del 2015, proposto da:
Pa. Pa., rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Rizzo C.F. RZZPTR71T29D612Z, Andrea Pettini C.F. PTTNDR58T26E291N, con domicilio eletto presso Andrea Pettini in Firenze, via Landucci 17;

contro

Comune di Firenze in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Peruzzi C.F. PRZSRG56S18D612U, Maria Rosetta Fiore C.F. FRIMRS69P53L8730, con domicilio eletto presso - Uff. Legale Comune Di Firenze in Firenze, Palazzo Vecchio - piazza Signoria;

nei confronti di
Sa. Sa., An. Bi., rappresentati e difesi dall'avvocato Mauro Montini
C.F. MNTMRA68A01G825Z, con domicilio eletto presso - Studio Legale
Lessona in Firenze, via dei Rondinelli 2;
Pa. Pa., Em. Am., Cl. Ag., Mi. Ca. non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
del provvedimento dirigenziale n. 12757 del 18.12.2014, pubblicato in
pari data, con cui sono stati approvati la graduatoria del concorso
pubblico a n. 2 posti di Dirigente Economico Finanziario ed i verbali
della relativa Commissione giudicatrice nonché di tutti gli atti
presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresi:
- il Provvedimento Dirigenziale n. 2453 del 26.3.2014 con il quale è
stata nominata la suddetta Commissione;
- il provvedimento dirigenziale n. 10.707 del 23.10.2014, con il
quale è stata modificata la medesima Commissione;
- i Verbali della Commissione giudicatrice, particolarmente nella
parte in cui stabiliscono i criteri di valutazione della prova orale
e nella parte in cui attribuiscono alla prova orale del ricorrente,
sostenuta in data 11.12.2014, un punteggio pari a 15/30 (esito
pubblicato il giorno 12.12.2014);- gli atti con i quali è stata
disposta l'assunzione dei vincitori ed i conseguenti contratti
individuali di lavoro;
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Firenze e di
Sa. Sa. e An. Bi.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il dott.
Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato
nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente partecipava alla procedura selettiva, per titoli ed esami, per la copertura di due posti di dirigente economico finanziario, indetta dal Comune di Firenze con bando del 6 febbraio 2014.

La commissione, inizialmente presieduta dalla dott.sa An. Ma., direttore generale del Comune, veniva poi modificata nella sua composizione nominando, tra l'altro, quale presidente la dott.sa Marina Ristori, coordinatrice dell'Area Risorse dell'Ente.

Superata la prova preselettiva e le prove scritte, il ricorrente veniva ammesso agli orali unitamente ad altri otto candidati. All'esito di tali ultime prove il ricorrente, riportando la votazione di 15/30 (a fronte di quella minima di 21/30), non veniva inserito nella graduatoria degli idonei.

2. Avverso il provvedimento dirigenziale di approvazione della graduatoria, nonché contro i presupposti verbali della commissione giudicatrice insorgeva il sig. Pa. chiedendone l'annullamento e deducendo:

I. Violazione dell'art. 6 del DPR n. 487/1994 e degli artt. 8 e 46 del Regolamento sulle modalità di assunzione all'impiego presso il Comune di Firenze, nonché dei principi generali in materia di concorsi pubblici.

II. Violazione del DPR n. 487/1994 e degli artt. 18, 22 e 46 del Regolamento sulle modalità di assunzione all'impiego presso il Comune di Firenze, nonché dei principi generali in materia di concorsi pubblici. Eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di presupposti, ingiustizia e sviamento di potere.

III. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 46 del Regolamento sulle modalità di assunzione all'impiego presso il Comune di Firenze, del DPR n. 487/1994 e dei principi

generali in materia di formazione delle commissioni per l'accesso ai pubblici impieghi. Incompetenza ed eccesso di potere per carenza ed erronea motivazione.

2.1. Si costituivano in resistenza il Comune di Firenze e i sig.ri Sa. Sa. e An. Bi..

Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2016 il ricorso era trattenuto per la decisione.

3. Il ricorrente precisa che il proprio interesse è indirizzato, in via principale, all'annullamento della sola fase della procedura attinente alla prova orale, con eventuale ripetizione della stessa, serbando tuttavia, in relazione a quanto dedotto con il terzo mezzo di impugnazione, l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera procedura in vista della sua riedizione.

Tanto in virtù del principio dispositivo cui è ispirato anche il processo amministrativo, secondo cui il ricorrente ha il potere di scegliere le domande da proporre e anche di indicare l'ordine con il quale ritiene che i motivi, all'interno della domanda, debbano essere esaminati, potendo dichiarare l'interesse all'accoglimento di alcuni di essi solo in via subordinata, per l'ipotesi in cui altri non vengano accolti (Cons. Stato, ad. plen. n. 5/2015).

Ne discende che occorre procedere ad esaminare, in via preliminare, i primi due motivi di gravame.

4. Con il primo motivo si lamenta la violazione dell'art. 6 del DPR n. 487/1994 e degli artt. 8 e 46 del Regolamento sulle modalità di assunzione all'impiego presso il Comune di Firenze in quanto non sarebbe stato rispettato il termine dilatorio tra la comunicazione dell'ammissione alla prova orale e la data di svolgimento della medesima. Assume il ricorrente che ciò avrebbe compromesso il recupero delle energie ed una adeguata concentrazione in vista della preparazione della prova orale.

4.1. La tesi è sprovvista di fondamento.

In proposito è stato più volte espresso l'orientamento secondo cui il termine di venti giorni che, ai sensi dell'art. 6, d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, deve intercorrere tra la data di ricezione da parte del candidato della comunicazione di fissazione della prova e la data della prova medesima, non può ritenersi abbia la funzione di consentire al candidato il completamento della preparazione, avendo, al contrario, lo scopo di preavvertire con congruo anticipo i candidati circa la data di svolgimento delle prove stesse, affinché vi possano partecipare; ne consegue che l'eventuale violazione di tale termine dilatorio può assumere rilevanza solamente nel caso in cui il candidato, avvertito con ritardo, non si presenti a sostenere la prova (Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2009 n. 2315, T.A.R. Sicilia, Palermo sez. I, 2 luglio 2013 n. 1383, T.A.R. Lazio, sez. II 10 settembre 2010 n. 32216).

Nel caso di specie va inoltre precisato che le date in cui si sarebbero svolte le prove orali erano già fissate dal bando e perciò ampiamente conosciute dall'interessato che avrebbe quindi potuto agevolmente graduare la propria preparazione in vista della prova finale.

5. Con il secondo motivo parte ricorrente contesta la votazione attribuita alla prova orale che ritiene non adeguata alla sua preparazione, già dimostrata nelle altre prove sostenute, e comunque viziata per non avere la commissione comunicato preventivamente il punteggio assegnato alle prove scritte.

L'assunto non merita adesione.

5.1. In ordine al primo aspetto va, in primo luogo, rilevato che l'amministrazione, nell'ambito delle sue valutazioni discrezionali, può individuare le domande da sottoporre ai candidati delle procedure concorsuali ai fini della verifica del grado di professionalità e del livello culturale necessari per conseguire una valutazione positiva da parte della commissione esaminatrice, e tali scelte possono essere sindacate nei soli limiti esterni di manifesta illogicità ed irragionevolezza o dell'inosservanza del limite oggettivo del programma e delle materie previste per lo specifico concorso (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2015 n. 3060).

Inoltre è pacifico che, nelle procedure concorsuali, le valutazioni espresse dalle commissioni giudicatrici in merito alle prove, seppure qualificabili quali analisi di fatti e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei

candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o ancora una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2016 n. 5016).

Siffatta contraddittorietà o travisamento dei fatti non può essere inferita dalla sola circostanza che nelle prove preselettive e in quelle scritte l'interessato abbia conseguito una valutazione più che sufficiente, attesa la diversa natura e modalità di svolgimento delle prove le quali comportano evidentemente una differente attitudine e capacità del candidato.

5.2. Quanto al secondo dei profili dedotti è agevole rilevare che sia il bando che il Regolamento comunale in materia (non impugnati) stabilivano che il riconoscimento dei candidati, relativamente alle prove scritte, sarebbe avvenuto solo al termine delle prove orali, anche al fine di meglio assicurare l'obiettività di giudizio della commissione.

6. È, invece, fondato il terzo motivo di ricorso con il quale si lamenta l'irregolarità dell'atto di nomina della commissione di concorso e la conseguente illegittimità delle determinazioni da questa adottate.

