

Giurisdizione amministrativa e tutela “multilivello”.
(Luglio 2014- Silvia Nicodemo)

Sommario: 1. Definizioni e premessa metodologica; 2. Il differente trattamento delle fonti di provenienza extrastatale; 3. Gli strumenti: il rinvio pregiudiziale; 4. Alcuni casi: “dialogo” e “conflitto” a) Relativamente alla materia degli appalti pubblici I. Sull’avvalimento; II. Sulla partecipazione alle gare di società semplice. III. Sulle tariffe minime praticate dalle SOA IV. Sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nei giudizi in materia di pubblici appalti. V. L’elemento soggettivo nel risarcimento dei danni. B) Relativamente ai servizi pubblici I. Sul servizio farmaceutico II. Sui limiti di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti a pagamento rispetto a quelli stabiliti per le altre emittenti III. Sull’attività di raccolta scommesse. IV. Sul servizio noleggio con conducente; C) Sulla stabilizzazione dei precari dipendenti dell’AEEG; 5. Alcuni casi pendenti a) Sulla partecipazione alle gare di una Azienda ospedaliera. b) Sull’affidamento a soggetti senza scopo di lucro. C) Sul contributo unificato d) Sulla tutela ambientale e responsabilità. 6. Il richiamo al “diritto vivente” dell’Unione. a) Sulle società miste. b) Sull’affidamento in concessione dei beni pubblici c) Sul servizio di navigazione, con riguardo all’aumento dei prezzi dei biglietti d) Sul servizio farmaceutico; 7. La CEDU e l’attività amministrativa: l’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU; 8. Il richiamo alla CEDU; 9. Il rinvio alla CEDU: la richiesta di parere non vincolante; 10. Conclusioni

1. Definizioni e premessa metodologica.

Il termine “multilivello” è “inflazionato”. Gli studi di dottrina hanno affrontato in modo particolare il dialogo tra corti, prima con riguardo al ruolo della Corte costituzionale, quindi la riflessione è stata estesa anche al rapporto con le giurisdizioni di merito. Da ciò al costituzionalismo multilivello si è affiancato un più esteso “dialogo multilivello” tra giudici, che ha portato all’evoluzione del sistema delle forme di tutela anche nei rapporti con le amministrazioni pubbliche. In questo quadro, si aprono spazi per dialogo tra giudice amministrativo e Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. Sicuramente più articolato appare il sistema di relazioni che si è creato con la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che conosce il rinvio pregiudiziale, tuttavia vi sono rilevanti profili di “dialogo” anche nei rapporti con la CEDU.

La locuzione multilivello viene utilizzata per esprimere una modalità di *governance* che implica la responsabilità condivisa dei diversi livelli di potere. Intesa dal punto di vista dell’Unione Europea, la governance multilivello si manifesta “attraverso un’azione coordinata dell’Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali fondata sul partenariato e volta a definire e attuare le politiche dell’UE”¹. Per l’effetto, lo stato si pone come interlocutore delle politiche pubbliche. Conserva comunque poteri normativi e di indirizzo, ma viene progressivamente integrato in un sistema a più livelli, dove operano altri soggetti titolari di funzioni normative ed amministrative: oltre all’Unione Europea anche le regioni e gli enti locali.

L’espressione è stata poi utilizzata, più o meno propriamente, per indicare i vari livelli di intervento, quando si assiste ad un proliferare di legislatori. Non si nega che la presenza di più livelli di legislazione va a scapito del principio di certezza del diritto. Peraltro, le tecniche di giudizio e di tutela sono diverse nei vari livelli, per cui l’integrazione pone difficoltà concrete e riduce la possibilità di creare un sistema².

In questo contesto, il presente contributo si propone di esaminare come opera il giudice amministrativo “nell’armonizzazione della tutela giurisdizionale tra diritto interno e diritto

¹ Cfr. la definizione di cui al parere di iniziativa del comitato delle Regioni (17 e 18 giugno 2009) “LIBRO BIANCO DEL COMITATO DELLE REGIONI SULLA GOVERNANCE MULTILIVELLO”, in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/livre-blanc/livre-blanc_it.pdf

² MORRONE A., Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa, in *Quad cost.* 2014

dell'Unione Europea, nonché ordinamento della CEDU"³. Si intende quindi affrontare l'esame della giurisprudenza amministrativa a fronte di esigenze di tutela giurisdizionale: certezza del diritto, in un sistema in cui si assiste alla *moltiplicazione dei legislatori*. Il superamento del tradizionale modello unitario, implica una rilettura delle competenze dei giudici nazionali, che sono chiamati ad interpretare ed applicare un diritto di provenienza extrastatuale.

La problematica ha assunto ulteriore rilevanza dopo la revisione dell'ordinamento costituzionale che ha portato all'introduzione di un sistema multilivello espressamente richiamato dall'art. 117. Infatti l'art. 117 Cost. interviene sia nella ricerca di integrazione tra sistemi delle fonti che sul piano della creazione di strumenti di leale collaborazione tra le diverse giurisdizioni⁴. E' certamente positivo che l'individuo possa avere a disposizione una pluralità di strumenti di tutela e più giudici a cui rivolgersi⁵, ma non vi è dubbio che talora si assista ad un uso distorto del diritto di provenienza extrastatuale, in quanto lo stesso viene richiamato quando non si è in grado di sostenere una posizione basandosi sul diritto interno.

Dunque, si intende riflettere sull'effetto che l'integrazione dei livelli produce nell'ordinamento giuridico e nella giustiziabilità, con particolare riguardo alla posizione del giudice amministrativo, rispetto agli *ordinamenti dell'Unione Europea e della CEDU*, nonché ai suoi rapporti con le rispettive Corti. Infatti, a fronte della presenza di un pluralismo di legislatori, assistiamo ad un pluralismo di Corti. Ciascuna Corte è chiamata ad applicare il diritto secondo le regole della sovranità e della competenza. Sotto l'opposto punto di vista, nella misura in cui una Corte è chiamata ad interpretare o applicare il diritto di altri e separati ordinamenti, si potrà (ed in alcuni casi, si dovrà) rivolgere agli organi istituiti per garantire la corretta applicazione di quei diversi ordinamenti. Si apre la strada verso la ricerca del ritorno alla certezza del diritto, sia per chi agisce che per chi lo fa applicare.

Non è stata possibile una lettura integrale, di tutti i provvedimenti adottati intesi a richiamare o a ribadire posizioni connesse con l'applicazione del diritto extrastatuale, per cui sono state operate delle scelte, in considerazione anche delle principali innovazioni che la permeabilità del nostro sistema ha recepito.

Un altro aspetto di cui si è tenuto conto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, rispetto ai quali prima la CEDU ed oggi la Corte di Giustizia sono particolarmente sensibili. E' certamente vero che, in tale ambito i principi di provenienza extrastatuale sono presenti anche (e prima di tutto) nel nostro ordinamento. Il giudice amministrativo è comunque chiamato a tutelare diritti fondamentali⁶ e non è carente di giurisdizione. La Corte Costituzionale⁷ conferma che il legislatore può individuare particolari materie rispetto alle quali il giudice amministrativo è chiamato a pronunciarsi anche in merito a situazioni di diritto soggettivo ed anche quando coinvolti siano diritti costituzionali fondamentali, purché si tratti di materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere.

Nella trattazione del rapporto tra giurisdizione nazionale e CEDU si darà atto delle novità, con attenzione ad alcuni profili trasversali di giurisprudenza in materia di rapporto tra giusto processo e giusto procedimento, che se pur riferita ad un caso specifico, conduce ad un approfondimento, finanche ad un ripensamento, sul sindacato sulla discrezionalità tecnica.

³ Il quesito riprende il titolo di un contributo di A.Corsaro, *Il ruolo del giudice amministrativo nell'armonizzazione della tutela giurisdizionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento interno*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴ In tal senso, A.Corsaro, *Il ruolo del giudice amministrativo nell'armonizzazione della tutela giurisdizionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento interno*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵ MORRONE A., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.* 2014.

⁶ MONACO G., *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/MonacoDEF.pdf>

⁷ Cfr. Corte cost. sent. 27 aprile 2007, n. 140, che richiama i due noti precedenti (sentt. 204/2004 e 191/2006), in tema di giurisdizione esclusiva e precisa che non vi sarebbe "*alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*".

2. Il differente trattamento delle fonti di provenienza extrastatuale.

Sul piano della teoria delle fonti, alla CEDU ed al diritto dell'EU non è assegnato lo stesso posto in ambito interno. La CEDU è qualificata come fonte *sub-costituzionale* idonea sì a condizionare nella validità le leggi comuni, ma in tutto soggetta all'osservanza della norma costituzionale.

Il diritto dell'Unione è considerato di rango paracostituzionale, in quanto obbligato a conformarsi ai soli principi fondamentali dell'ordinamento e quindi incontra i cd. "contro-limiti". Dunque, sussiste l'obbligo di interpretazione delle leggi interne in senso conforme alle norme suddette, ma con una "barriera all'entrata".

Si parla di "controlimiti" tutte le volte in cui le decisioni di un organo giurisdizionale appartenente al "multilevel system of rights's protection" si scontrano con quelle di un'altra giurisdizione posta su un altro livello. I "controlimiti" emergono quando gli strumenti utilizzati non sono in grado di ricomporre un sistema, per cui ogni sistema interverrà con i propri strumenti per tutelare quel diritto.

Se il sistema multilivello cerca l'armonizzazione, non si può escludere tuttavia che esso presenti conflitti. E' vero che *"l'originalità del sistema multilivello è stata vista nella capacità di ravvicinamento delle garanzie giurisdizionali"*⁸, ma in alcuni casi non è possibile l'armonizzazione. Sotto questo profilo la lettura della giurisprudenza può avvenire con riguardo alla capacità o meno di creare integrazione sia con riferimento alle garanzie procedurali che al contenuto delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Lo stesso Consiglio di Stato ha utilizzato la dottrina dei *controlimiti* per impedire l'entrata del diritto comunitario nel nostro ordinamento. Si pensi alla sentenza "Federfarma", con cui il consiglio di Stato⁹ ha escluso la possibilità di applicare il Diritto dell'Unione, perché lesivo del diritto fondamentale alla salute, come affermato nella nostra Carta costituzionale ed interpretato dalla Corte costituzionale¹⁰. A fronte della "matrice costituzionale" di una norma, la giurisprudenza ha sempre riconosciuto in capo al giudice interno la competenza diretta a salvaguardare i diritti fondamentali, di cui la Corte costituzionale italiana si pone quale interprete, con capacità prevalente. La teoria dei *controlimiti* viene quindi definita quale conseguenza del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione. Permette di garantire la conservazione della sovranità del nostro ordinamento, che lascia vivere uno spazio giuridico non influenzato dal diritto dell'Unione. In tale spazio, strettamente connesso alla tutela dei diritti fondamentali, lo stato applica le proprie fonti: la tutela dei diritti fondamentali opera quindi come limite all'intera nel nostro ordinamento del diritto extrastatuale. Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, la decisione della Corte costituzionale costituisce il presupposto per affermare l'esistenza di diritti costituzionali fondamentali da non poter giustificare una diversa disciplina rispetto alla garanzia "forte" della tutela del diritto stesso. L'impostazione è stata oggetto di critiche, laddove è stato fatto rilevare che teoria dei contro limiti

⁸ MOTTESE ELISABETTA, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra corte costituzionale, corte di giustizia e corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione limitata*, in http://www.lex.unict.it/crio/foglidilavoro/12010_contributi.pdf

⁹ Consiglio di Stato sez. V, sent. n. 4207/05, sulla cessione a privati del servizio di gestione delle farmacie comunali del Comune di Milano, che aveva portato all'affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali ad una società di capitali attiva nel settore della produzione e distribuzione di farmaci. Dopo la conclusione del ricorso in primo grado, la Corte costituzionale (sent. n. 361 del 1998) aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 c. 1 lett. A) della l. n. 362 del 1991, *"nella parte in cui non estende ai partecipanti a società titolari del servizio di gestione delle farmacie comunali il regime di incompatibilità – previsto dalla stessa norma per i partecipanti alle società di persone, o cooperative a responsabilità limitata, titolari di farmacie private – consistente nel divieto di gestione di farmacie per le società attive nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione, ed informazione scientifica del farmaco"*, ciò faceva in considerazione dell'esigenza di "salvaguardare l'interesse del pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico, ed in ultima analisi alla salvaguardia del bene salute". Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che nel nostro ordinamento non potesse entrare una normativa comunitaria, che potesse andare a ledere il bene salute così come definito dalla Corte costituzionale.

¹⁰ Corte cost. sent. n. 361 del 1998, cit alla nota precedente.

opererebbe quale “paladina” della sovranità, piuttosto che quale strumento per garantire l’effettività della tutela dei diritti¹¹.