Assorbente rilievo merita la censura riguardante la nomina del presidente della commissione. Come fatto cenno in precedenza, l'iniziale composizione della commissione presieduta dalla dott.sa An. Ma., direttore generale del Comune, veniva poi modificata con la nomina, quale presidente della dott.sa Ma. Ri., coordinatrice dell'Area Risorse dell'Ente.

L'art. 46 del Regolamento sulle modalità di assunzione all'impiego presso il Comune di Firenze stabilisce che "*La Commissione è nominata con determinazione dirigenziale ed è presieduta dal Direttore generale o da altro Dirigente dallo stesso designato...*".

Nel caso all'esame la commissione è stata rideterminata nella sua composizione con il provvedimento del 23 ottobre 2014 con il quale si designa alla presidenza la dott.sa Ri. (che non riveste la qualifica di direttore generale del Comune), facendo riferimento ad altro atto del 22 ottobre 2014 con cui è la dirigente a individuare se stessa per tale mansione.

6.1. Nelle sue difese il Comune evidenzia che la procedura in questione sarebbe sostanzialmente immune dai vizi denunciati in quanto la dott.sa Ri. non si sarebbe affatto autodesignata, ma sarebbe stata indicata per tale compito, sia pure verbalmente, dal direttore generale dell'Ente come sarebbe evincibile dalla nota del 22 ottobre 2014 sopra menzionata.

6.2. La tesi della controparte non può essere condivisa.

Nella suddetta nota, infatti (indirizzata al direttore delle Risorse umane e al dirigente del Servizio formazione acquisizione risorse e orari di lavoro) è dato leggere: "*Vi comunico, anche a seguito dei colloqui con il Direttore Generale, la necessità di riattivare la procedura tramite concorso pubblico per la nomina di due dirigenti con profilo economico finanziario. La commissione di concorso sarà composta dalla sottoscritta in qualità di presidente e come componenti...*".

Pare del tutto evidente al Collegio che tale nota non è idonea a costituire un valido presupposto per la nomina del presidente della commissione.

In primo luogo, dal punto di vista sostanziale, giacché tale modalità, del tutto irrituale, non consente di accertare se effettivamente la volontà del Direttore generale del Comune sia stata espressa ed in quali termini.

Da un punto di vista formale, inoltre, soprattutto in un procedimento rigorosamente formalizzato come quello attinente alle procedure concorsuali, non è ammissibile che un provvedimento sia espresso in forma orale.

L'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 dispone che "*È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione...*".

Orbene, per quanto la norma non indichi espressamente la forma scritta come elemento essenziale dell'atto, costituisce principio generale quello per cui l'atto amministrativo, soprattutto se avente contenuto provvedimentale, deve essere redatto in forma scritta (salvi i casi - da ritenere di stretta interpretazione - in cui questa può essere libera), non fosse altro

perché essa rende possibile, sia da parte dell'interessato che da parte del giudice, il sindacato sulla legittimità dello stesso.

E ciò senza contare che la forma orale non consente neppure di accertare la sottoscrizione dell'atto attestante la titolarità dell'organo agente e del relativo potere.

Nel diritto amministrativo si compie, infatti, un sostanziale capovolgimento del principio della libertà di forma applicabile al diritto comune, tanto che in ossequio ai principi di legalità, efficacia, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso o diniego deve essere espressamente prevista dalla legge e sottoposta a precise condizioni (si argomenta, fra le tante, da Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014 n. 1767).

Né può soccorrere in questo caso il ricorso ai principi del c.d. atto implicito che attiene alla diversa fattispecie in cui l'amministrazione, pur non adottando formalmente un atto, ne determina univocamente i contenuti essenziali determinandosi in una direzione cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente e non emanato (C.d.S. VI, 27 novembre 2014 n. 5887; T.A.R. Toscana, sez. I, 7 maggio 2015 n. 733).

Ne segue, per le considerazioni esposte, che stante l'illegittimità dell'atto di nomina della commissione, tutti gli atti da questa emanati sono travolti e caducati e, dunque, il ricorso va per tali motivi accolto.

Le spese del giudizio, addossate solo all'amministrazione soccombente, sono liquidate in dispositivo.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Firenze alla rifusione in favore del ricorrente delle spese processuali che si liquidano in € 3.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28 DIC. 2016.

Archivio selezionato: Sentenze Consiglio di Stato

Autorità: Consiglio di Stato sez. V

Data: 04/05/2017

n. 2028

Classificazioni: DANNI - Risarcimento in forma specifica

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2768
del 2011, proposto da:

Po. Pa. Ma. & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Ceruti e Anna Lagonegro, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via Boezio, n. 92;

contro

Comune di Loreo, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Migliorini e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

Provincia di Rovigo, in persona del presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carla Bernecoli, Licia Paparella e Nicola Massafra, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Val di Non, n. 18;

nei confronti di

Blupark s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Carricato e Luisa Fonti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, viale Mazzini, n. 11;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO, SEZIONE III, n. 5510/2010, resa tra le parti, concernente alcuni provvedimenti autorizzativi per l'apertura di un impianto di distribuzione carburanti per benzine e gasolio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Loreo, della Provincia di Rovigo e della Blupark s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Anna Lagonegro, Andrea Reggio D'Acì, in sostituzione dell'avvocato Manzi, Lara Lunari e Francesco Carricato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Veneto la Po. Pa. Ma. & C. s.n.c. impugnava gli atti con cui il Comune di Loreo e la Provincia di Rovigo avevano assentito, per quanto di rispettiva competenza, la realizzazione di un impianto di distribuzione di carburanti da parte della Blupark s.r.l. sulla strada provinciale n. 8 Loreo-Contarina, nel territorio del predetto Comune, in via Madonna del Pilastro, n. 1.

2. La società ricorrente, titolare di un impianto analogo sito a circa 500 metri di distanza, contestava la legittimità del nuovo insediamento perché destinato ad essere realizzato a distanza inferiore a quella minima di sicurezza da una curva di raggio inferiore a 100 metri, in violazione della delibera di giunta regionale del Veneto n. 497 del 18 febbraio 2005 (recante Criteri e direttive per l'individuazione da parte dei Comuni dei requisiti e delle caratteristiche delle aree sulle quali possono essere installati i distributori di carburante nonché norme tecniche di piano regolatore comunale per l'installazione di impianti di distribuzione di carburante), del codice della strada e del relativo regolamento di attuazione.

3. Con la sentenza in epigrafe l'adito tribunale:

- dichiarava irricevibili i motivi proposti nei confronti dei permessi di costruire (n. 10 del 23 maggio 2009 e variante n. 7 del 21 Aprile 2010, rilasciati dal Comune di Loreo), dell'autorizzazione petrolifera (n. 2 del 25 Settembre 2009, rilasciata dal medesimo Comune) e dell'autorizzazione all'apertura dell'accesso all'impianto dalla strada provinciale (provvedimento della Provincia di Rovigo in data 7 Aprile 2009, prot. n. 17414), sul presupposto che la ricorrente aveva conosciuto questi atti il 19 maggio 2010 e proposto ricorso il 15 settembre successivo;

- dichiarava inammissibili i motivi proposti contro l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impianto (provvedimento del Comune di Loreo in data 17 Giugno 2010 prot. n. 4121) e della nota con cui la Provincia di Rovigo aveva respinto l'istanza di riesame dei provvedimenti e dei pareri già rilasciati a favore della Blupark (nota in data 17 Giugno 2010 prot. n. 34707), rispettivamente perché costituente, il primo, atto non autonomamente lesivo e privo di natura provvedimento il secondo;

- respingeva conseguentemente la domanda risarcitoria per perdita di ricavi, proposta dalla società ricorrente.

4. Con il presente appello quest'ultima:

- censura innanzitutto la sentenza di primo grado per l'omesso esame della domanda risarcitoria malgrado le statuizioni in rito emesse sulla domanda di annullamento, perché con ciò il Tribunale amministrativo avrebbe applicato la teoria della pregiudiziale amministrativa, respinta dalla Corte di Cassazione;

- contesta la statuizione di irricevibilità sul presupposto dell'esistenza di un atto di conferma propria, consistente nella citata nota della Provincia di Rovigo del 17 Giugno 2010, prot. n. 34707, che renderebbe tempestiva l'impugnazione;

- sotto il medesimo profilo, censura gli atti impugnati per nullità ex art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, donde l'inapplicabilità del termine di decadenza valevole per l'azione di annullamento;

- ripropone i motivi di ricorso già svolti in primo grado e non esaminati dal Tribunale amministrativo.