E’ vero anche che con l’entrata in vigore del trattato di Lisbona si avvia un processo nuovo, se si considera il rinvio alla CEDU e l’integrazione nei trattati della Carta di Nizza¹². Se per quanto riguarda la Carta di Nizza è conferito lo stesso valore giuridico dei trattati dell’Unione e quindi l’integrazione opera immediatamente, diverso discorso vale per la CEDU¹³. Fermo restando che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni degli stati membri costituiscono principi generali del diritto dell’Unione, il percorso di adesione è ancora in essere¹⁴.

A livello nazionale, ed in considerazione della circostanza che alla CEDU è data esecuzione con legge ordinaria, assistiamo ad una prima giurisprudenza della Corte costituzionale che attribuiva a tali norme forza di legge ordinaria¹⁵. Successivamente, furono le sezioni unite della cassazione¹⁶ ad affermarne la diretta applicazione, pur distinguendo tra norme *self executing* e norme che richiedevano l’adozione di specifica normativa. Una prima apertura si rinviene nel 1993, quando la Corte costituzionale¹⁷, in un *obiter dictum*, ravvisa la prevalenza delle norme CEDU sulla legislazione interna. Successivamente, pur negando alle norme pattizie la forza della norma costituzionale, la Consulta¹⁸ afferma che “*i diritti umani garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia trovano espressione non meno intensa garanzia nella Carta costituzionale*”. Le norme della CEDU quindi sono strumento ausiliario nella interpretazione delle norme costituzionali sui diritti.

Con riferimento al diritto vivente, la Corte di Cassazione fino al 2004 ha sempre rifiutato la diretta vincolatività delle decisioni della CEDU, pur talora attribuendo loro una funzione di orientamento e di indirizzo nei confronti della giurisprudenza interna. Solo successivamente, ha riconosciuto la diretta applicabilità della giurisprudenza della Corte europea in tema di risarcimento del danno per la durata non ragionevole dei processi, ma ciò ha fatto in base alla legge Pinto, che richiamava

¹¹ ITZCOVICH G., “I diritti fondamentali come *libertà dello Stato*. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso *Federfarma*”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 267 ss. cfr. anche le note critiche di DI SERI C, “Un tentativo di applicazione dei controllimiti”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005

¹² Come noto, l’art. 6 del Trattato di Lisbona, al primo comma prevede che “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni”.

¹³ Il secondo comma dell’art. 6 del Trattato di Lisbona, individua un percorso per l’adesione dell’Unione alla CEDU, per cui l’Unione aderisce alla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, senza che ciò modifichi le *competenze dell’Unione definite nei trattati*. per cui “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”.

¹⁴ Il 5 aprile 2013 è stato presentato dal «Gruppo 47+1» – il gruppo di lavoro istituito nel 2012 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa per condurre le negoziazioni ufficiali – l’«Accordo finale» relativo all’adesione dell’Unione europea alla CEDU. Su tale accordo saranno investite la Corte di giustizia UE, la Corte dei diritti e l’Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa, per la pronuncia di parere ex art. 218, par. 11 TFUE. La decisione sulla conclusione dell’Accordo, previa approvazione del Parlamento UE, dovrà essere deliberata all’unanimità dal Consiglio dell’Unione europea e approvata dagli Stati membri. Quindi, l’Accordo dovrà essere adottato dal Comitato dei Ministri e ratificato dai 47 Stati membri del Consiglio d’Europa.

¹⁵ Corte cost. sent. 188 del 22 dicembre 1980

¹⁶ Cass. SSUU, sentenza n. 1191 dell’8 maggio 1989, su cui cfr. LITRICO E., *rima delle sentenze gemelle. Spunti dalla giurisprudenza. Corte di Cassazione, SSUU* Castro n. 1191 dell’8 maggio 1989 in tema di *diretta applicabilità delle norme della convenzione (Caso Polo Castro)* in R. SAPIENZA (a cura di) *Diritto internazionale: Casi e materiali*. Quarta edizione, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁷ Corte cost. sentenza 10 del 19 gennaio 1993

¹⁸ Corte cost. sentenza a n. 388 del 22 ottobre 1999

espressamente la CEDU¹⁹. Ha comunque ribadito che i giudici hanno il potere di distogliersi dagli orientamenti della CEDU, esponendone i motivi. In qualche modo, la Cassazione riprende e riapplica la teoria dei contro limiti.

Per parte sua, la CEDU afferma che i giudici nazionali devono conformarsi alla propria giurisprudenza ed anche il sindacato ermeneutico sul diritto nazionale, agli stessi riservato, deve compiersi in coerenza con le proprie interpretazioni, in una ottica di sussidiarietà²⁰. Lo stesso intervento della Corte Europea è stato pensato come sussidiario rispetto ai rimedi statali, considerato che il ricorso diretto ed individuale è ammessa soltanto quanto *i rimedi interni siano già stati previamente esperiti (art. 35 CEDU). Si tratta di una scelta che riporta in capo alla sovranità statale il compito prioritario di tutela dei diritti fondamentali e permette alla Corte Europea di decidere in ultima battuta, conscia dell'orientamento dello Stato sulle questioni trattate*²¹.

Potrebbe farsi strada una nuova tendenza nel giudizio amministrativo, dove la tutela integrata multilivello si configuri come meccanismo per permettere uno sviluppo delle garanzie dei diritti dei cittadini nei rapporti con la pubblica amministrazione.

In dottrina è stato sottolineato che in relazione alla tutela dei singoli nei rapporti con le pubbliche amministrazioni si possono ravvisare due tendenze, che hanno poi assunto rilevanza anche nella ridefinizione dei rapporti con i poteri pubblici²². Una prima tendenza ha origine nella istituzione della IV sez. del Consiglio di Stato ed attraverso il diritto pretorio è giunta fino alla adozione del Codice sul processo amministrativo. La seconda tendenza è di origine più recente e volge lo sguardo al rapporto tra dimensione nazionale e dimensione europea. L'individuazione delle garanzie del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione si manifestano in un sistema integrato, multilivello, che si basa sul dialogo tra le corti e conduce al rafforzamento delle garanzie. Quando le istituzioni europee si configurano quali garanti di diritti e valori ed in tal senso orientano i giudici nazionali, si assiste ad *“un paradosso”*, posto che *“il diritto amministrativo (e il diritto pubblico in generale) è per definizione il più “nazionale” dei diritti, in quanto afferisce direttamente alla sovranità dello Stato”*²³.

3. Gli strumenti: il rinvio pregiudiziale.

Il rinvio pregiudiziale si configura quale strumento “forte” di integrazione Europea, in quanto l'attivazione del meccanismo presuppone che il giudice nazionale riconosca proprio la necessità di applicare l'ordinamento sovranazionale, così affermandone la prevalenza su quello nazionale²⁴.

¹⁹ Cfr. Cass. civile, sez. un., 26/01/2004, n. 1338, in Giur. it. 2004, 2295 Cassazione civile, sez. un., 26/01/2004, n. 1339, DeG - Dir. e giust. 2004, 7, 12; Cassazione civile, sez. un., 26/01/2004, n. 1340, Giur. it. 2004, 1147; Nuovo dir. 2004, 980; Cassazione civile, sez. lav., 10/03/2004, n. 4932, in Giust. civ. Mass. 2004, 3 Cassazione civile, sez. lav., 27/03/2004, n. 6173, in Giust. civ. Mass. 2004, 3

²⁰ Cfr. su tale posizione, Conti R., La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea, intervento al Convegno su La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu, organizzato dall'Università degli Studi di Milano Bicocca -Dipartimento delle Scienze Giuridiche Nazionali e Internazionali, Dipartimento dei Sistemi Giuridici- e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Ufficio territoriale della formazione del distretto di Milano- in Milano, 10 marzo 2014 in www.consultaonline.it

²¹ Cfr. in tal senso, Maria Elena Gennusa, L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: verso una nuova fase «costituente» europea?, in quad Cost. 1 del 2014

²² PATRONI GRIFFI F., Tutela nazionale e tutela ultranazionale delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri, intervento al Convegno “Le garanzie costituzionali tra il livello nazionale statale e il livello europeo comunitario”, tenutosi a Roma, il 29 maggio 2013, come parte del ciclo di convegni organizzato in occasione del decennale di federalismi.it

²³ Le parti in corsivo, sempre di PATRONI Griffi F., citato alla nota precedente.

²⁴ Considera il rinvio pregiudiziale “uno dei più potenti fattori dell'integrazione europea”, M. CHITI, Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio di tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2012/5, p. 748

Ai sensi dell'art. 267 TFUE, a fronte di una generale facoltà dei giudici di rivolgersi alla corte di giustizia, sul giudice nazionale di ultima istanza incombe un obbligo in tal senso, quando si ravvisino dubbi interpretativi.

E' vero che i giudici di prima istanza sono facoltizzati nel sollevare la questione interpretativa, tuttavia anche a costoro è chiesta comunque il rispetto del diritto dell'Unione nelle loro decisioni, con la conseguenza, che di fatto, sono tenuti alla valutazione della pregiudizialità comunitaria.

L'obbligo è strettamente correlato all'esistenza di una incertezza quanto all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ed alla corretta portata del tenore della norma. La stessa Corte di Giustizia²⁵ ha individuato tre ipotesi in cui non debba applicarsi a carico dei giudici di ultima istanza un obbligo di rinvio, ovvero quando a) la questione sollevata non abbia influenza per la decisione della causa di merito; b) vi sia una giurisprudenza costante ed univoca che già dia risposta al quesito; c) quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione è a tal punto evidente che non vi è alcun dubbio ragionevole sulla soluzione della questione.

In coerenza con l'orientamento della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza dell'obbligo per i giudici di ultima istanza di sottoporre questione interpretativa alla Corte di Giustizia in considerazione della inesistenza di dubbi nella decisione²⁶.

All'interno del nostro ordinamento, un altro profilo attiene il rapporto tra trasmissione alla Corte di Giustizia e trasmissione alla Corte costituzionale.

Sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale²⁷, quando una questione di legittimità costituzionale sia fondata sull'interpretazione di una norma dell'Unione Europea, è questione pregiudiziale, per il giudice di merito, esaminare se il contenuto delle fonti extrastatali sia sufficiente e chiaramente determinato, sulla base delle regole dettate da quell'ordinamento. Il giudice pertanto dovrà valutare se rimettere alla Corte di Giustizia e ciò farà quando la normativa dell'Unione dia luogo a dubbi interpretativi, fermo restando che se tale dubbio non sussiste, potrà rinviare senz'altro alla Corte costituzionale²⁸.

Su ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato²⁹, la Corte di Giustizia³⁰ ha avuto modo di precisare i casi in cui il rinvio pregiudiziale si atteggia in termini di obbligatorietà e doverosità per il giudice di ultima istanza. A ben vedere, dalla lettura del II e III comma dell'art. 267 TFUE, inducono ad affermare che i giudici di ultima istanza, così come gli altri giudici, hanno lo stesso potere di valutazione quanto alla facoltà di stabilire se sia necessaria una pronuncia su un punto di diritto dell'Unione onde consentir loro di decidere. Pertanto, quando la questione non è rilevante, ovvero non è destinata ad incidere sulla soluzione della controversia, i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre la questione alla Corte di Giustizia³¹. Viceversa, l'obbligo sussiste in via

²⁵ cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, *Cilfit*, C-283/81; 15 settembre 2005, *Intermodal Transports*, C-495/03

²⁶ Consiglio di Stato, sez. III, 04/09/2013, n. 4428

²⁷ Corte cost. sentenza n. 319 del 26.7.1996

²⁸ Così il TAR Lazio Roma, sez. II, ord. 4511 del 29 aprile 2014, dopo avere richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia per cui "il giudice nazionale non è tenuto a chiedere una decisione pregiudiziale alla Corte di Giustizia se la normativa comunitaria non dia adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (Corte di Giustizia CE, 6 ottobre 1982, in causa C- 283/81, *Cilfit*)," e dopo avere dato interpretazione della normativa dell'Unione Europea e concluso nel senso della non sussistenza di dubbio interpretativo nella normativa dell'Unione né di contrasto con la stessa, ha rinviato alla Corte costituzionale.

²⁹ Consiglio di Stato ord. 5 marzo 2012, n. 1244, con cui oltre a sollevare innanzi alla corte di giustizia questione relativa alla portata del citato obbligo, ha sollevato questione pregiudiziale sulla normativa professionale del collegio dei geologi per quanto riguarda il rispetto dei vincoli di concorrenza. Si ricorda che in tale circostanza, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che la normativa del codice deontologico dei geologi, nella parte in cui "prevede come criteri di commisurazione delle parcelle dei geologi, oltre alla qualità e all'importanza della prestazione del servizio, la dignità della professione" si configura quale decisione di una associazione di imprese, riconducibile all'art. 101 pf. 1 del TFUE. Tale determinazione può produrre effetti distorsivi e restrittivi della concorrenza nel mercato, con la conseguenza che spetta al giudice nazionale verificare in concreto se le regole possano essere giustificate dall'esigenza di assicurare piena garanzia ai consumatori.

³⁰ Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C- 136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*

³¹ La Corte di Giustizia richiama il proprio precedente: sentenza del 6 ottobre 1982, *Cilfit e a.*, 283/81, *Racc. pag. 3415, punto 10*.

generale,ogniqualevolta accertino la necessità di ricorrere al diritto dell'Unione, per decidere la controversia, in quanto il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE costituisce prima di tutto uno strumento di cooperazione tra Corte e giudici nazionali, per assicurare l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione³².

L'obbligo di rinvio pregiudiziale costituisce quindi strumento introdotto nell'ordinamento dell'Unione per evitare il formarsi di una interpretazione non omogenea del diritto dell'Unione all'interno dello stato membro. Tale strumento è demandato ai giudici di ultima istanza, in considerazione del fatto che ad essi è riconosciuto, tradizionalmente ed all'interno dell'ordinamento, il ruolo di unificare il diritto e costituiscono altresì l'ultimo livello di garanzia nella tutela dei diritti³³.

4. Alcuni casi: “dialogo” e “conflitto”

Le questioni sollevate innanzi alla Corte di Giustizia da parte dei giudici amministrativi italiani riguardano spesso profili relativi la corretta applicazione del principio di libertà di stabilimento, di concorrenza, anche in relazione alla tutela dei diritti fondamentali.

a) **Relativamente alla materia degli appalti pubblici**

I. **Sull'avvalimento.** Sull'avvalimento in materia di procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, si è pronunciata la Corte di Giustizia³⁴ su iniziativa del TAR Marche³⁵. La Corte di giustizia ha affermato che non è compatibile con le previsioni di cui agli artt. 47 pf. 2 e 48 paragrafo 3 della direttiva 2014/18/CE letti in comb. disp. con l'art. 44 pf. 2 della medesima direttiva, una disposizione nazionale, quale l'art. 49 c. 6 del dlgs. 163/06, la quale vieta –in via generale – agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese.

In coerenza con l'apertura del mercato interno, lo sviluppo dei principi di libera circolazione e la tutela e promozione della concorrenza al suo interno, e quindi nell'ottica dell'eliminazione delle barriere, non giustificabili in via eccezionale per esigenze di tutela di diritti, la normativa in materia di appalti è diretta a realizzare l'obiettivo del favorire la massima partecipazione possibile ai procedimenti di gara.

L'istituto dell'avvalimento, introdotto dalle direttive dell'Unione, aveva avuto origine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, al fine ampliare il novero dei partecipanti, attraverso la circolazione dei requisiti per ampliare il novero dei partecipanti. Nell'ordinamento italiano l'art. 49 c. 6 del dlgs. 163/06 ha posto limiti all'uso dell'avvalimento. Ne è seguita una giurisprudenza amministrativistica rigorosa nell'applicazione di detti limiti. E' stato quindi affermato il divieto di avvalimento frazionato, con conseguente esclusione dalla gara del concorrente che, al fine di colmare la parziale carenza della qualificazione SOA, si era avvalso di impresa ausiliaria a sua volta priva dell'intero requisito richiesto dal bando³⁶. Secondo questo orientamento, due attestazioni SOA

³² Il procedimento è quindi estraneo ad ogni iniziativa delle parti, così Corte di giustizia, sentenze del 16 dicembre 2008, Cartesio, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punto 90, e del 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, Racc. pag. I-6813, punto 62

³³ Cfr. per tali considerazioni, Cfr. R. Conti, *Il “dialogo” tra giudice nazionale e Corte UE*, in Corr. giur., 2009, 1053.

³⁴ Corte di Giustizia, sez. V, 10 ottobre 2013, in C-94/12-

³⁵ TAR MARCHE Ancona, ord. n. 91 del 15 dicembre 2012. La vicenda era occasionata da una controversia relativa all'esclusione di un raggruppamento temporaneo di imprese dalla procedura di aggiudicazione di appalto di lavori di ammodernamento ed ampliamento di una strada provinciale. Il raggruppamento temporaneo d'impresa era stato escluso dalla gara d'appalto in considerazione del divieto generale di avvalimento plurimo all'interno della medesima categoria di qualificazione, ai sensi dell'art. 49, sesto comma, d.lgs. n. 163/2006. Il ricorso, chiamato in decisione a seguito della sentenza della Corte di Giustizia è poi stato dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto a seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare, la ricorrente era stata ammessa ed aveva partecipato alla gara, ma non era risultata aggiudicataria e non aveva impugnato il relativo provvedimento: cfr. sent. Tar Marche Ancona, n. 316 del 7 marzo 2014

³⁶ La giurisprudenza del Consiglio di stato era univoca nel ritenere che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti ex art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 valesse sia nel caso di avvalimento di più imprese ausiliarie, ma anche nel caso

non possono essere quindi sommate, mentre, l'ausiliario, per legittimare la partecipazione alla gara dell'offerente, dovrebbe necessariamente prestargli la propria qualificazione posseduta in una determinata categoria, per l'intero e per l'importo corrispondente a quanto richiesto dal bando³⁷.

Il Consiglio di Stato³⁸, però, ha suggerito una interpretazione ampliativa ed orientata alla *ratio* dell'istituto, quando ha ammesso che un raggruppamento, proprio perché unione di soggetti distinti, potesse soddisfare i requisiti di capacità richiesti, avvalendosi di tante imprese ausiliarie quante ne sono le imprese partecipanti.

In tale quadro, è intervenuta la corte di giustizia, che ha invece ribadito la legittimità dell'avvalimento plurimo o frazionato, richiamati gli artt. 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18 del 2004 nella parte in cui riconoscono in capo ad ogni operatore economico il diritto di fare affidamento, sulle capacità di altri soggetti, previa dimostrazione all'amministrazione aggiudicatrice della circostanza che disporrà poi dei mezzi necessari per eseguire l'appalto. Tali norme utilizzano il plurale e non contengono divieti quanto alla possibilità per gli offerenti di fare riferimento alle capacità di più soggetti terzi per comprovare che soddisfano un livello minimo di capacità. Le disposizioni vanno lette in coerenza con la giurisprudenza dell'Unione, per cui un operatore economico ha facoltà di avvalersi, per eseguire un appalto, di mezzi appartenenti ad uno o a svariati altri soggetti, eventualmente in aggiunta ai propri mezzi³⁹. La possibilità di cumulo delle capacità di più operatori economici è comunque conforme all'obiettivo perseguito dalle direttive ed inteso a realizzare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, sia a vantaggio delle imprese che delle amministrazioni⁴⁰, nonché per facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese. In via eccezionale e per i soli casi in cui sia richiesta la realizzazione di lavori che, per propria natura, presentino peculiarità tali da richiedere una *determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori*, l'amministrazione potrebbe escludere l'avvalimento, ma adottando adeguata motivazione negli atti di gara, tale da indicare le ragioni che inducono a richiedere *che* il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico.

Fino ad oggi, dunque la nostra giurisprudenza interna si è sviluppata lungo un percorso diretto a salvaguardare gli interessi dell'amministrazione. Affermare che sia necessario che almeno un soggetto possieda integralmente i requisiti di partecipazione, significa tuttavia limitare la partecipazione. Per parte sua, invece, la Corte di Giustizia nell'applicare il principio di concorrenza, ha inteso garantire la massima partecipazione alle gare. La decisione della Corte di Giustizia ammette quindi il cumulo parziale dei requisiti, definitivamente superando la differenziazione nella disciplina di servizi e forniture.

Nulla invece si dice la Corte di Giustizia per quanto riguarda l'avvalimento a cascata, ovvero la possibilità per l'impresa di avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto. Se si rilegge la giurisprudenza dell'Unione, nel senso che sono soggetti ausiliari coloro che effettivamente prestano (in tutto o in parte) i requisiti al concorrente, l'avvalimento a cascata deve negarsi. Peraltro, se lo scopo dell'avvalimento è quello di permettere la partecipazione ad altri soggetti, l'istituto verrebbe così stravolto in quanto andrebbe a prevedere "scatole vuote" e farebbe venir meno il rapporto diretto con l'ausiliaria⁴¹.

in cui venisse utilizzata una sola impresa ausiliaria (cfr. Cons. Stato: sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565). Infatti, il divieto del legislatore, ricade proprio su quelle ipotesi di frazionamento in concreto realizzabili, al fine di evitare una estensione all'infinito della catena dei possibili (cfr. Cons. Stato: sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832; sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161).

³⁷ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 857.

³⁹ Cfr. Corte di Giustizia sent. 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, Racc. pag. I-8607, punti 26 e 27; sent. 18 marzo 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Racc. pag. I-2549, punto 43.

⁴⁰ Cfr. Su tale principio, Corte di Giustizia, sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa, C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 37.

⁴¹ Tali riflessioni in VOLPE C., *La Corte di Giustizia dà il via libera all'avvalimento plurimo e frazionato*, Il testo è quello della relazione, dal titolo "Il frazionamento plurimo dell'avvalimento", tenuta nel convegno su "Un anno di legislazione e giurisprudenza sui contratti pubblici e le società di gestione di SS.PP.LL." organizzato da Nomos Appalti

Una prima applicazione della pronuncia della Corte di Giustizia è stata resa dal Consiglio di Stato⁴², che ha riformato la sentenza appellata, che aveva dato applicazione all'art. 49, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, in conformità alla tradizionale giurisprudenza interna. Il TAR aveva infatti affermato che non potesse operare l'avvalimento, in quanto le due imprese l'ausiliaria e l'ausiliata, raggiungevano insieme il requisito del capitale sociale minimo richiesto ma ciascuna di esse non arrivava alla soglia prescritta dal bando. Il Consiglio di Stato, dando applicazione al principio affermato dalla Corte di giustizia, ha statuito che non poteva essere esclusa dalla gara la società che si era avvalsa parzialmente di altra impresa per integrare il requisito del capitale.

Anche il TAR Abruzzo⁴³ ha dato una interpretazione ampia dell'art. 49 del dlgs. 163/06, quando ha confermato la legittimità dell'ammissione in gara di una ditta che aveva fatto ricorso all'avvalimento per provare il possesso della certificazione di qualità. Pur non richiamando espressamente la giurisprudenza dell'UE, ribadisce che è rinvenibile nella direttiva dell'Unione il favor per il richiamato istituto. Impostazione questa coerente con le istruzioni dell'Autorità di vigilanza⁴⁴ che, dopo la decisione della Corte di Giustizia, ha ribadito che è possibile avvalersi di più imprese per la qualificazione nella stessa categoria. Nel dare indicazioni alle stazioni appaltanti, l'Autorità ha riconosciuto che in sede di gara il concorrente possa utilizzare cumulativamente più attestati di qualificazione per ciascuna categoria per il raggiungimento della classifica richiesta dal bando gara. Soltanto, in via eccezionale, e nel caso di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, l'amministrazione aggiudicatrice, a garanzia di una migliore prestazione, può esigere che il livello minimo della capacità sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

II. Sulla partecipazione alle gare di società semplice.

Il consiglio di stato⁴⁵, dopo avere sollevato questione pregiudiziale⁴⁶, si è adeguato alla decisione con cui la Corte di Giustizia⁴⁷ ha ritenuto l'art. 6 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, osta ad una normativa nazionale, quale l'art. 34 del dlgs. 163/2006, se inteso nel senso che la partecipazione alle procedure di aggiudicazione sia ammessa soltanto a società commerciali e non a società semplici. Infatti, il Consiglio di Stato, aveva rinviato ai Giudici comunitari la questione relativa all'interpretazione dell'art. 34 del D. lgs. 163/ 2006, proprio in relazione alla presunta necessità della natura commerciale dei soggetti che possono partecipare agli appalti pubblici, che secondo il giudice nazionale doveva necessariamente sussistere se si fosse data una interpretazione letterale al citato art. 34. A fronte della interpretazione "sostanzialistica" resa dalla Corte di giustizia, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità del comunicato dell'A.V.C.P. n. 42/04, per la parte in cui sulla base del diritto nazionale escluderebbe la partecipazione delle società

e svoltosi a Roma l'11 dicembre 2013. L'impostazione è affermata in precedenti giurisprudenziali, che quindi potrebbero ritenersi ancora attuali, pur dopo la decisione della Corte di Giustizia: Cfr. *Consiglio di Stato*, sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2832 e sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161, che hanno escluso l'avvalimento a cascata, in quanto "la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare".

⁴² Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5874, che ha riformato TAR Puglia, Lecce, sez. III n. 794 del 2013.

⁴³ TAR ABRUZZO - L'AQUILA, sentenza 22 maggio 2014 n. 484

⁴⁴ Si tratta del comunicato dell'Autorità, recante "Indicazioni alle Stazioni Appaltanti in materia di Avvalimento a seguito della Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 10 ottobre 2013 nella Causa C-94/12. (14A02592), pubblicato in GU Serie Generale n.75 del 31-3-2014

⁴⁵ Consiglio di Stato sez. VI - Sentenza 17 luglio 2013 n. 3891

⁴⁶ Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, ordinanza 21 settembre 2011, n. 5290, nel giudizio di appello promosso da una società agricola che si era vista revocare una attestazione SOA, in quanto non esercitava un'attività commerciale ed era organizzata secondo il modello della società semplice.