5. Per resistere all'appello si sono costituiti il Comune di Loreo, la Provincia di Rovigo e la controinteressata Blupark.

6. In memoria conclusionale la Po. Pa. Ma. ha riferito dell'inchiesta penale che ha coinvolto il responsabile del procedimento autorizzativo a favore della controinteressata, di cui ha (sin dal ricorso di primo grado) dedotto la situazione di conflitto di interessi nella presente controversia, perché padre del progettista della Blupark, e delle determinazioni conseguentemente adottate dalla Provincia di Rovigo, oggetto di ulteriori contenziosi pendenti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Veneto, confermando di avere interesse ad una pronuncia nel merito del presente appello in ragione della domanda risarcitoria azionata.

Diritto

DIRITTO

1. Assume carattere prioritario il secondo motivo d'appello, nel quale la Po. s.n.c. censura la dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado emessa dal Tribunale amministrativo. Sul punto, la società appellante riconosce di avere acquisito conoscenza dei permessi di costruire e degli altri provvedimenti autorizzativi impugnati nel mese di maggio 2010, all'esito di apposita istanza di accesso agli atti, come accertato dal giudice di primo grado (precisamente il 19 maggio 2010, data riportata nella ricevuta dei documenti oggetto dell'istanza la società ricorrente ha rilasciato all'amministrazione). La Po. s.n.c. si duole invece che non si sia tenuto conto dell'atto confermativo emesso dalla Provincia di Rovigo in data 17 giugno 2010, prot. n. 34707, con cui è stato definito il procedimento di riesame degli atti a favore della controinteressata, avviato su sua istanza depositata il precedente 8 giugno 2010, corredata da perizia tecnica diretta a dimostrare il mancato rispetto delle distanze minime di legge del nuovo impianto. Tale nuova determinazione, secondo l'appellante, costituisce non già un atto meramente confermativo, ma una conferma propria, adottata all'esito di apposita istruttoria, idonea a determinare una riapertura del termine per ricorrere in giudizio.

2. Il motivo è infondato.

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, la pretesa conferma della Provincia di Rovigo non costituisce in realtà un provvedimento impugnabile, ma un atto con cui

quest'ultima amministrazione ha chiarito le ragioni a sostegno della legittimità dell'impianto di distribuzione di carburanti assentito. Più precisamente, l'atto in questione è stato emesso in risposta alla nota del Comune di Loreo del 10 giugno 2010, n. di prot. 3960, con cui quest'ultima amministrazione, ricevuta dall'odierna appellante l'istanza di riesame dei provvedimenti emessi a favore della Blupark, aveva sospeso l'esercizio provvisorio del nuovo impianto ed invitato la Provincia a rivedere il proprio assenso precedentemente emesso a favore della Blupark, ovvero l'autorizzazione all'apertura dell'accesso carrabile a servizio del nuovo impianto sulla strada provinciale n. 8 (provvedimento in data 7 Aprile 2009, prot. n. 17414, sopra citato).

3. Nello specifico, con questo atto la Provincia ha chiarito al Comune di Loreo che per la tipologia di strada in questione l'accesso all'impianto di distribuzione doveva ritenersi conforme ai requisiti dei passi carrabili ex art. 46 del regolamento di esecuzione al codice della strada (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495), in particolare perché munito di una breve corsia di decelerazione, con ingresso consentito ai soli veicoli provenienti dal senso di marcia posto sul lato in cui l'impianto è sito. Di seguito, la nota specifica che in base ai "*dati tecnici in possesso*" della Provincia il raggio della curva posta immediatamente prima dell'impianto ha un raggio di curvatura superiore a 100 metri e che, date le descritte caratteristiche dell'accesso assentito, il medesimo è conforme alle norme tecniche approvate con la citata delibera di giunta regionale del Veneto n. 497 del 18 febbraio 2005 per cui tale impianto deve essere ubicato "*oltre la tangente della curva*". Quindi, nell'atto in esame si conclude che nel caso di specie "*l'accesso è stato realizzato fuori dalla tangente della curva e, pertanto, in posizione corretta*".

4. Così sintetizzato il contenuto della predetta nota e il contesto nel quale essa è stata emessa, non possono essere configurati i presupposti per attribuirle natura di provvedimento emesso all'esito di un'istruttoria ulteriore rispetto a quella sottostante agli atti di assenso già emanati; si tratta invece di una mera conferma di questi ultimi ed in particolare dell'autorizzazione all'apertura dell'accesso carrabile a servizio dell'impianto di distribuzione della controinteressata.

La società Po. pretende invece di ricavare il carattere di conferma propria sulla base della citata nota del Comune di Loreo del 10 giugno 2010, prot. n. 3960, in cui l'amministrazione civica chiede espressamente alla Provincia "*un supplemento di istruttoria*" alla luce degli elementi forniti dalla medesima società nella propria istanza di riesame; sennonché dall'esame della risposta fornita dall'amministrazione provinciale risulta che nel caso di specie nessuna istruttoria quest'ultima ha poi ritenuto di esperire, limitandosi ad un mero chiarimento delle ragioni sottostanti all'autorizzazione di propria competenza già rilasciata.

L'assenza di volontà provvedimentale è ulteriormente ricavabile dal fatto che la nota provinciale non è stata resa all'esito di un procedimento di riesame avviato dalla Provincia, con la doverosa comunicazione della Blupark dell'avvio dello stesso, ma è rimasta limitata ad una mera interlocuzione con il Comune di Loreo, presso il quale la Po. s.n.c. aveva depositato un'istanza di riesame.

5. A questo punto deve essere esaminato il terzo motivo d'appello, con cui la Po. s.n.c. deduce l'omesso esame da parte del giudice di primo grado dei motivi volti a sostenere che gli atti impugnati sono nulli (III e VI del ricorso davanti al Tribunale amministrativo). Secondo l'appellante questo vizio sarebbe integrato dalla situazione di conflitto di interessi in cui versava il responsabile "*dei procedimenti amministrativi di autorizzazione provinciale all'accesso dalla strada provinciale*" (così nell'appello), poi deceduto, a quanto riferito dalla Provincia di Rovigo, nei cui confronti - come dedotto e provato negli scritti conclusionali e a mezzo di produzioni probatorie dall'appellante - sono stati poi avviati procedimenti penali e disciplinari: sulla base di ciò, secondo la società Po., ricorrerebbe l'ipotesi di nullità per mancanza dei requisiti essenziali dell'atto ex art. 21-*septies* della legge 241 del 1990, cosicché

non si applicherebbe il termine di decadenza di 60 giorni previsto per l'azione di annullamento.

6. Il motivo è infondato.

Come ancora di recente ribadito da questo Consiglio di Stato (IV, 24 maggio 2016, n. 2202), pur dopo la positivizzazione della nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto.

Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l'atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da rendere impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità ex art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale.

7. Al di fuori di questa evenienza (e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo) ogni patologia da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies* poc'anzi citato. Nell'ambito di quest'ultima vanno tra l'altro inclusi tutti i vizi da cui è affetta la volontà dell'amministrazione e che comportano una deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato (in questo senso Cons. Stato, V, 4 maggio 2015, n. 2237, 17 febbraio 2014, n. 755; VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). *A fortiori* deve pervenirsi quindi alla stessa conclusione per quanto riguarda la supposta situazione di conflitto di interessi del responsabile del procedimento dedotta dalla società Po., ovvero in un'ipotesi in cui l'illegittimità non attiene alla struttura dell'atto, ma alla posizione del funzionario agente di conflitto tra gli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione e oggetto di attribuzione del potere autoritativo e i contrapposti interessi privati.

8. In ragione di tutto quanto finora esposto devono essere confermate le statuizioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso di primo grado, con riguardo all'azione impugnatoria con esso proposta. Infatti, acquisita la conoscenza del provvedimento lesivo il 19 maggio 2010, come rilevato in precedenza, la Po. s.n.c., ha lasciato scadere il termine decadenziale di sessanta giorni decorrente da tale data, e cioè il 18 luglio 2010, senza proporre il ricorso, dal momento che quest'ultimo è stato notificato alle parti pubbliche e private resistenti solo il 15 settembre successivo.

9. Si può quindi passare ad esaminare il primo motivo d'appello, con cui la società originaria ricorrente chiede che sia esaminata la propria domanda risarcitoria a prescindere dall'esito di quella di annullamento e censura la statuizione di "*infondatezza*" resa in relazione alla stessa dal Tribunale amministrativo in via di mera conseguenza rispetto all'"*inammissibilità ed irricevibilità*" dichiarata con riguardo alla seconda.

10. Le censure della s.n.c. Po. sono sul punto fondate.

La regola della c.d. pregiudiziale amministrativa, vale a dire la necessità che l'azione risarcitoria sia preceduta con esito positivo dall'azione di annullamento, elaborata dalla risalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è stata ritenuta inoperante in relazione ai giudizi instaurati in epoca precedente, come quello presente (cfr. Cass., SS.UU., ordd. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; sent. 23 dicembre 2008, n. 30254).

11. Per quelli successivi, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha statuito che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela specifici previsti dall'ordinamento a tutela delle posizioni di interesse legittimo, nel caso in cui essa avrebbe impedito la consolidazione di

effetti dannosi, costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, elemento valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza (sentenza 23 marzo 2011, n. 3). Ciò in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, IV, 13 aprile 2016, n. 1459).

12. A tale riguardo si è ritenuto applicabile il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, a mente del quale non sono risarcibili i danni evitabili con un comportamento diligente del danneggiato. Si è in particolare ritenuto che a questa disposizione del codice civile rinvii in modo implicito l'art. 30, comma 3, secondo periodo, cod. proc. amm., il quale prevede che nella determinazione 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"*.

13. Pertanto - sempre secondo l'Adunanza plenaria - l'art. 30, comma 3, cod. proc. amm. ha introdotto un giudizio basato sulla cd. causalità ipotetica, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il privato non avrebbe subito se avesse tenuto il comportamento collaborativo cui è tenuto sulla base degli obblighi di correttezza su di esso gravanti, tra i quali rientra anche la rituale instaurazione del giudizio diretto all'annullamento dell'atto, tenuto conto che l'utilizzazione di siffatto rimedio sarebbe stata idonea, secondo il ricordato paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, ad evitare in tutto o in parte il pregiudizio derivante dall'atto medesimo (in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, III, 20 aprile 2016, n. 1565, che ha escluso il risarcimento per danni che la ricorrente avrebbero potuto evitare se avesse provveduto alla rituale impugnazione del provvedimento lesivo).

14. L'Adunanza plenaria ha anche specificato che la regola introdotta da quest'ultima disposizione è ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del comma 2 dell'art. 1227 citato (nello stesso senso: Cons. Stato, VI, 9 aprile 2015, n. 1781).

15. Nell'ambito dell'indirizzo inaugurato dall'Adunanza plenaria si è quindi precisato che la mancata impugnazione dell'atto lesivo, come anche in caso di impugnazione irricevibile o inammissibile, assume nell'ambito della verifica circa la sussistenza dei presupposti di fondatezza della pretesa risarcitoria, ex art. 2043 cod. civ., specifico rilievo ai fini della configurazione del nesso di causalità fra fatto lesivo e danno risarcibile. Peraltro, occorre segnalare in senso contrario alcune recenti prese di posizione di questo Consiglio di Stato di maggior rigore, in cui si è ritenuto che ostasse all'esame nel merito della domanda di risarcimento per equivalente la decadenza dall'azione impugnatoria (Cons. Stato, IV, 8 gennaio 2016, n. 25, 6 ottobre 2015, n. 4642). Ciò, in particolare, in applicazione del combinato disposto degli artt. 30, comma 3, e 1227, comma 2, cod. civ. o dell'art. 34, comma 2, del codice del processo, secondo cui il giudice non può conoscere della legittimità di atti che avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnati, ritenendosi che detto accertamento sia precluso anche ai soli fini del risarcimento per equivalente.

16. Tutto ciò premesso, la Sezione reputa di non potere condividere l'indirizzo di maggior rigore da ultimo segnalato, nell'ambito del quale si è invece posto il giudice di primo grado, nella misura in cui introduce un automatismo tra azione di annullamento e azione risarcitoria che le Sezioni unite della Cassazione hanno respinto e che il codice del processo amministrativo ha quindi inteso superare sul piano normativo, con una norma che l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha qualificato come ricognitiva anche del regime precedente, in cui si colloca anche la presente controversia.

Deve ancora darsi conto del fatto che, sia pure nell'ambito di un *obiter dictum*, la Cassazione ha anche formulato critiche alla tesi dell'autonomia "temperata" formulata dall'Adunanza plenaria ed ha invece affermato il principio secondo cui sebbene "norma di settore" l'art. 30

del codice del processo amministrativo sarebbe espressiva del principio generale "*dell'indipendenza del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio*"(Cass. civ., III, 17 settembre 2013, n. 21255).

17. Pertanto, la tardiva impugnazione degli atti amministrativi può in ipotesi assumere rilievo ai fini della determinazione dei danni risarcibile, ma non anche per escludere *tout court* il risarcimento risarcitorio e dunque per soprassedere dall'accertamento incidentale della legittimità degli atti sollecitato attraverso la domanda di reintegrazione per equivalente. Tanto più che nel caso di specie la Po. s.n.c., pur avendo tardivamente proposto l'azione risarcitoria ha nondimeno sollecitato le amministrazioni competenti a rivedere il proprio operato, e dunque, esercitando una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento, ha sollecitato l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990, così avvalendosi di uno degli strumenti di tutela cui ha fatto rinvio l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 23 marzo 2011, n. 3, sopra ricordata.

18. Ciò precisato, la Sezione osserva che l'odierna appellante insiste negli assunti di illegittimità degli atti impugnati perché hanno consentito la realizzazione di un impianto di distribuzione di carburanti all'uscita di una curva con raggio inferiore a 100 metri ad una distanza di sicurezza inferiore a quella minima di 95 metri dal punto di tangenza, come previsto dall'art. 9 del capo 2 (rubricato "*principi generali*") dell'allegato 1 alla citata delibera di giunta regionale del Veneto n. 497 del 18 febbraio 2005, recante criteri e direttive per l'individuazione da parte dei Comuni dei requisiti e delle caratteristiche delle aree sulle quali possono essere installati i distributori di carburanti.

19. A dimostrazione dei propri assunti la società Po. ha prodotto nel giudizio di primo grado due perizie, una delle quali già allegata all'istanza di riesame dei provvedimenti impugnati presentata l'8 giugno 2010 (e parimenti prodotta in giudizio), da cui risulta che il raggio di curvatura in questione (ovvero della curva più vicina all'impianto in contestazione), misurato sulla linea di mezzzeria della strada, è di 95,5 o 98,13 metri, mentre l'impianto di distribuzione della Blupark si colloca "*esattamente in corrispondenza del punto finale della curva*" (pag. 18 dell'appello).

20. L'odierna appellante ha anche prodotto una valutazione tecnica diretta a comparare i risultati in questione con quelli cui è invece pervenuta la Provincia di Rovigo, che nella propria relazione tecnica in data 10 settembre 2010 ha invece misurato in 128,28 metri il raggio di curvatura (perizia asseverata del 2 marzo 2011).

In tale atto è stato posto in evidenza il rilevante scostamento della misurazione della Provincia rispetto a quella degli altri due consulenti nominati dalla società odierna appellante, superiore in entrambi i casi al 30%, a fronte della differenza minima tra le due misurazioni fatte da questi ultimi, pari al 2,75%. Il primo scostamento è stato quindi verosimilmente ascritto all'aver l'amministrazione preso "*come riferimento punti non esatti*" o nell'aver commesso "*errori nella restituzione grafica del rilievo*". Nella relazione peritale si conclude pertanto nel senso che sono condivisibili le perizie di parte.

In questo elaborato si soggiunge che il corretto criterio di computo del raggio di curvatura dovrebbe considerare il ciglio della strada anziché la linea di mezzzeria, perché in questo modo si terrebbe conto dell'effettiva pericolosità del tracciato stradale e che in conseguenza di ciò la violazione della distanza minima di sicurezza è ancora più evidente, dal momento che la curva in contestazione risulterebbe avere un raggio di 91,42 metri.