⁴⁷ Corte di Giustizia, sent. 4 ottobre 2012, in causa C-502/2011, 4 ottobre 2012, che afferma: "il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 6 della direttiva 93/37, osta ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta a una società quale una società semplice, qualificabile come 'imprenditore' ai sensi della direttiva 93/37, di partecipare alle gare d'appalto esclusivamente a causa della sua forma giuridica"

semplici alle procedure di gara. itto interno ostativi alla richiamata partecipazione. In conseguenza di ciò la pronuncia in esame ha dichiarato illegittimo il provvedimento del 9 maggio 2005 con cui la SOA C.Q.O.P. ha disposto la revoca dell'attestazione SOA a suo tempo rilasciata in favore della società agricola appellante.

III. Sulle tariffe minime praticate dalle SOA. A seguito di questione proposta dal Consiglio di Stato, la Corte di Giustizia⁴⁸ ha escluso il contrasto con il diritto dell'Unione della normativa nazionale che impone alle SOA un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Infatti, sebbene di per sé questa misura costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE, ma è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela dei destinatari di detti servizi. Con tecnica propria delle decisioni della Corte di giustizia, nel rispetto della sovranità delle Corti e in attuazione di un dialogo, è demandata al giudice del rinvio la valutazione in concreto della congruità della normativa derogatoria al principio di libertà di stabilimento, con gli obiettivi superiori da realizzare, in termini di stretta necessità.

IV. Sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nei giudizi in materia di pubblici appalti.

Questa materia appare particolarmente significativa, per quanto riguarda il “dialogo” ed il “conflitto” tra corti, nell'esigenza di apertura verso la giurisprudenza dell'Unione da un lato, ma contestualmente nella difesa delle posizioni maturate dalla adunanza plenaria del consiglio di Stato. L'esigenza che si manifesta è quella di trovare il punto di equilibrio tra interesse al ricorso,, principi di economia processuale ed effettività della tutela.

La vicenda ebbe origine proprio laddove sembrava essere stata raggiunto un punto fermo. Con la decisione n. 4 del 2011, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴⁹, definì il concetto di parità delle armi, alla luce della giurisprudenza costituzionale ed europea. Il Giudice è tenuto ad esaminare in via pregiudiziale il ricorso incidentale “escludente”, in quanto finalizzato a contestare la legittimazione al ricorso principale, con la conseguenza che l'accoglimento del ricorso incidentale determina la carenza di interesse a coltivare il ricorso principale. L'Adunanza plenaria precisava che dovesse qualificarsi come escludente, un ricorso recante censure relative all'accertamento dei requisiti soggettivi o di partecipazione alla gara del ricorrente principale o dei requisiti oggettivi della rispettiva offerta. Tali violazioni infatti determinerebbero la mancata ammissione *ab origine* del concorrente - ricorrente o comunque la sua successiva esclusione per cui l'accoglimento del ricorso incidentale fa venire meno l'interesse al ricorso principale. Tale sequenza logica viene meno quando il ricorso principale sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, in quanto il giudice, per economia processuale, ravvisato detto vizio, deciderà sul ricorso principale, senza dover trattare quello incidentale.

Interveniva la Corte di Giustizia⁵⁰ per precisare che quando le imprese ammesse ad una procedura fossero soltanto due, l'esame del ricorso incidentale non potesse determinare l'inammissibilità del ricorso principale, qualora “la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici”. Infatti, a ben vedere, in siffatta circostanza, ciascun concorrente è titolare di un interesse legittimo che mira alla esclusione dell'offerta degli altri. Di conseguenza, potrebbe rilevarsi l'impossibilità di scegliere una offerta regolare e, a seguito dell'accoglimento del ricorso principale ed incidentale, si avrebbe la necessità di indire una nuova gara.

A fronte della decisione della Corte di Giustizia, il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana⁵¹, dopo avere rilevato che ai sensi dell'art. 99 cpa avrebbe dovuto sollevare la questione innanzi all'adunanza plenaria del Consiglio di stato, quanto al rapporto tra giurisprudenza della Corte di Giustizia e decisione n. 4 del 2011, dubita della compatibilità comunitaria del citato

⁴⁸ Cfr Corte di Giustizia, sez. IV sent. 12 dicembre 2013, in C-327/12

⁴⁹ Consiglio di Stato Adunanza Plenaria del n. 4 del 7 aprile 2011

⁵⁰ Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2013, in C.- 100/12

⁵¹ CGARS ord. N. 848 del 17 ottobre 2013

art. 99 cpa e rimette questa questione alla Corte di giustizia. E' vero infatti, che attraverso l'art. 99 c. 3, si è inteso perseguire una situazione di certezza del diritto giurisprudenziale interno, tuttavia, tale norma entrerebbe in contrasto con il ruolo della Corte di Giustizia, quando da applicarsi sia diritto di derivazione dall'Unione e sotto questo profilo solleva la questione. Senza quindi passare dall'adunanza plenaria, il CGARS chiede altresì, direttamente alla Corte di Giustizia se i principi affermati *con la sentenza del 4 luglio 2013, siano applicabili in un giudizio in cui siano coinvolte due imprese, anche quando le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel giudizio stesso.*

Invece, per parte sua, la V Sezione del Consiglio di Stato⁵² rimetteva la questione all'adunanza plenaria, al fine di ottenere una decisione compatibile con il sistema definito in sede di unione europea.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵³, ha confermato l'impostazione già espressa con la precedente decisione, e riafferma la pregiudizialità del ricorso incidentale, quando venga eccepita la carenza di legittimazione del ricorrente principale per violazione di prescrizioni di gara dettate a pena di inammissibilità dell'offerta, di esclusione o di decadenza. La pregiudizialità viene meno quando invece vengano censurate valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della partecipazione regolare del ricorrente principale.

Anche la sesta sezione del Consiglio di Stato⁵⁴ rimetteva la questione all'Adunanza plenaria, per verificare se dovesse rivedersi l'orientamento espresso dalla stessa anche ai fini di certezza del diritto. L'adunanza plenaria⁵⁵ ha quindi avuto ulteriore occasione per definire il contenuto del principio di parità delle armi, affermato nella nostra carta costituzionale e ribadito dalla giurisprudenza della CEDU relativa al giusto processo di cui all'art. 6 della Carta, in relazione all'impostazione comunitaria.

Tale principio infatti, impone agli ordinamenti di adottare strumenti tali da offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il proprio caso, in condizioni da non provocare uno svantaggio sostanziale alla controparte⁵⁶. Secondo il nostro ordinamento costituzionale sono peraltro ammesse "legittime dissimmetrie" fra le parti, quando ragionevoli⁵⁷. Partendo da tali principio, l'adunanza plenaria conferma l'impostazione originaria, pur esplicitando una eccezione. Quando vi siano due offerte inficiate dal medesimo vizio, che ne determina l'inammissibilità, viene meno la pregiudizialità del ricorso incidentale. Infatti, affermare l'esame del ricorso incidentale condurrebbe ad affermare la inammissibilità della sola offerta del ricorrente principale, con conseguente violazione del principio di uguaglianza.

L'identità di vizio escludente sussiste quando la causa di esclusione afferisca la medesima sub fase del segmento procedimentale, con la conseguenza che vengono individuati come comuni i vizi riconducibili ad una di tre differenti categorie: a) tempestività della comanda ed integrità dei plichi; b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa, c) carenza degli elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

In tale quadro, l'adunanza plenaria enuclea i principi di diritto in ordine all'ordine di esame dei ricorsi incidentale e principale.

Fermo restando che il giudice deve decidere la controversia secondo l'ordine logico che pone la priorità sulle questioni di rito, rispetto a quelle di merito, deve poi essere prioritario l'esame del ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario. Viceversa, quando il ricorso incidentale non sia escludente, ovvero

⁵² Cons. St. sez. V, ordinanza n. 2059 del 15 aprile 2013

⁵³ Consiglio di Stato ad. Plenaria, n. 7 del 30 gennaio 2014.

⁵⁴ Consiglio di Stato sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681

⁵⁵ Cons. St., Adunanza Plenaria sent. n. 9 del 25 febbraio 2014

⁵⁶ Sul punto si vedano, Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati.

⁵⁷ Corte cost. Sent. 9 aprile 2009, n. 109

censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale, deve essere esaminato prioritariamente il ricorso principale. Il ricorrente in via principale, estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, è legittimato ad impugnare, in primo grado, l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione.

A fronte di una sentenza di primo grado che ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso incidentale escludente, ma non dell'intervento ad opponendum spiegato dalla stessa controinteressata, persiste in capo alla medesima la legittimazione ad appellare la sentenza, in quanto titolare di una posizione autonoma di svantaggio per la mancata esclusione dell'aggiudicataria⁵⁸ e, perciò, titolare "di una situazione soggettiva rilevante, caratterizzata da un interesse sostanziale di segno opposto a quello fatto valere con il ricorso originario, sulla quale si riflette la pronuncia di primo grado"⁵⁹.

Prima delle decisioni rese nel 2014 dall'adunanza plenaria, alcuni Collegi già espressamente hanno deciso richiamando la decisione della Corte di Giustizia, per cui l'insegnamento giurisprudenziale comunitario vada ad assumere una valenza prevalente rispetto a quella interna, ai sensi dell'art. 249 c. 3 del TFUE⁶⁰. Altri, dopo le decisioni dell'adunanza plenaria, hanno dato applicazione ai principi da questa affermati⁶¹.

Tale vicenda suggerisce un dialogo o meglio un dibattito tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia, espressione di una forte tensione tra sovranità interna ed integrazione, mentre i giudici di primo grado, dopo alcuni tentativi di applicazione diretta dei principi dell'unione, ricostruiscono gli istituti secondo l'impostazione del Consiglio di Stato confermando, quindi, la sovranità interna.

V. L'elemento soggettivo nel risarcimento dei danni.

Più lineare invece, la vicenda relativa al recepimento dei principi in materia di elemento soggettivo nella domanda risarcitoria. Il Consiglio di Stato⁶² conferma l'orientamento inteso a superare la configurazione di una responsabilità da "contatto sociale qualificato"⁶³, che trova fondamento nell'art.1176 c.c, nella parte in cui tra le fonti di obbligazioni richiama qualsiasi altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'orientamento giuridico.

Rilevato peraltro, che tale impostazione era stata mutuata impropriamente dall'ordinamento giuridico tedesco⁶⁴, la critica in quanto il modello della responsabilità da contratto qualificato nasce

⁵⁸ Cfr. Consiglio di Stato ad. Plen. N. 10 del 25 febbraio 2014, resa a seguito di questione posta da CDS sez. VI - ordinanza 30 luglio 2013 n. 4023.

⁵⁹ Detto principio già in Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5834.

⁶⁰ TAR Veneto, sez. I sent. 30 gennaio 2014, N. 128. Cfr. anche per la stessa impostazione, TAR Lombardia Brescia, sez. II 28 gennaio 2014, n. 105; TAR Campania, Napoli, sez. III, 20 dicembre 2013, n. 5969; Tar Lombardia Milano sez. IV, 15 novembre 2013, n. 2540. Anche il TAR Bologna, sez. I sent. n. 220 del 24 febbraio 2014, ha richiamato la decisione della Corte di Giustizia e dichiarato l'infondatezza del ricorso proposto in via principale. Nel caso di specie il ricorrente, pur essendo terzo classificato, contestava la conformità alle specifiche tecniche delle offerte di entrambi i candidati che lo precedono in graduatoria.

⁶¹ Così, in ossequio alla decisione n. 7/14, il Tar Sardegna, ha esaminato il ricorso principale, quindi quello incidentale e li ha entrambi accolti, TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 20 febbraio 2014 n. 172. Per una applicazione cfr. anche TAR Lazio Roma, sez. I bis, 25 febbraio 2014, n. 2195. Nel rispetto di quanto affermato dalla successiva decisione n. 9/14, il Tar Napoli ha esaminato prioritariamente il ricorso incidentale escludente, per dichiarare l'illegittimità della mancata esclusione del ricorrente principale, TAR Campania, Napoli, sez. V 6.3.2014, n. 1428

⁶² Cons. St. sez. V sent, 27 marzo 2013 n. 1833, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶³ Tale orientamento effettivamente è stato talora seguito da Cons. St., sez. VI, 15/04/2003, n. 1945, in Riv. amm. R. It. 2003, 973, con nota di CAPUZZA; Cass. Civ., Cassazione civile, sez. I, 10/01/2003, n. 157, in *Foro amm.* CDS 2003, 32, 479 con nota di SIRACUSANO; tralascia la qualificazione del rapporto Cons. St. sez. V 18 febbraio 2013 n. 966, in www.giustizia-amministrativa.it ma indica un termine di decadenza quinquennale.