Su queste basi l'odierna ricorrente contesta dunque i presupposti su cui si fonda la nota della Provincia di Rovigo del 17 giugno 2010, prot. n. 34707, sopra esaminata, in cui il raggio di curvatura è stato espressamente quantificato come superiore a 100 metri.

21. Sul punto va peraltro dato conto delle controdeduzioni avversarie.

Con la più volte citata nota della Provincia di Rovigo del 17 giugno 2010, prot. n. 34707, l'amministrazione ha precisato che la strada provinciale n. 8, su cui è stato autorizzato l'impianto di distribuzione della Blupark, è classificabile come strada di tipo F / locale, con le

conseguenze previste dall'art. 61 del regolamento di esecuzione del codice della strada relativo alle "Aree di servizio destinate al rifornimento e al ristoro degli utenti" (così la rubrica).

È stato in particolare ritenuto applicabile il comma 3 della disposizione regolamentare ora citata, il quale prevede quanto segue: "*Sulle strade di tipo E ed F in ambito urbano gli impianti di distribuzione dei carburanti devono rispondere, per quanto riguarda gli accessi, ai requisiti previsti per i passi carrabili, di cui all'articolo 46. Gli impianti di distribuzione, comprese le relative aree di sosta, non devono impegnare in ogni caso la carreggiata stradale*". A sua volta, il richiamato art. 46 del medesimo regolamento - rubricato "*Accessi nelle strade urbane. Passo carrabile*" - prevede, per quanto rileva nel presente giudizio, ed in particolare nei commi 2, lett. a) e b), e 4, richiamati nella nota provinciale del 17 giugno 2010, prot. n. 34707, che il passo carrabile: deve essere distante "*almeno 12 metri dalle intersezioni*" e in ogni caso visibile "*da una distanza pari allo spazio di frenata risultante dalla velocità massima consentita nella strada medesima*" (comma 2, lett. a)); deve quindi "*consentire l'accesso ad un'area laterale che sia idonea allo stazionamento o alla circolazione dei veicoli*" (comma 2, lett. b); ed infine deve essere realizzato "*in modo da favorire la rapida immissione dei veicoli nella proprietà laterale*" (comma 4).

A quest'ultimo riguardo, si precisa in particolare che l'impianto è servito da "*una breve corsia di decelerazione*".

22. Inoltre, nella medesima nota si afferma inoltre che l'art. 9 della delibera di giunta regionale è rispettato, perché in base ai dati tecnici in possesso della Provincia la curva in contestazione ha un raggio superiore a 100 metri, per cui sarebbe rispettata la previsione del citato articolo della delibera a mente del quale "*Ove i raggi minimi di curvatura siano compresi fra i mt. 300 (trecento) ed i mt. 100 (cento), l'installazione è consentita fuori dalla curva oltre i punti di tangenza*".

Al medesimo riguardo, con nota del 18 maggio 2015, prot. n. 18955, adottata all'esito di un nuovo riesame dell'autorizzazione all'apertura dell'accesso sulla strada provinciale n. 8, originato dalle indagini penali avviate dalla Procura della Repubblica di Rovigo sui fatti oggetto del presente giudizio, la Provincia ha nuovamente ribadito che la distanza minima in questione è stata rispettata, come emerso da "*successivi rilievi*" fatti dai competenti uffici tecnici.

23. Il Comune di Loreo ha invece dedotto che la distanza dell'impianto dall'intersezione più vicina è di 37 metri e che lo stesso è visibile da oltre 50 metri, a fronte di una velocità massima consentita sulla strada provinciale di 50 km/h e di uno spazio di frenata conseguentemente stimabile in 30 metri (cfr. la memoria costitutiva dell'amministrazione civica).

24. Dal canto suo, la controinteressata Blupark ha contestato le misurazioni del raggio di curvatura dei periti di parte avversaria, producendo una perizia che perviene a risultati superiori al limite di 100 metri.

25. In relazione alle circostanze addotte dalle controparti, la s.n.c. Po. sostiene che non sarebbe comunque rispettata la distanza previsto dalla citata lett. a), comma 2, dell'art. 46 d.P.R. n. 495 del 1992, ovvero 12 metri dall'intersezione, dal momento che l'impianto contestato è ubicato "*in esatta corrispondenza del punto conclusivo della curva, ossia a 0 metri dalla medesima*" (pag. 26 dell'appello).

L'appellante sottolinea inoltre che le norme tecniche approvate dalla giunta regionale veneta si aggiungono a quelle nazionali e sotto questo profilo vanno considerate ai fini della loro applicazione al caso di specie, oltre al citato art. 9, relativo alla distanza minima dalle curve a seconda del raggio di queste, anche l'art. 46 del capo 9 (rubricato "*accessi*"), che pone in ogni caso come limite minimo una distanza di 12 metri degli impianti di distribuzione "*da dossi, curve, intersezioni, impianti semaforici*".

26. Così sintetizzate le contrapposte prospettazioni, deve innanzitutto escludersi che sia applicabile nella presente fattispecie la norma tecnica regionale da ultimo citata, ovvero l'art.

46 dell'allegato 1 alla delibera di giunta n. 497 del 18 febbraio 2005. Come infatti evidenzia la Blupark (in memoria conclusionale), questo limite riguarda gli impianti di distribuzione ubicati nei "centri abitati", mentre quello in contestazione è sito in un'area extraurbana.

Inoltre, la norma in questione in combinato con l'art. 9 del medesimo allegato 1 deve essere intesa nel senso che le distanze minime previste dall'art. 46, che per gli impianti ubicati fuori dai centri abitati sono elevate a 95 metri, riguarda le sole ipotesi di curve con raggi uguali o inferiori a 100 metri. Infatti, l'ultimo periodo dell'art. 9 - recante la norma invocata dalla Po. s.n.c. a sostegno dell'illegittimità degli atti oggetto del presente giudizio, come sopra rilevato - prevede lo stesso limite minimo di 95 metri dal punto di tangenza della curva, laddove il raggio di quest'ultima non superi i 100 metri. Per contro, ai sensi della medesima norma tecnica in caso di raggio superiore a 100 metri ed inferiore a 300 metri "l'installazione è consentita fuori dalla curva oltre i punti di tangenza" (secondo periodo dell'art. 9).

Pertanto, ritenere in ogni caso applicabili le distanze minime previste dall'art. 46 delle norme tecniche regionali, anche per raggi di curvatura superiori a 100 metri, equivarrebbe a privare di significato il principio generale dettato dalla Regione Veneto con le norme tecniche da essa stessa approvate e contenute dell'art. 9 ora esaminate.

27. Non è inoltre condivisibile il richiamo all'art. 46, comma 2, lett. a), del regolamento di esecuzione del codice della strada, di cui al d.P.R. n. 495 del 1992. Infatti, la distanza minima di 12 metri da essa richiesta per i passi carrabili, ed estesa ai sensi dell'art. 61, comma 3, agli impianti di distribuzione su strade di tipo F, riguarda "le intersezioni", le quali per condizioni di visibilità e spazi di frenata consentiti non sono assimilabili alle curve.

28. Ai fini della verifica della legittimità dei provvedimenti oggetto del presente giudizio residua quindi la questione relativa all'ampiezza del raggio della curva subito dopo la quale è situato l'impianto distribuzione che la Po. s.n.c. contesta. Infatti, quand'anche risultino rispettate le ulteriori condizioni richieste dal d.P.R. n. 495 del 1992 - su cui peraltro non vi è contestazione da parte dell'appellante - rimane comunque ferma la necessità di rispettare gli ulteriori standard di sicurezza introdotti dalla Regione Veneto con la più volte citata delibera di giunta n. 497 del 18 febbraio 2005, tra i quali le regole generali di cui all'art. 9 dell'allegato 1.

29. Ciò precisato, non risulta innanzitutto fondato il presupposto da cui muove il perito di parte ricorrente nel comparare i diversi risultati ottenuti dalle diverse misurazioni del raggio di curvatura fatte sia, da un lato, dai tecnici incaricati dalla medesima società, sia da quelli della Provincia di Rovigo, secondo cui a tale fine occorrerebbe avere riguardo al raggio minimo della curva e quindi si dovrebbe tenere conto del margine interno della carreggiata.

Il tema è ripreso negli scritti depositati in questo giudizio dalla Po. s.n.c. attraverso il richiamo di circolari dell'A.N.A.S. in materia, ma è puntualmente contraddetto dalla Blupark, con il rilievo che queste riguardano strade nazionali e la delibera di giunta regionale non fa alcun riferimento ad esse.