⁶⁴ Si legge nella sentenza Cons. St. sez. V 18 febbraio 2013 n. 966 cit. che "la tesi del contatto sociale qualificato nasce in Germania per far fronte al cd. Enumerationprinzip del § 832 BGB. Ossia in costanza di una disciplina normativa distante da quella che regola il danno da aggiudicazione illegittima nel nostro ordinamento. È stata, infatti, la delimitazione dei diritti soggettivi coperti dal rimedio aquiliano a fornire nel diritto tedesco la spinta per la creazione della tesi del contatto sociale qualificato, che genera un obbligo di protezione pur in assenza di un obbligo primario di prestazione"

dalla considerazione che a monte sussiste una relazione non occasionale, come invece accade per l'ipotesi di responsabilità aquiliana. Infatti, la relazione scaturisce dall'esistenza di un procedimento, che coinvolge cittadino e amministrazione. In tale ottica, il modello di responsabilità da contatto sociale rimarrebbe strettamente correlato alla violazione di quegli obblighi procedurali che incombono sull'amministrazione a tutela del privato. Pertanto, tale modello di responsabilità ricondurrebbe la lesione alla avvenuta violazione di un obbligo procedimentale e non dal provvedimento in sé. D'altra parte, è sempre esclusa la configurazione della "responsabilità da contatto sociale qualificato" quando la parte avanza istanza di ristoro patrimoniale a tutela del proprio interesse legittimo all'aggiudicazione della gara d'appalto, con ciò lamentando il cattivo esercizio del potere amministrativo⁶⁵.

Oggi, il Consiglio di Stato ricostruisce la natura della responsabilità come responsabilità ex art. 2043, ma riletta secondo l'impostazione della giurisprudenza comunitaria⁶⁶, ovvero a prescindere dall'accertamento della colpa. Infatti, se accertata l'erroneità della aggiudicazione da parte dell'amministrazione, dovesse poi accertarsi la colpa al fine di ammettere la domanda risarcitoria, vi sarebbe un margine di "non tutela" in contrasto con i principi dell'UE. In sede dell'Unione, l'esigenza che venga tutelato e reso effettivo il principio della massima concorrenza ha introdotto un corrispondente livello massimo di effettività della tutela in sede giurisdizionale, facendo venir meno ogni possibilità che l'amministrazione possa sottrarsi al ristoro patrimoniale, adducendo l'assenza di colpa. D'altra parte, la ricostruzione dell'Unione trova immediato fondamento nella circostanza per cui l'obiettivo primario della effettività della tutela sia la reintegrazione in forma specifica. Il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo⁶⁷.

b) Relativamente ai servizi pubblici

I. Sul servizio farmaceutico. Su iniziativa del TAR Lombardia, la Corte di Giustizia ⁶⁸ ha risposto al quesito con cui si chiedeva se costituisse restrizione della libertà di stabilimento una norma nazionale (come quella italiana) che non consente a un farmacista – cittadino di altro Stato membro, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica. Il principio affermato dalla Corte di Giustizia è quello per cui ogni provvedimento nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione europea, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato costituisce una restrizione ai sensi dell'articolo 49 TFUE. Quando il farmacista intenda aprire una parafarmacia non è subordinato alla richiesta di apposita autorizzazione, invece richiesta per l'apertura di farmacia. Di conseguenza, il farmacista titolare di parafarmacia, sarà escluso dalla quota di mercato dei medicinali in Italia, per cui simile normativa nazionale può ostacolare e scoraggiare l'apertura di una parafarmacia sul territorio italiano da parte di un farmacista cittadino di un altro stato membro e costituire, in astratto, una illecita restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE. Spetta però al giudice nazionale verificare in concreto la sussistenza del contrasto, anche in

⁶⁵ Nel caso in cui si lamenti l'inadempimento di un obbligo, la fattispecie che si viene a creare pare avvicinarsi al paradigma della responsabilità contrattuale nell'accezione datane da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.* 2008, 10, 2968. Sul tema si richiama anche Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Diritto & Giustizia* 2012.

⁶⁶ Cfr. 30 settembre 2010, Corte giustizia UE, sez. III, 30/09/2010, n. 314 in C-314/09 Stadt Graz c. Land Steiermark, in *Foro amm.* CDS 2011, 10, 3014. cit.

⁶⁷ A riprova di tale soluzione quale soluzione preferenziale, anche nel nostro ordinamento vi è la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, definitivamente risolta in sede normativa per effetto del d.lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel CPA (artt. 121 e ss.) STICCHI DAMIANI E., *brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo report annuale - 2012 (Settembre 2012)*, in *ius publicum.com*

⁶⁸ Corte di Giustizia CE, sent. 5 dicembre 2013 C-159/12 - C-161/12, n.C-159/12 -

considerazione del principio di proporzionalità rispetto alla esigenza di tutela dei diritti fondamentali. In questo senso, quindi, laddove vi sia esigenza di tutela dei diritti costituzionali, nell'applicazione del principio affermato in sede dell'Unione europea, può riespandersi all'interno la citata dottrina dei controlimiti.

II. Sui limiti di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti a pagamento rispetto a quelli stabiliti per le altre emittenti

A seguito di ordinanza, con cui il TAR Lazio⁶⁹ sollevava questione pregiudiziale sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario ed in particolare con il principio di parità di trattamento e con la libertà e pluralità dei media, della normativa interna che introduce limiti di affollamento differenziati per le emittenti a pagamento e in chiaro, la Corte di Giustizia⁷⁰ ha ribadito alcuni principi, in coerenza con propri precedenti orientamenti. Il principio di parità di trattamento si configura come principio generale dell'Unione, oggi sancito anche dagli artt. 20 e 21 della Carta dei Diritti. Il principio implica il trattamento uguale di situazioni paragonabili ed il trattamento diverso di situazioni non paragonabili, salvo che la deroga al trattamento non possa ravvisarsi come obiettivamente giustificata. Esaminata la normativa italiana, la Corte di Giustizia rileva che la normativa nazionale va a ledere la libertà di prestazione di servizi, prevista dall'art. 56 TFUE. E' vero anche che deroghe possono essere ammesse da parte del legislatore nazionale, quando sia intesa a perseguire un motivo imperativo di interesse generale, che nella materia di specie si può individuare nella tutela dei consumatori, *contro gli eccessi della pubblicità commerciale. Anche in questa circostanza, considerata la deroga ad un principio generale, la restrizione è comunque ammessa in termini di stretta necessità.*

A seguito della decisione, il TAR del Lazio ha adottato ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 33 c. 5 del dlgs 177/05, per eccesso di delega e per violazione degli artt. 41 e 3 Cost. Viene quindi confermata la pregiudizialità della interpretazione comunitariamente orientata rispetto alla questione di legittimità costituzionale. Verificato che le norme potrebbero essere applicate secondo il diritto dell'Unione, il Giudice verifica la sussistenza dei parametri per promuovere il giudizio in via incidentale innanzi alla corte costituzionale. L'attenzione quindi, si sposta in via prioritaria sul diritto dell'Unione. E se da un lato ciò esprime una prevalenza di tali fonti, pur sempre l'"ultima parola" è lasciata alla Corte costituzionale, chiamata a garantire i diritti fondamentali così come enucleati nella nostra costituzione, diritti che pur sempre costituiscono "controlimiti".

III. Sull'attività di raccolta scommesse.

A seguito di ordinanza del TAR Toscana⁷¹, la Corte di Giustizia⁷² è intervenuta sulla disciplina italiana in materia di raccolta delle scommesse, che prevede che le questure possano rilasciare licenza di pubblica sicurezza previste dall'88 Tulpas solo ai soggetti già in possesso di concessione rilasciata dai Monopoli per la raccolta di scommesse⁷³. La *ratio* è intesa ad eliminare i Centri trasmissione dati (CTD) ed i Centri emissione dati (CED) ovvero gli esercizi che non hanno concessione italiana, ma raccolgono o dirottano scommesse verso operatori in possesso di una licenza rilasciata da un altro paese dell'UE, assumendo la qualità di intermediari o addirittura di fornitori della connessione telematica.

⁶⁹ Tar Lazio, ordinanza 7 marzo 2012, n. 3639

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. del 18 luglio 2013 in C-234/12, Sky Italia srl;

⁷¹ Tar Toscana – Firenze, ord. n. 1861 del 5 dicembre 2011, sez. II. Per completezza si dà conto della circostanza per cui il TAR Toscana ha sospeso altri giudizi successivamente incardinati, in attesa della decisione della Corte di Giustizia: 1450 e 1451 del 3 agosto 2012 ed altre.

⁷² Cfr. Corte di Giustizia, sent. 12 settembre 2013, in C 660/11 e C- 8/12

⁷³ In dettaglio, per gli adempimenti da effettuare, si veda: Ministero dell'Economia e delle Finanze

Roma, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, DIREZIONE GENERALE, Direzione per i Giochi- Ufficio 12°- Apparecchi e congegni da divertimento ed intrattenimento- circ. del 16 giugno 2010 Prot. n.2010\210Giochi/ADI, in http://www.aams.gov.it/sites/aams2008/files/documenti_old/private/downloads/documentazione/newslet/Circ-aut-sistemi-gioco-VLT-17-giu-10.pdf

I quesiti proposti dal TAR Toscana riguardavano la compatibilità dell'art.88 Tulp (come interpretato dall'art. 2 commi 2^{ter} e 2^{quater} del dl. 40/10, conv. in l. 73/10) con il diritto dell'Unione, e segnatamente con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nella parte in cui prevede la decadenza delle concessioni già rilasciate, a favore di compagnia che svolga in modo "diretto o indiretto di attività transfrontaliere assimilabili" a quelle vietate. Il giudice del rinvio chiede altresì quali siano i parametri per verificare l'ammissibilità dell'eventuale restrizione. Sul tema, già la Corte di Giustizia era intervenuta⁷⁴ per affermare che le sanzioni, a risvolto anche penale, applicate *l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione sono in contrasto con gli artt. 43 e 49 CE*, qualora l'esclusione dalla gara sia stata illegittima e non siano stati adottati rimedi intesi a sanare detta illegittimità. Il precedente, quindi, riguardava un caso specifico, differente considerato che da ultimo la questione interpretativa sottoposta alla Corte riguarda i profili di legittimità della previsione che subordina il rilascio dell'autorizzazione di polizia alla titolarità della concessione, prevedendo nelle convenzioni di concessione una clausola di esclusiva che pretende di vincolare tutti gli operatori ad esercitare l'attività solo in Italia e di escludere la possibilità di attività transfrontaliere. La Corte di Giustizia che oggi conferma la legittimità di un sistema concessorio e la necessità di una autorizzazione di polizia, proprio finalizzata al controllo di attività criminali e fraudolente, con la conseguenza che non possa ritenersi in violazione del diritto dell'Unione una normativa nazionale che imponga agli operatori interessati ad esercitare attività di giochi e scommesse l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia in aggiunta ad una concessione. La decisione rimane coerente con l'impostazione seguita dalla giurisprudenza interna, anche a seguito della pronuncia Costa- Cifone. I principi contenuti in detta sentenza sono infatti strettamente applicabili agli specifici casi, in quanto intesi a censurare le discriminazioni operate ad operatori che avevano partecipato (o comunque inteso partecipare) alle gare indette con il Bando Bersani⁷⁵. Le gare indette risultavano in contrasto con il diritto dell'Unione e quindi in violazione con gli artt. 43 e 49 CE , perché lesive dei principi di parità di trattamento e di effettività, in quanto escludevano, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica, proteggendo le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti e prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti. Di conseguenza, secondo la Corte di Giustizia, dovevano ritenersi illegittime ed in violazione con i suddetti articoli, le sanzioni penali inflitte, per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia, nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione.

⁷⁴ Corte di Giustizia sent. 16 febbraio 2012 in C-72/10 e C-77/10 (Costa – Cifone),

⁷⁵ La normativa italiana stabilisce, in sostanza, che l'esercizio delle attività di raccolta e di gestione delle scommesse presuppone l'ottenimento di una concessione previa pubblica gara, nonché di un'autorizzazione di polizia, in difetto è prevista una sanzione penale. Fino alle modificazioni della legislazione applicabile intervenute nel 2002, gli operatori aventi la veste di società di capitali quotate nei mercati regolamentati non potevano ottenere una concessione per i giochi d'azzardo, con la conseguenza che sono stati esclusi dalle gare finalizzate all'attribuzione di concessioni svoltesi nel 1999. Dell'esclusione fu affermata l'illegittimità dalla Corte di Giustizia, con la sentenza Placanica e a. L'illegittimità di tale esclusione alla luce degli articoli 43 CE e 49 CE è stata dichiarata, in particolare, nella citata sentenza Placanica e a.: cfr. Corte di Giustizia, Grande sezione, sent. 6 marzo 2007, in C-338/04, C-359/04 E C-360/04. Per adeguarsi all'ordinamento dell'Unione, il dl 223/06 (conv. in l. 248/06, n. 248 cd. «decreto Bersani»), ha proceduto ad una riforma del settore del gioco in Italia. In attuazione del decreto, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) ha pubblicato due bandi di gara per l'assegnazione di oltre 16.000 nuove concessioni per la commercializzazione di scommesse su eventi sportivi, comprese le corse di cavalli, e alla conclusione delle procedure, sono state aggiudicate 14.000 nuove concessioni a favore di diversi operatori nazionali ed esteri: si tratta dei bandi pubblicati in GU 199 del 28.8 2006.