Pertanto, in assenza di prescrizioni puntuali, il criterio di misurazione incentrato sulla linea di mezzzeria della carreggiata, ovvero su un dato medio, indicativo dell'asse stradale, costituisce un parametro del tutto legittimo, che diversamente da quanto sostenuto dal perito tecnico di parte appellante consente di apprezzare in modo adeguato le situazioni di pericolo legate alla circolazione veicolare sulla base del tracciato della strada.

30. Per quanto riguarda quindi il raggio di curvatura, come sottolinea la Blupark, la sola discrasia tra i dati cui sono giunti i periti di parte avversaria costituisce elemento che consente di dubitare dell'attendibilità delle misurazioni fatte dagli stessi, per i diversi esiti cui è possibile giungere, a seconda dei punti di riferimento presi in considerazione per queste operazioni.

31. La Sezione soggiunge sul punto che questo scostamento è indicativo dell'esistenza di un questioni tecniche di non agevole soluzione e dunque tali da denotare, considerata la

vicinanza delle misurazioni in questione al valore minimo di 100 euro, l'assenza di una colpa nell'operato dell'amministrazione.

Al riguardo si ricorda che l'accertamento in sede giurisdizionale di vizi di legittimità in provvedimenti dell'amministrazione non integra di per sé gli estremi di una condotta colposa cui possa collegarsi l'obbligo risarcitorio nei confronti del destinatario dell'atto. Infatti, in conformità all'inquadramento della responsabilità per illegittimità provvedimentoale al paradigma dell'art. 2043 cod. civ., questa forma di responsabilità non può essere dichiarata in base al solo dato oggettivo della illegittimità del provvedimento adottato, ma è necessario che sia data anche la dimostrazione che l'amministrazione abbia agito quanto meno con colpa grave, di modo che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 della Costituzione (giurisprudenza pacifica di questo Consiglio di Stato, da ultimo ribadita da questa Sezione, nella sentenza 21 aprile 2016, n. 1584; nello stesso senso si esprime anche la giurisprudenza di legittimità: cfr., *ex multis*, Cass. civ., III, 8 giugno 2015, n. 11794).

Pertanto, una volta appurato che i risultati delle misurazioni possono condurre ad esiti diversi, quand'anche si volesse ritenere che i dati forniti sul punto dai periti della Po. sono conformi al vero - il che non è dimostrato - non può negarsi che il rilascio dell'autorizzazione all'apertura dell'accesso sulla strada rilasciata dalla Provincia di Rovigo sul presupposto che il raggio di curvatura fosse superiore a 100 metri sarebbe in ogni caso qualificabile come errore scusabile avente effetto esimente rispetto all'addebito di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 poc'anzi citato formulato dalla società originaria ricorrente.

32. Deve poi evidenziarsi che nel comparare i vari risultati delle misurazioni fatte su incarico della società odierna appellante e di quelle invece disposte dalla Provincia di Rovigo (nella citata relazione tecnica del 10 settembre 2010) il perito della prima si limita, da un lato, ad ipotizzare errori di misurazione da parte della seconda, senza fornire elementi di dimostrazione atti a smentire in modo puntuale il procedimento seguito dall'amministrazione resistente, e che, dall'altro lato, la prova della correttezza delle rilevazioni di parte Po. viene supportata sulla base di un elemento evidentemente non risolutivo, consistente nel limitato scostamento delle misurazioni fatte dai periti di quest'ultima.

33. Ancora sul punto, nell'ambito dei limiti del sindacato sugli accertamenti tecnici consentito nella presente sede di legittimità, non appare inficiato da evidenti errori il criterio applicato dall'amministrazione provinciale nella poc'anzi ricordata relazione tecnica del 10 settembre 2010 e che ha condotto al risultato di 128,18 metri di raggio di curvatura. Come si legge nel documento in questione, la metodologia seguita è consistita nell'"*eseguire batture sui punti di mezzzeria della segnaletica orizzontale di margine carreggiata ed in asse carreggiata*"; ed inoltre: "*Il rilevamento del punto di tangenza lato Porto Viro è stato individuato sulla carreggiata stradale essendoci il cambio di direzione sia dell'asse della strada sia del raggio interno ed esterno*". La relazione specifica quindi che i punti rilevanti sono stati eseguiti "*inseriti e gestiti*" tramite apposito programma informatico, dei cui risultati vi è poi rappresentazione grafica nella medesima relazione, che dà dimostrazione dei punti di riferimento considerati nella misurazione.

A fronte di ciò, nel presente giudizio la Po. non ha contestato in modo specifico questo criterio ma - come visto sopra - ha prospettato in modo del tutto ipotetico e generico che i riferimenti presi in considerazione dalla Provincia non sarebbero esatti e che sarebbero occorsi errori nella rappresentazione grafica dei rilievi svolti ed ha in modo altrettanto apodittico sostenuto la correttezza degli accertamenti invece condotti dai propri periti di parte.

34. Per tutte le ragioni esposte l'appello deve pertanto essere respinto, ma la complessità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti.

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa tra tutte le parti le spese di causa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04 MAG. 2017.

Archivio selezionato: Sentenze Consiglio di Stato

Autorità: Consiglio di Stato sez. VI

Data: 17/05/2017

n. 2337

Classificazioni: EDILIZIA E URBANISTICA - Violazione di piani regolatori e di regolamenti edilizi comunali - - ordine di demolizione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 569 del 2017, proposto da:
Oasi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avvocati Mario Sanino C.F. SNNMRA38E03H501M, Lorenzo
Ruggeri C.F. RGGLNZ67H19G479H, con domicilio eletto presso Mario
Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Gabicce Mare, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Berti C.F.
BRTNDR68T18G479M, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del
Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Um. Ug., Va. Er., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00566/2016,
resa tra le parti, concernente il provvedimento con cui il Comune di
Gabicce Mare ha irrogato alla società ricorrente la sanzione
amministrativa pecuniaria di Euro 20.000,00, ai sensi e per gli
effetti dell'art. 31, comma 4-bis, d.P.R. 380/2001, per non avere
provveduto ad ottemperare al contenuto dell'ordinanza n. 99 del
9.7.2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Gabicce Mare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 il Cons.
Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino, Lorenzo
Ruggeri, Andrea Berti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. - Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche respingeva il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Oasi s.r.l. avverso, rispettivamente, il provvedimento n. 44/III Settore del 19 marzo 2015 con cui il Comune di Gabicce Mare aveva irrogato alla società ricorrente la sanzione pecuniaria di 20.000,00 Euro, per non aver ottemperato all'ordinanza n. 99 del 9 luglio 2013 di riduzione in pristino dello stato dei luoghi a seguito della realizzazione di opere abusive, e il provvedimento n. 147/III Settore del 17 giugno 2015 con cui era stata disposta l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del fabbricato oggetto degli interventi abusivi.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la società Oasi, contestando la correttezza del gravato giudizio di legittimità dei provvedimenti sanzionatori impugnati in primo grado, insistendo nel sostenere l'invalidità di questi ultimi e concludendo per il loro annullamento, in riforma della sentenza appellata.

Resisteva il Comune di Gabicce Mare, difendendo la decisione appellata e domandandone la conferma, previa reiezione dell'appello.

Alla camera di consiglio del 2 marzo 2017 il ricorso, previa informativa alle parti, veniva trattenuto in decisione ai sensi degli artt. 60 e 98 c.p.a.

2. - L'appello, che può essere definito con sentenza in forma semplificata ricorrendone le condizioni stabilite dalle disposizioni processuali citate, è fondato e dev'essere accolto.

3. - Risulta, in particolare, fondata l'argomentazione, svolta soprattutto nel terzo motivo di appello, con cui la società appellante sostiene l'inapplicabilità delle sanzioni previste per l'inottemperanza a ordini di demolizione di manufatti abusivi, nelle ipotesi, quale quella in esame, in cui l'immobile sia sottoposto a sequestro penale.

La questione, quindi, si risolve nella disamina della validità o dell'efficacia dei provvedimenti sanzionatori adottati sulla base del rilievo dell'omessa esecuzione di presupposti ordini di demolizione (o di riduzione in pristino) di opere abusive, che esulano, tuttavia, dalla disponibilità del destinatario dell'ordinanza rimasta inattuata, in quanto sequestrati dal giudice penale.