Non potendosi applicare il precedente *tout court*, ed a fronte della legittimità di misure concessorie ed autorizzatorie, da ultimo la Corte di Giustizia precisa che sarà il giudice del rinvio a dover verificare in concreto se la normativa determina una discriminazione di fatto⁷⁶.

IV. Sul servizio noleggio con conducente

La Corte di Giustizia ha deciso su alcuni quesiti posti dal Tar Romano⁷⁷, in materia di servizio di noleggio con conducente. La questione è sollevata in relazione alla nuova disciplina di cui all'art. 3 della legge n. 21 del 1992, che impone agli esercenti di disporre di sedi e rimesse situate nel comune che ha rilasciato l'autorizzazione, di stazionare e sostare solo all'interno delle predette rimesse, di tornare alla rimessa per l'offerta di ogni nuova prestazione, di attestare orario e percorso di ciascuna prestazione attraverso la compilazione di un foglio di servizio, nonché dalla previsione di rilevanti sanzioni, fino alla cancellazione dal ruolo, per il mancato rispetto della nuova disciplina⁷⁸. Anche l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato aveva evidenziato⁷⁹ che la novella apparisse suscettibile di introdurre elementi di rigidità nella disciplina che regola il servizio di noleggio con conducente, tali da ridurre il numero di operatori presenti sul territorio comunale, con conseguente riduzione dell'offerta.

A fronte di tale disciplina, il dubbio interpretativo in capo al Tar Lazio, nasce dalla circostanza per cui il servizio di noleggio con conducente appartiene alla categoria dei servizi pubblici non di linea, in quanto provvede al trasporto collettivo o individuale di persone ed ha funzione integrativa o complementare rispetto ai servizi pubblici di linea. Detto servizio non trova una disciplina specifica in sede di Unione Europea, né può applicarsi la direttiva 2006/123/CE, relativa alla materia di liberalizzazione dei servizi nel mercato interno, in quanto la stessa esclude espressamente dall'ambito di applicazione il servizio di trasporto. Entra in gioco piuttosto la libertà di stabilimento⁸⁰ e la libera prestazione di servizi, per cui gli Stati membri non possono adottare disposizioni restrittive, salvo che le stesse sia giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico e nei limiti di necessità e proporzionalità, in modo tale che non eccedano quanto necessario per raggiungere l'obiettivo e non creino discriminazioni in base alla cittadinanza⁸¹. Analoga questione era già stata sollevata dal Tar Lazio, con riguardo altresì a specifiche limitazioni all'accesso alla zona ZTL romana, da parte degli autisti di vetture a noleggio con conducente⁸².

A fronte di tale questione, la Corte di giustizia⁸³ si è dichiarata non competente a decidere, in considerazione del fatto che le disposizioni hanno un impatto esclusivamente riferito al territorio locale e non investono cittadini ed operatori di altre nazioni dell'Unione Europea, rimando estranee al mercato interno.

C) Sulla stabilizzazione dei precari dipendenti dell'AEEG

In pendenza di uno stesso giudizio, il Consiglio di Stato ha nuovamente trasmesso alla Corte di Giustizia questione interpretativa sulla normativa italiana in materia di stabilizzazione dei lavoratori a tempo determinato, dipendenti di una pubblica amministrazione e segnatamente dell'Autorità per l'Energia elettrica ed il gas⁸⁴.

⁷⁶ Ad oggi, non risulta pronunciata decisione dal TAR Toscana a seguito della decisione della Corte di Giustizia.

⁷⁷ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II 04/09/2012 n. 7516

⁷⁸ Sul punto, si veda anche TAR CAMPANIA Napoli sez. III- 8 aprile 2013, n.1857 del 2013, che ha accolto un ricorso perché all'epoca in cui venne comminata la sanzione al ricorrente la normativa non era in vigore.

⁷⁹ Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, segnalazione AS683 del 27 aprile 2010

⁸⁰ La Corte di Giustizia ha precisato che nell'ambito dei servizi di trasporto pubblico di rilevanza esclusivamente locale si applichino le disposizioni del trattato UE in materia di libertà di stabilimento, cfr. Corte di Giustizia sent. 22.12.2010 in C 338/09, Yellow Cab Verkehrsbetrieb

⁸¹ Cfr. Corte di Giustizia 6 marzo 2007, in C-338/04; C-359/04; C-360/04, Planica e altri.

⁸² Cfr. TAR Lazio sez. II Ter- ord. n. 2204 del 2012

⁸³ Corte di Giustizia, sez. III- 13 febbraio 2014- in [C163/12](#) ; [162/12](#); [C419/12](#); [420/12](#),

⁸⁴ La questione pregiudiziale viene ora sollevata da Cons. St. sez. VI ord. 1287 del 14 marzo 2014. Era già stata rinviata alla Corte di Giustizia, con ordinanza collegiale del CdS, sez. VI, n. 3977/11 del 4 luglio 2011, da cui la decisione della Corte di Giustizia (sez. VIII) del 7 marzo 2013 (causa C-393/11). Il ricorso era stato proposto da alcuni dipendenti dell'AEEG, avverso la deliberazione GOP 41/2008 del 4.8.2008, con la quale si determinavano

In tale materia, la Direttiva 1999/70/CE, esclude ogni discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato, con la conseguenza che gli istituti propri del rapporto di lavoro a tempo indeterminato devono essere estesi anche agli altri rapporti di lavoro. Tale circostanza determina che, in caso di trasformazione del rapporto di lavoro, le vicende del precedente rapporto a termine debbano intendersi come intervenute “in un unico contratto a tempo indeterminato sin dall’origine”⁸⁵. In ossequio a tale orientamento, vi sono state decisioni dei giudici del lavoro⁸⁶, che hanno ritenuto che ai dipendenti stabilizzati delle cosiddette Autorità indipendenti dovesse riconoscersi, nel successivo rapporto di ruolo, il diritto a conservare l’anzianità di servizio, i trattamenti retributivi e l’inquadramento, maturato nel corso dei contratti a termine. Sotto l’opposto punto di vista, già il Consiglio di Stato era giunto a decisione definitiva, quando aveva respinto gli appelli promossi da dipendenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Antitrust)⁸⁷. Pur rilevata l’equivalenza delle mansioni affidate ai dipendenti a termine, rispetto a quelle svolte nella stessa qualifica dai dipendenti di ruolo, individuava some sussistenti motivazioni oggettive, tali da giustificare la deroga al principio generale, in considerazione del principio costituzionale dell’accesso al pubblico impiego tramite concorso, con “discriminazione alla rovescia” dei vincitori di detto concorso. D’altra parte, ravvisava che la previsione di un “assegno *ad personam*, riassorbibile e non rivalutabile, pari all’eventuale differenza fra il trattamento economico conseguito e quello spettante all’atto del passaggio in ruolo” a fronte della eliminazione delle anzianità pregresse dei lavoratori precari stabilizzati rendeva non sproporzionata la misura stessa.

Per parte sua la Corte di Giustizia⁸⁸, investita della questione dallo stesso Consiglio di Stato, non aveva rappresentato ragioni di illegittimità della normativa di uno stato “*che vieta, nel pubblico impiego, la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, in quanto differenziazione ragionevole, per diversità dei criteri di accesso*”. In concreto tuttavia, non si pronunciava sulla normativa italiana specificamente indicata, in quanto la Corte di Giustizia riteneva non chiarita dal giudice del rinvio la comparabilità delle mansioni, svolte in base ai contratti di lavoro a tempo determinato, rispetto a quelle svolte dai dipendenti di ruolo assunti a tempo indeterminato nell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas. Rimetteva altresì alla valutazione del giudice del rinvio la verifica in concreto della sussistenza delle “ragioni oggettive” tali da giustificare il diverso trattamento. Sulla base di tale decisione, permangono in capo al consiglio di stato alcune incertezze interpretative. Considerate le parziali differenze per quanto riguarda i dipendenti della AEEG, i giudici di Palazzo Spada tornano a trasmettere gli atti alla Corte di Giustizia, per la seconda volta, integrando i quesiti. Chiedono espressamente, se in via di principio ed in rapporto a mansioni rimaste immutate e del tutto uguali per lavoratori a tempo sia determinato che indeterminato, sia compatibile con la clausola 4, comma 4, della direttiva 1999/70/CE, una disposizione nazionale (art. 75, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008), che azzerava completamente le anzianità di servizio maturate presso le Autorità indipendenti con contratti di lavoro a termine, in caso di stabilizzazione in via eccezionale dei lavoratori interessati, in base a prove selettive non del tutto assimilabili al più rigoroso concorso pubblico per esami sostenuto da altri dipendenti, ma comunque conformi, in quanto legislativamente previste, all’art. 97, terzo comma, della Costituzione italiana, quale accertamento di idoneità all’esercizio delle funzioni da assegnare. Per l’ipotesi in cui la Corte di Giustizia dovesse ravvisare la non conformità in linea di principio, il

l’inquadramento ed il livello stipendiale dei medesimi, dopo la “stabilizzazione” effettuata con delibere 196/07 e 256/07, a norma dell’art. 1, comma 519, della legge 21.12.2006, n. 296. Oggi la causa è pendente con il n. C142/14. Mentre si scrive si è avuta notizia dell’avvenuto deposito della decisione, seppure allo stato non disponibile.

⁸⁵ Corte di Giustizia, 13.9.2007, C-307/05, Del Cerro Alonso

⁸⁶ cfr. in tal senso le decisioni nn. 4148/ 2009 del Tribunale di Torino, 10942/2009 del Tribunale di Roma e 503/2010 del Tribunale di Trieste

⁸⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5287 del 4 novembre 2013, che decideva in base alla sentenza della Corte di Giustizia del 18 ottobre 2012 in C-302/11, C-303/11, C-304/11 e C-305/11, citata alla nota precedente

⁸⁸ Corte di Giustizia, sez. VIII, 7 marzo 2013 causa C-393/11, che ripercorre le argomentazioni di cui alla sentenza 18 ottobre 2012, Valenza e a. – da C-302/11 a C-305/11.

Consiglio di stato chiede altresì che venga espressa una valutazione sulla sussistenza di “ragioni oggettive di deroga al pari trattamento”, per “finalità di politica sociale”, ravvisandole ipoteticamente nell’esigenza di evitare l’inserimento “a pettine” dei lavoratori stabilizzati rispetto a quelli già immessi nei ruoli per effetto della regola generale del concorso di accesso alle pubbliche amministrazioni. La prospettazione si completa con il quesito relativo alla proporzionalità di suddetto trattamento, in considerazione della attribuzione ai lavoratori precari stabilizzati di un assegno *ad personam*, riassorbibile e non rivalutabile, con interruzione dell’ordinario sviluppo dei livelli retributivi raggiunti e dell’accesso alla selezione per qualifiche superiori. La vicenda assume una connotazione interessante, oltre per i contenuti di merito, anche per la tecnica decisoria, in considerazione di un secondo rinvio in pendenza della stessa causa, tenuto conto della precedente decisione del Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia⁸⁹ ha espressamente escluso la compatibilità con l’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa interna che non ammette che i periodi di servizio svolti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un’autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l’anzianità di quest’ultimo quando viene assunto a tempo indeterminato. Ha altresì precisato che non può costituire una ragione oggettiva intesa a derogare alla normativa dell’Unione la circostanza che l’assunzione a tempo indeterminato sia preceduta da un concorso pubblico⁹⁰. Nell’attesa della decisione della definitiva del Consiglio di Stato, l’orientamento della Corte di Giustizia manifesta un progressivo rafforzamento verso l’affermazione di limiti all’applicazione del diritto interno, volti a tutelare e rafforzare il nucleo duro di diritti fondamentali, quando entrano in conflitto con l’interesse pubblico, anche se inerente i principi fondamentali dell’azione amministrativa.

5. Alcuni casi pendenti

A) Sulla partecipazione alle gare di una Azienda ospedaliera.

Il consiglio di Stato⁹¹ ha promosso questione pregiudiziale con riguardo alla normativa italiana relativa alla partecipazione a gare di appalto di operatori quali le aziende ospedaliere universitarie, che beneficiano stabilmente di risorse pubbliche. La vicenda è giunta in Consiglio di stato, a seguito dell’accoglimento del ricorso promosso da una società commerciale, seconda classificata in gara pubblica, bandita dalla Regione Lombardia per l’affidamento del servizio di elaborazione dati relativi alla valutazione esterna sulla qualità dei farmaci. Era risultata aggiudicataria, infatti, una azienda ospedaliera, che il TAR ha ritenuto non legittimata a partecipare alla gara pubblica, in quanto ente pubblico, finanziato con risorse pubbliche, tale da godere di un notevole vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti. Secondo il Collegio di primo grado, a favore di tali soggetti sarebbe, al limite, consentito l’affidamento diretto.

In sede di appello, le questioni prospettate riguardano la qualificazione della azienda ospedaliera in termini di “operatore economico” e, dunque, la riconducibilità della stessa tra i soggetti legittimati a partecipare alle gare secondo la normativa interna e comunitaria, tenuto conto della loro natura giuridica nell’ordinamento italiano. Infatti, è pur vero che il d.lgs. 502/1992 e il successivo d.lgs. 229/1999 hanno conferito alle aziende ospedaliere personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale, tuttavia, sulle stesse le Regioni esercitano il controllo e le risorse di cui godono provengono prevalentemente dalla fiscalità generale. Tali elementi fanno propendere quindi, per attribuire alle stesse una condizione di privilegio sul mercato della salute, rispetto agli altri operatori privati, per cui le stesse sono in grado di offrire un prezzo più basso. A fronte di tale circostanza, il nostro ordinamento ha tradizionalmente assunto un atteggiamento di esclusione della partecipazione alle gare di soggetti di tale natura.

⁸⁹ Corte di Giustizia, ord. 4 settembre 2014, in C-152/14

⁹⁰ Sulla decisione, cfr. “ilsole24ore” del giorno 17 settembre 2014 BERTAGNA G., *Anzianità di servizio a maglie larghe*

⁹¹ Cons. Stato, sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5241

Da parte sua, nell'ordinamento dell'Unione Europea non emerge alcun principio che precluda agli enti pubblici la partecipazione alle gare, considerato che la Corte di Giustizia è orientata nel senso di favorire la massima partecipazione alle gare, anche a soggetti che non operano stabilmente sul mercato in condizioni di effettiva concorrenza con gli altri operatori⁹².

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁹³ aveva cercato un punto di equilibrio tra la posizione della giurisprudenza interna e quella della Corte di Giustizia, quando ha ammesso una università a partecipare ad una gara di appalto, sempreché l'oggetto del contratto da concludere fosse inerente la ricerca e la didattica e quindi coerente con le finalità istituzionali dell'ente.

Oggi, il Consiglio di Stato chiede alla Corte di giustizia di chiarire la compatibilità con il diritto dell'Unione di normativa interna che esclude dalla partecipazione alle gare enti pubblici economici, che beneficiano di risorse pubbliche. In base all'ampiezza della decisione della Corte di Giustizia, la questione potrebbe poi essere utilizzata per ulteriori interpretazioni rilevanti ai fini della partecipazione alle gare di soggetti, pur privati, ma senza scopo di lucro, che godono per legge di alcuni benefici.

b) Sull'affidamento a soggetti senza scopo di lucro. Questione relativa, proprio, alle modalità di affidamento di servizi a soggetti senza scopo di lucro, è stata sollevata anche dal Tar Piemonte⁹⁴, nel corso di un giudizio promosso da rappresentanti ed esponenti del settore artigiano di servizio taxi e autonoleggio per ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale la ASL To 4 ha disposto l'affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto dializzati, a favore di associazioni di volontariato, in base alla previsione dell'art. 9 l.r. Piemonte 38/1994. E' vero infatti, che nel settore, anche l'ordinamento dell'Unione prevede una disciplina specifica, contenuta nel TFUE e desumibile dal libro verde sui servizi di interesse generale (COM/2003/0270def), dal libro bianco sui servizi di interesse generale (comunicazione COM/2004/0374/def.), dalla risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici" e dal diritto vivente di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nell'esigenza quindi di individuare il corretto punto di equilibrio tra normativa derogatoria e principio di concorrenza che richiede l'espletamento di gara pubblica, il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia se i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità introdotti dall'ordinamento dell'Unione in materia di appalti pubblici di trasporto, rendano non legittima una normativa nazionale che permetta l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato prevalentemente organizzate in base a prestazioni d'opera non retribuita ed a fronte di un genuino rimborso spese. Per l'ipotesi in cui la Corte di Giustizia ne ravvisi la compatibilità, viene altresì richiesto che specifichi se occorra una preventiva comparazione di offerte provenienti da più operatori omogenei (eventualmente anche comunitari) e titolati all'affidamento diretto, onde limitare il rischio dell'esposizione di costi inefficienti o non congrui. La declaratoria della compatibilità di siffatto modo di procedere con il diritto dell'Unione, impone altresì verificare se le associazioni di volontariato titolari di affidamenti diretti debbano essere soggette a precisi limiti percentuali di parallelo accesso al mercato, e se pertanto in tal senso debba essere interpretata la disposizione nazionale che prescrive la marginalità delle attività commerciali di queste associazioni.

C) Sul contributo unificato. Relativa alla problematica di effettività della tutela giurisdizionale e di conseguente accesso alla giustizia amministrativa, è la questione sollevata dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento⁹⁵ che dubita della conformità con il diritto dell'Unione della normativa italiana sul contributo unificato, in materia di ricorsi avverso procedure di appalto. Infatti, l'art. 1 della "Direttiva ricorsi" 21/12/1989, n.665 fissa i fondamentali

⁹² Corte di Giustizia UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-350/08

⁹³ Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10

⁹⁴ TAR PIEMONTE Torino I SEZIONE – ord. 28.1.2014 N 161

⁹⁵ TRGA Trento, ord. n. 23 del 27 gennaio 2014

principi di efficacia, celerità, non discriminazione ed accessibilità, che richiedono l'adozione di normative idonee a garantire effettività e satisfattività della tutela.

Per assicurare l'efficacia dei mezzi di ricorso, la disciplina interna relativa alle modalità di accesso alla giustizia deve precedere costi sostenibili e proporzionati rispetto al vantaggio che il ricorrente confida di ritrarre dalla controversia. Invece, la normativa italiana sul contributo unificato, individua dei valori elevati, che rischiano di vanificare del tutto l'utilità ritraibile dal ricorso⁹⁶. Le norme esaminate riguardano sia la previsione di versamento di contributo unificato per ogni nuovo provvedimento da impugnarsi, pena inammissibilità del ricorso originario, sia la previsione dell'incremento della metà in sede di appello, tali da determinare un intento "timida torio" a carico di chi vuole tutelare i propri diritti in giudizio.

Nel caso di specie, il Giudice del rinvio, rilevato che le disposizioni si pongono in contrasto con i principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale, riscontra altresì il potenziale contrasto con la normativa dell'Unione e rinvia alla Corte di giustizia, a preferenza della Corte costituzionale, pur in presenza di questione di legittimità costituzionale proposta. Infatti, la direttiva ricorsi indica quale priorità assoluta ed incondizionata, l'esigenza di effettività della tutela del ricorrente, come "variabile" indipendente dall'interesse alla celere e non ostacolata esecuzione del contratto pubblico. La cogenza del principio della tutela giurisdizionale effettiva è altresì rafforzata laddove si consideri che costituisce principio generale del diritto dell'Unione, derivato dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiamati dall'ordinanza di rinvio. In ragione di tali principi, la questione sollevata innanzi alla Corte di Giustizia investe la compatibilità con il diritto dell'Unione della normativa interna, che prevede importi elevati in materia di contributo unificato e dispone la ulteriore corresponsione di identico contributo in caso di ricorso per motivi aggiunti, da presentarsi pena inammissibilità del primo, in pendenza dello stesso giudizio. Il richiamo solo incidentale ed indiretto alle norme della CEDU appare coerente con l'impostazione della Corte costituzionale⁹⁷, che ne ha escluso l'applicazione diretta, in considerazione del non completamento dell'adesione da parte dell'Unione Europea al sistema convenzionale.

d) Sulla tutela ambientale e responsabilità.

Il Consiglio di Stato⁹⁸ ha sollevato questione interpretativa sulla normativa italiana che, in applicazione dei principi dettati dall'Unione in materia ambientale, disciplina la responsabilità del proprietario del sito, tenuto conto peraltro che il Consiglio di Stato⁹⁹ aveva avuto occasione di affermare che è vero che il proprietario del sito è responsabile a prescindere dal dolo o dalla colpa, ma allo stesso non è richiesto un intervento di bonifica, in quanto chiamato solo a rifondere le spese sopportate per la bonifica del sito, in sede di rivalsa.

Il titolo V della parte IV del dlgs n. 152/2006, prevede che il proprietario debba adottare le misure di prevenzione (art. 245 c.2, che richiama l'art. 240, comma 1, lett.1), mentre gli interventi di riparazione, di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino gravano esclusivamente sul responsabile dell'inquinamento (art. 244, comma 2). Qualora il responsabile non sia individuabile o non provveda, è la pubblica amministrazione competente a dovere adottare gli interventi necessari (art. 244, comma 4). La stessa, sulla base di provvedimento motivato inteso ad evidenziare i presupposti di fatto e di diritto che hanno legittimato la propria azione, dovrà poi procedere a recuperare i costi, in sede di rivalsa nei confronti del proprietario, che risponde nei limiti del valore di mercato del sito (art. 253, comma 4). Il diritto di rivalsa è garantito da un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare (art. 253, comma 2).

⁹⁶ In dottrina, già erano state criticate le misure di tale natura: cfr. F. SAITTA, Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente, in Foro amministrativo CDS, fasc. 12, 2012, 316, 5 e ss.

⁹⁷ Corte cost. sent. n. 80 dell'11 marzo 2011

⁹⁸ Consiglio di Stato – sez. II – parere sospensivo Numero 997 del 26 marzo 2014

⁹⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 15 luglio 2010 n. 4561.

Pertanto, la nostra normativa non permette all'amministrazione di imporre al proprietario interventi di bonifica, ma soltanto prevede una responsabilità finale patrimoniale e limitata.

Il Consiglio di Stato ripercorre i principi affermati in sede di unione Europea.

Il principio di "chi inquina paga", che non costituisce una mera dichiarazione programmatica, è inteso ad "internalizzare" i costi, ovvero ad evitare che i costi di bonifica di un sito vadano a gravare sulla collettività. In tale contesto, il problema è quello di trovare un equilibrio quando non vi sia coincidenza tra soggetto che inquina e proprietario del sito. Imputare una responsabilità ed un intervento fattivo al proprietario del sito, significherebbe comunque riconoscere in capo a questi il soggetto che si trova nelle condizioni di controllare i rischi.

D'altra parte, il principio ha non solo una funzione repressiva, ma anche preventiva, in quanto impone a chi sfrutta economicamente un sito di valutare a priori gli effetti della propria azione sull'ambiente, anche ai fini della determinazione dei prezzi finali dei prodotti e quindi con rilevanza sul mercato¹⁰⁰. Il punto di equilibrio tra gli interessi a rilevanza costituzionale di tutela della salute, dell'ambiente e dell'iniziativa economica privata, dovrebbe cercarsi nel criterio di "oggettiva responsabilità imprenditoriale" per cui proprio coloro che traggono profitti nell'esercizio di attività potenzialmente idonee a ledere tali beni costituzionali, siano tenuti a sopportare integralmente i costi e gli oneri per garantire la tutela dell'ambiente e della salute.

D'altra parte, lo stesso tredicesimo "considerando" della direttiva 2004/35/CE, in cui si legge prende atto della circostanza per cui non tutte le forme di danno ambientale possa essere posto rimedio attraverso la responsabilità civile, in quanto non è sempre possibile individuare il responsabile del danno. Inoltre, il ventiquattresimo "considerando" della stessa direttiva 2004/35/CE, conferisce alle autorità amministrative il compito di verificare e valutare l'entità del danno e di determinare le misure di riparazione da prendere, nell'esercizio della loro discrezionalità. In mancanza di una specificazione, tale principio potrebbe peraltro riconoscere in capo all'autorità amministrativa anche il potere di individuare il soggetto che si trova nelle condizioni migliori per adottare le misure di riparazione e quindi anche in assenza del rapporto di causalità.

La corretta interpretazione del primo principio deve però essere svolta nel contesto degli altri principi, che operano alla fonte, ovvero dei principi di precauzione, prevenzione e di correzione. Il principio di precauzione, finalizzato a prevenire il rischio del verificarsi dei danni, legittima l'adozione di misure di prevenzione, riparazione e contrasto in una fase nella quale il danno non solo non si è ancora verificato, ma non esiste neanche la piena certezza scientifica che si verificherà. Si tratta quindi di una tutela forte ed anticipatoria. Per il principio di precauzione, debbono essere effettuati comunque interventi per evitare il danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati relativi a comportamenti o a prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità per l'ambiente. Letti congiuntamente, tali principi potrebbero giustificare un intervento celere, anche in mancanza di certezze scientifiche, quando il ritardo possa determinare rischi irreversibili.