Tale problema, tuttavia, implica anche la soluzione della (logicamente) presupposta questione della validità (e dell'efficacia) dell'ordine di demolizione, per la cui inottemperanza sono state irrogate le misure sanzionatorie previste dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001.

4. - Il Collegio non ignora che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sia amministrativo (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283), sia penale (Cass. Pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9186), ritiene irrilevante la pendenza di un sequestro, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori, sulla base della non qualificabilità della misura cautelare reale quale impedimento assoluto all'attuazione dell'ingiunzione, in ragione della possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p.; ma reputa di dissentire da tale orientamento, per le ragioni di seguito sinteticamente (tenendo conto, per quanto possibile, della forma semplificata della presente sentenza) esposte.

5. - Con una prima, e, per certi versi, dirimente, argomentazione, l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale dovrebbe essere ritenuto affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-*septies* l. n. 241 del 1990 (in relazione agli artt. 1346 e 1418 c.c.), e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando.

In altri termini, l'ingiunzione che impone un obbligo di fare inesigibile, in quanto rivolto alla demolizione di un immobile che è stato sottratto alla disponibilità del destinatario del comando (il quale, se eseguisse l'ordinanza, commetterebbe il reato di cui all'art. 334 c.p.), difetta di una condizione costitutiva dell'ordine, e cioè, l'imposizione di un dovere eseguibile

(C.G.A.R.S., Sezioni Riunite, parere n. 1175 del 9 luglio 2013 - 20 novembre 2014, sull'affare n. 62/2013).

In quest'ordine di idee, l'ordine di una condotta giuridicamente impossibile si rivela, quindi, privo di un elemento essenziale e, come tale, affetto da invalidità radicale, e, in ogni caso, per quanto qui rileva, inidoneo a produrre qualsivoglia effetto di diritto.

A tale conclusione si ritiene potersi pervenire con riguardo ai casi in cui - come in quello di specie - l'ordine di demolizione (o di riduzione in pristino stato) sia stato adottato nella vigenza di un sequestro penale (di qualsiasi genere; ma sulla distinzione tra i diversi tipi di sequestro del processo penale si tornerà *infra*).

6. - L'affermazione dell'eseguibilità dell'ingiunzione di demolizione di un bene sequestrato, per quanto tralattivamente ricorrente nella giurisprudenza amministrativa, non può, infatti, essere convincentemente sostenuta sulla base dell'assunto della configurabilità di un dovere di collaborazione del responsabile dell'abuso, ai fini dell'ottenimento del dissequestro e della conseguente attuazione dell'ingiunzione.

Tale argomentazione dev'essere, infatti, radicalmente rifiutata: sia perché riferisce a un'eventualità futura, astratta e indipendente dalla volontà dell'interessato la stessa possibilità (giuridica e materiale) di esecuzione dell'ingiunzione, mentre, come si è visto, l'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione; sia perché, assiomaticamente, finisce per imporre al privato una condotta priva di qualsivoglia fondamento giuridico positivo; sia, infine, perché si risolve nella prescrizione di una iniziativa processuale (l'istanza di dissequestro) che potrebbe contraddire le strategie difensive liberamente opzionabili dall'indagato (o dall'imputato) nel processo penale, peraltro interferendo inammissibilmente nell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, quale quello di difesa (basti porre mente, in proposito, al caso che il mantenimento del sequestro penale -*sub specie* probatorio, ex art. 253 c.p.p. - risulti funzionale ad assicurare, per il seguito delle indagini o per il dibattimento, la prova che quanto realizzato non fosse abusivo, o non fosse conforme a quanto contestato o ritenuto dalla pubblica accusa, ovvero avesse altre caratteristiche scriminanti o anche solo attenuanti l'illiceità penale del fatto ascritto).

7. - Si aggiunga, ancora, che le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4-*bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001, rivestono carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono, per la loro valida applicazione, l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta inesequita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità.

Senonché, nella situazione considerata, non è dato ravvisare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta (necessariamente) inerte del destinatario dell'ordine di demolizione, al quale resta, infatti, preclusa l'esecuzione del comando da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene.

Come si vede, quindi, l'irrogazione di una sanzione (ché di questo si tratta) per una condotta che non può in alcun modo essere soggettivamente ascritta alla colpa del soggetto colpito dalla sanzione stessa, non può che essere giudicata illegittima per il difetto del necessario elemento psicologico della violazione.

8. - Fermo restando il carattere assorbente delle considerazioni appena svolte, resta da aggiungere un argomento, tutt'altro che secondario, di equità (ma, come tosto si dirà, non solo equitativo): non può esigersi - e, giuridicamente, non lo si può soprattutto in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, ex art. 23 Cost. - che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione.

Si tratta di un'argomentazione la cui valenza logica e intuitiva esime da ogni ulteriore spiegazione, restando immediatamente percepibile l'iniquità dell'imposizione di un dispendioso onere di diligenza, finalizzato solo alla distruzione del bene (ancora) di proprietà del destinatario dell'ingiunzione.

Per ulteriori considerazioni critiche in proposito - se il dissequestro, più o meno legittimamente, fosse negato, vi sarebbe anche un onere di gravame? E fino a che grado? O andrebbe riproposta l'istanza? E quando, e quante volte? - può rinviarsi al cit. parere del C.G.A.R.S. n. 62/2013; del quale però merita condividersi la conclusione, nel senso che "*la tesi [qui avversata] si appalesa, quindi, poco approfondita in punto di diritto e apoditticamente sostenuta*".

Essa implica, infatti, l'imposizione di un onere di diligenza per il quale - al di là della sua assertiva invocazione ad opera di alcune prospettazioni giuridiche, che potrebbero forse sembrare più inopinatamente zelanti nella repressione degli abusi edilizi che adeguatamente attente al rispetto dei principi fondanti dell'ordinamento giuridico (ivi incluso quello ex art. 23 Cost., che si è già richiamato *supra*) - risulterebbe davvero complicato rinvenire un convincente fondamento normativo positivo; che, anzi, sembra da escludere, purché si tenga in adeguata considerazione l'esigenza che le sanzioni (non solo quelle penali: *nemo tenetur se detergere*; ma anche quelle amministrative) siano, almeno tendenzialmente, strutturate per essere applicate dai pubblici poteri, piuttosto che autoeseguite a proprio danno dallo stesso soggetto destinatario di esse.

9. - Nondimeno - sia per l'ipotesi che si ritenesse di poter prescindere dalla più persuasiva prospettiva, che si è sin qui illustrata, che qualifica in termini di nullità il vizio che affligge l'ordinanza di demolizione emanata nella pendenza del sequestro dell'immobile di cui trattasi; sia, comunque, con riferimento ai casi in cui l'ordine demolitorio o ripristinatorio sia stato adottato (e, in tal caso, validamente) in un momento in cui il bene non fosse sequestrato, ma venga invece sequestrato successivamente e nella pendenza del termine assegnato per ottemperare all'ingiunzione *de qua* - va ulteriormente indagato, per completezza di sistema, il tema dell'incidenza del sequestro penale (se non, in queste ipotesi, sulla validità) sull'efficacia dell'ordine di demolire e, derivativamente, sulla decorrenza o meno del termine a tal fine assegnato fintanto che il sequestro permanga efficace.

Limitandocisi in questa sede a un mero richiamo delle argomentazioni dogmatiche più approfonditamente svolte nel più volte cit. parere del C.G.A.R.S. n. 62/2013 - in tema di distinzione tra nullità, come difetto strutturale originario di uno degli elementi essenziali dell'atto giuridico (*sub specie*, qui, di possibilità dell'oggetto), e inefficacia, allorché tali elementi essenziali (e qui, dunque, la ridetta possibilità), originariamente sussistenti, vengano meno successivamente in modo temporaneo o definitivo, in quest'ultimo caso dandosi adito a una causa estintiva degli efficacia dell'atto (per impossibilità sopravvenuta) e invece nel primo solamente a una temporanea sospensione di tale efficacia - occorre evidenziare che, finché il sequestro perdura, la demolizione (anche se validamente ingiunta: vuoi perché disposta anteriormente al sequestro, ossia in un momento in cui il suo destinatario, essendo *in bonis*, aveva la possibilità giuridica di ottemperarvi; vuoi, ipoteticamente, perché non si condivide la tesi, invero dogmaticamente più coerente, della nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto del provvedimento che abbia ingiunto la demolizione in costanza di sequestro) certamente non può eseguirsi.

A questo semplice rilievo consegue necessariamente - e perfino a prescindere dall'incoerente assunto, che pure si è già confutato, secondo cui il destinatario dell'ordine demolitorio sarebbe tenuto ad attivarsi per chiedere il dissequestro ai soli fini della demolizione: giacché certamente non lo si potrebbe pure onerare del fatto del terzo, ossia di ottenere tale risultato entro il termine di 90 giorni normalmente assegnatogli - che, per tutto il tempo in cui il sequestro perdura (e, qui si aggiunge, indipendentemente dalla condotta attiva o passiva serbata dall'autore dell'abuso rispetto al sequestro stesso), la non ottemperanza all'ordine di demolizione non può qualificarsi *non iure*, appunto a causa della già rilevata oggettiva impossibilità giuridica di procedervi.

Ciò non può non implicare, come conseguenza giuridicamente necessaria, l'interruzione o, quantomeno, la sospensione del decorso del termine assegnato per demolire, per tutto il tempo in cui il sequestro rimane efficace.

Detto termine, dunque, inizierà nuovamente a decorrere - per intero ovvero per la sua parte residua, secondo che si opti per l'interruzione o per la sospensione di esso in costanza di sequestro - solo allorché il sequestro venga meno, per qualunque ragione.

Merita evidenziarsi che l'assunto, qui propugnato, che il destinatario dell'ordine di demolizione non possa considerarsi giuridicamente onerato di richiedere il dissequestro per poter demolire non implica affatto né che ciò gli sia precluso (potrebbe, infatti, avervi interesse, per esempio per azzerare la situazione di abusivismo e poter così richiedere *ex novo* un titolo edilizio urbanisticamente conforme per riprendere l'attività edificatoria *secundum legem*); né che il dissequestro non possa essere richiesto all'Autorità giudiziaria penale da parte di chiunque altro vi abbia interesse: ossia, *in primis*, dalla stessa Amministrazione che abbia ingiunto (prima del sequestro, secondo la tesi qui condivisa) o che intenda ingiungere (non appena venuto meno il sequestro) la demolizione, con l'effetto di far ripartire prima possibile il decorso del termine per demolire e di far produrre, in difetto, le ulteriori conseguenze (acquisitive) che la legge riconnette all'inutile decorso di detto termine; ma anche, nei congrui casi, ai soggetti pubblici e privati controinteressati al mantenimento dell'opera edilizia abusiva, che abbiano comunanza di intenti e di interessi con l'Amministrazione procedente.

Infatti, il venir meno del sequestro - da chiunque provocato o indotto, e anche se spontaneamente disposto dall'Autorità giudiziaria procedente - consente *ex se* all'Amministrazione di ingiungere, o di reiterare, la demolizione; ovvero produce, parimenti in via automatica, l'effetto di far cessare la causa di sospensione (o interruzione) del decorso del termine entro cui deve essere eseguita la demolizione, con ogni ulteriore conseguenza di legge in difetto.

Sicché, come ognuno vede, si riduce a una mera petizione di principio - non suffragata, però, da adeguati indici normativi a suo supporto - l'assunto che il sistema non possa prescindere dall'onerare il proprietario di richiedere, *contra se*, il dissequestro al fine di demolire, e che perciò tale onere sia necessariamente insito nel sistema stesso.

Tutto all'opposto, non solo di tale onere non è dato rinvenire alcun fondamento positivo - e neppure nell'art. 85 disp. att. al c.p.p., che viene solitamente invocato a tal fine, giacché esso contempla un'ipotesi, e peraltro soltanto "*se l'interessato consente*", ma non radica alcun obbligo in proposito - ma anzi i principi fondamentali dell'ordinamento sembrano deporre nel senso della sua esclusione: viepiù ove si consideri che la funzionalità dell'istituto in discorso (ossia dell'ordine di demolizione) è comunque assicurata, pur di fronte all'inerzia dell'Autorità giudiziaria procedente, dalla facoltà di attivarsi per richiedere a quest'ultima il dissequestro che deve riconoscersi all'Amministrazione, oltre che a ogni altro soggetto che possa vantare analogo interesse.

Beninteso, l'Autorità giudiziaria adita da un'istanza di dissequestro, da chiunque proposta, potrebbe disporlo - benché "ai soli fini della demolizione" - solo laddove il mantenimento del sequestro non sia (più) funzionale alle pertinenti esigenze processuali penali: ossia, fisiologicamente, solo in casi tendenzialmente abbastanza limitati e particolari.

Come è noto, infatti, il codice di procedura penale conosce essenzialmente tre tipologie di sequestro: quello (c.d. probatorio penale) ex art. 253 c.p.p., che disciplina "*il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti*"; quello (c.d. preventivo) ex art. 321 c.p.p., che è volto a prevenire "*che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati*"; e quello (c.d. conservativo) ex art. 316 c.p.p., che è volto a evitare "*che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato*".

È del tutto evidente che solo il sequestro preventivo può considerarsi normalmente "cedevole" rispetto alle esigenze della demolizione (giacché essa tendenzialmente elide le conseguenze del reato e ne previene la commissione di ulteriori); laddove, almeno in linea di massima, le esigenze probatorie del sequestro penale e quelle di garanzia del sequestro conservativo dovrebbero essere considerate prevalenti su ogni altra.

In tal senso pare in effetti disporre, abbastanza univocamente, l'art. 262 c.p.p., che disciplina la "*Durata del sequestro e restituzione delle cose sequestrate*" ("*1. Quando non è necessario mantenere il sequestro a fini di prova, le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto, anche prima della sentenza. Se occorre, l'autorità giudiziaria prescrive di presentare a ogni richiesta le cose restituite e a tal fine può imporre cauzione. 2. Nel caso previsto dal comma 1, la restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'articolo 316. 3. Non si fa luogo alla restituzione e il sequestro è mantenuto ai fini preventivi quando il giudice provvede a norma dell'articolo 321*")

Dall'esame congiunto dei suoi tre commi pare potersi cogliere, dunque, una comprensibile prevalenza delle esigenze sottese al c.d. sequestro probatorio penale, rispetto alle quali sono accessorie quelle tutelate dal sequestro conservativo; mentre risultano sostanzialmente residuali quelle sottese al sequestro preventivo.

Nella misura in cui queste considerazioni colgano nel segno, risulterebbe fortemente svalutata nel sistema la tematica connessa alle istanze di dissequestro; il che costituirebbe un ulteriore argomento esegetico nel senso della fallacia delle tesi che non solo vorrebbero onerare (quantomeno *praeter legem*) il destinatario dell'ordine demolitorio a richiederlo, ma che tendono altresì a sanzionare l'inottemperanza a tale preteso onere con l'acquisizione. La quale, invece, sembra essere prevista dalla legge solo a fronte di una condotta, parimenti omissiva, ma ben diversa: ossia per chi, ovviamente potendolo giuridicamente fare, non demolisca l'immobile (e non anche per chi, assertivamente tenuto a chiedere al giudice il dissequestro, ometta di formulare istanze in tal senso).

Sicché è anche il fondamentale principio di tipicità delle sanzioni a ulteriormente confortare la conclusione cui il Collegio qui perviene.

10. - Sulla base delle considerazioni che precedono, si deve, quindi, accogliere l'appello della Oasi s.r.l. e, in riforma della decisione appellata, annullare i provvedimenti sanzionatori impugnati (con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti) dinanzi al TAR, in quanto fondati sul rilievo dell'inottemperanza all'ordine di demolizione n. 99 del 2013, ancorché invalidamente (e, comunque, inefficacemente) adottato, ai fini che qui rilevano, nonostante l'immobile fosse stato già colpito dal sequestro penale disposto dal GIP presso il Tribunale di Pesaro il 10 marzo 2010.

11.- Le spese del doppio grado seguono come per legge la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione impugnata, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Oasi s.r.l. e annulla gli atti del Comune di Gabicce Mare con essi impugnati.

Condanna il Comune appellato a rifondere alla società appellante le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre s.g. e accessori per legge dovuti, con rifusione del c.u. se versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17 MAG. 2017.

Utente: UNIPA - www.iusexplorer.it - 31.05.2018

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156