Il principio della correzione prevede che i danni causati all'ambiente siano contrastati in una fase il più possibile vicino alla fonte, per evitare che gli effetti dei danni medesimi si propaghino ad altri siti e si incrementino nelle loro dimensioni. In mancanza di un responsabile, il proprietario potrebbe essere colui maggiormente in grado di controllare la fonte del pericolo.

La stessa Corte di Giustizia¹⁰¹ aveva affermato che l'obbligo di riparazione incombe sugli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento e che gli operatori medesimi, pertanto, non devono farsi carico di oneri inerenti alla riparazione di un inquinamento, al quale non abbiano contribuito.

In tale quadro, il Consiglio di Stato, dubita della conformità al diritto dell'Unione degli artt. 244, 245, 253 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nella parte in cui in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di impossibilità di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non

¹⁰⁰ Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885

¹⁰¹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 9 marzo 2010, C-378/08

consentano all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento. Nel sollevare la questione interpretativa, rileva la necessità di cercare una applicazione del principio "*chi inquina paga*", in modo tale che sia assicurato un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo. Tuttavia, il sistema normativo sembrerebbe precludere una responsabilità per danni ambientali indipendente da un contributo a causare i medesimi soltanto se ed in quanto essa abbia l'effetto di elidere quella incombente a titolo prioritario sull'operatore, che ha causato i danni in questione. Altresì, il diritto dell'Unione europea, pur non ostando - ad una responsabilità svincolata dal rapporto di causalità, non sembra imporla, demandando la disciplina di queste forme sussidiarie di responsabilità al legislatore nazionale.

6. Il richiamo al "diritto vivente" dell'Unione

E' oramai diffusa la tecnica decisionale diretta al richiamo di orientamenti della Corte di Giustizia, all'interno delle decisioni, senza alcun rinvio. Il richiamo è utilizzato per rafforzare una argomentazione già compatibile con il diritto nazionale o per fornire una interpretazione orientata del diritto interno. In quest'ultimo caso, è quindi il giudice nazionale che, anche implicitamente, rileva l'esistenza di un orientamento pacifico in sede di Unione Europea, tale da non richiedere l'incidente processuale del rinvio pregiudiziale. A fronte della numerosa casistica, ci si limiterà quindi ad alcuni richiami, esemplificativi e non certo esaustivi.

a) Sulle società miste. Il ricorso era promosso in relazione ad una procedura di selezione di un socio privato minoritario, con poteri operativi, in una società mista per attività di riqualificazione della rete elettrica, nonché di manutenzione straordinaria ed ordinaria. Come spesso, la remunerazione veniva individuata nel canone di manutenzione, mentre le prestazioni non comprese venivano remunerate sulla base di un listino prezzi. A fronte di tale procedura, il TAR Brescia¹⁰² ha colto l'occasione per affermare che il diritto dell'UE non detta una disciplina rigida sul modo di atteggiarsi del partnership pubblico\privato, ma lascia agli ordinamenti nazionali ampia discrezionalità, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza¹⁰³. Nel rispetto di tali principi, il legislatore nazionale non è peraltro tenuto a tipizzare in dettaglio il modo d'essere della società mista, che si configura come una delle modalità di manifestarsi di forme di collaborazione tra amministrazione pubblica e soggetti privati. Di conseguenza, non vi sono ostacoli a prevedere una distribuzione di compiti operativi tra soci privati e soci pubblici, con la conseguenza che all'interno di un servizio da svolgere in modo unitario o integrato, possono sempre essere scorporate e attribuite al socio privato attività specifiche, secondo le esigenze delle amministrazioni interessate, purché il risultato complessivo sia ragionevole sul piano organizzativo¹⁰⁴.

b) Sull'affidamento in concessione dei beni pubblici, il Tar Lombardia¹⁰⁵, richiamato genericamente il diritto vivente dell'Unione, ha ritenuto desumibili dal TFUE i principi di concorrenza e trasparenza, tali da imporre alle amministrazioni pubbliche l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto contraente, anche ai fini dell'assegnazione di beni pubblici, sia appartenenti al demanio che al patrimonio indisponibile.

c) Sul servizio di navigazione, con riguardo all'aumento dei prezzi dei biglietti, il TAR Lazio¹⁰⁶, nel richiamare la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰⁷, riconduce alla libertà di

¹⁰² Tar Lombardia –Brescia- sez. II- 25 ottobre 2013- n. 518

¹⁰³ Cfr, sul punto, Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 COM-2009-615; Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 maggio 2010; C.Giust. Sez. III 15 ottobre 2009 C-196/08, Acoset, punti 60-63

¹⁰⁴ Sulla legittimità della scorporabilità di fasi del servizio parere di CS Sez. II 18 aprile 2007 n. 456

¹⁰⁵ T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 03/10/2013, n. 2221

¹⁰⁶ TAR Lazio- Roma, sent. n. 04731 dell'08-05-2014

¹⁰⁷ Corte di Giustizia UE, sez. V, 2 ottobre 2003, in procedimento C 179/99 P

concorrenza la facoltà di ciascun operatore di modificare come vuole i propri prezzi, anche alla luce delle condotte attuali o prevedibili dei concorrenti, purché fra gli operatori stessi non abbiano luogo contatti diretti o indiretti sfocianti nella definizione congiunta di una ben precisa linea d'azione

d) **Sul servizio farmaceutico**, il Tar Brescia ¹⁰⁸ introduce una interpretazione orientata dell'art. 104 del 104 del TULLSS (RD 1265/34), anche per la sua applicazione a vicende precedenti l'entrata in vigore del dl. 1/12, in considerazione di un panorama legislativo di derivazione dell'Unione, che ha quali obbiettivi la rimozione delle restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato, l'implementazione dell'erogazione dei farmaci, attraverso un'equa distribuzione delle farmacie nel territorio ed una migliore accessibilità del servizio per i residenti in aree scarsamente abitate. Secondo la Corte di Giustizia ¹⁰⁹ una normativa nazionale può dettare regole compatibili con lo scopo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità, ma deve lasciare margini di discrezionalità alle autorità amministrative, tali per cui le stesse possano autorizzare l'apertura di esercizi anche a distanze inferiori a quella legale (anche inferiori a mt. 250) non solo in casi del tutto eccezionali, ma anche quando la rigida applicazione della regola generale non garantisca l'accesso adeguato al servizio farmaceutico in zone geografiche ad alta densità di popolazione.

7. La CEDU e l'attività amministrativa: l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU.

E' vero che la CEDU non contiene alcun espresso riferimento al modo d'essere dell'azione amministrativa, proprio perché si configura come catalogo dei diritti in senso classico e quindi indica le libertà dallo Stato, ma sono stati adottati documenti riconducibili alla *soft law*, che seppure non costituiscono fonte del diritto per gli stati aderenti, tuttavia creano quel nucleo di "buone pratiche" che orientano l'azione amministrativa, nei rapporti con i cittadini¹¹⁰. Peraltro, la riflessione sul diritto amministrativo ha condotto ad una applicazione ampia dell'art. 6, che propriamente si riferisce ai tribunali indipendenti ed imparziali chiamati a decidere controversie sui diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza dell'azione penale. Infatti, la stessa Corte di Strasburgo ne ha riconosciuto l'applicabilità anche a situazioni giuridiche soggettive interessate ed influenzate dall'esercizio del potere amministrativo, quali la determinazione di prezzi e tariffe, le autorizzazioni all'esercizio delle professioni sanitarie, le licenze per i taxisti e per la somministrazione di alcolici, le espropriazioni, le sanzioni adottate ai sensi della l. n. 689/81¹¹¹.

Una recente vicenda ha dato modo di portare nuovi argomenti al rapporto tra "giusto processo" giusto procedimento".

Lo Stato italiano è stato condannato per avere violato l'art. 6 par. 1 della CEDU, a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha esaminato il rapporto tra giusto procedimento e giusto processo, con riguardo alle decisioni amministrative assunte nell'esercizio della discrezionalità tecnica¹¹². Nel caso di specie, le patologie contratte da un militare durante il periodo di leva obbligatorio non venivano riconosciute dagli organi amministrativi al fine dell'attribuzione del giusto indennizzo. In materia di sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali, il giudice nazionale non può sostituirsi all'amministrazione procedente e quindi può

¹⁰⁸ T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 06/11/2013, n. 933

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, sentenza 1 giugno 2010 resa nelle cause C-570/07 e C-571/07

¹¹⁰ Si pensi di recente alla raccomandazione n. 7 del 20 giugno 2007 sulla buona amministrazione.

¹¹¹ Cfr. PRUDENZANO L. , Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in www.osservatorioaic.it , 2014 p. 9 , 10 e giurisprudenza della CEDU ivi citata cui si rinvia.

¹¹² Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 gennaio 2014, in C- 48754/11, *Placi vs. Italia*, su cui cfr. L.PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.osservatorioaic.it , 2014

solo effettuare una valutazione “debole”, ovvero limitarsi alla verifica che le valutazioni effettuate non esorbitino dai limiti della ragionevolezza e che la motivazione non sia quindi in tal senso viziata¹¹³. Il giudice amministrativo, conformandosi al tradizionale orientamento di non sindacabilità della discrezionalità tecnica, escludeva di potere esaminare le valutazioni effettuate dalla commissioni mediche competenti¹¹⁴: da ciò il ricorso alla Corte di Strasburgo.

Il primo profilo esaminato riguarda il procedimento amministrativo, ovvero la circostanza che le commissioni mediche chiamate nell’ordinamento italiano a valutare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dell’equo indennizzo, istituite ai sensi dell’at. 11 dpr 416/26, sono composte da ufficiali medici, legati da un rapporto di servizio con il Ministero della Difesa. A fronte di tale composizione, viene ravvisata la mancanza di imparzialità nella fase procedimentale. Di conseguenza, in assenza di un giusto procedimento, viene richiesto un sindacato più forte in capo al giudice amministrativo, che quindi non potrà fermarsi ad una valutazione estrinseca, né quindi incontrare il limite di non sindacabilità della discrezionalità tecnica. Infatti, l’art. 6 della CEDU introduce un principio di effettività della tutela in senso sostanziale, che ricorda il modo di operare nel sistema di *common law*. Altrimenti ragionando, il privato si troverebbe in posizione di effettiva subordinazione e senza alcuna incapacità di far valere le proprie ragioni, sia nella fase procedimentali e quindi nei rapporti con la pubblica amministrazione che in sede giudiziale. L’art. 6 CEDU richiede quindi la garanzia del giusto procedimento e del giusto processo, secondo una valutazione complessiva di entrambe le fasi, per cui il sindacato “debole” del giudice amministrativo, avente ad oggetto la non manifesta irragionevolezza del provvedimento, potrà essere ammesso soltanto e nella misura in cui nella fase procedimentale siano state adottate garanzie di partecipazione procedimentale e di imparzialità intesa in senso sostanziale. In mancanza, la valutazione deve spostarsi nella fase giudiziale, ampliando così l’ambito di cognizione del giudice amministrativo, che comunque deve fermarsi innanzi alle valutazioni politiche, che rimangono sindacate in altro circuito di responsabilità. La giurisdizione rimane nell’ambito del circuito delle garanzie, ma la tutela effettiva del cittadino nei rapporti con l’amministrazione richiede una valutazione integrata tra esercizio della funzione e sindacato sul potere.

Forse alcuni spunti per una interpretazione orientata alla CEDU si possono rinvenire in alcune pronunce del Consiglio di Stato per cui il sindacato sulle operazioni tecniche si effettua non solo in base al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, ma anche sulla base della verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza”¹¹⁵

8. Il richiamo alla CEDU

La giurisprudenza amministrativa utilizza anche la tecnica del richiamo, spesso generico ai principi ed al diritto vivente della CEDU per rafforzare la propria decisione. Così il Tar Lazio¹¹⁶ ha richiamato l’orientamento della CEDU per cui *l’amministrazione in sede di esecuzione di una*

¹¹³ Cfr. Cass. SSUU 20 gennaio 2014, n. 1104, per cui il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’AGCM Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici (...)ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell’accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato”. Sul è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati”. Sul sindacato degli atti delle autorità Antitrust, cfr. BASILICO A.E., *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art. 6 cedu.*, in AIC, RIVISTA N°: 4/2011, pubblicato in data 29/11/2011

¹¹⁴ Per la ricostruzione della vicenda, cfr. L.PRUDENZANO, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in www.osservatorioaic.it, 2014

¹¹⁵ Cfr., Cons. Stato, sez. VI sent. 9 luglio 2012 n. 3974

¹¹⁶ TAR lazio, Roma sez. II, 12.2.2013, n. 1499

decisione esecutiva del giudice amministrativo non può rimettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale.

IL TAR Bologna¹¹⁷ ha fatto riferimento ai principi di *affidamento, proporzionalità dell'azione amministrativa e di legittima aspettativa del privato- quali principi ormai pacifici nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della CEDU che devono trovare applicazione nel nostro ordinamento e nel procedimento amministrativo in virtù del richiamo di cui all'art. 1 c. 1 l. 241 del 1990, con la conseguenza la pubblica amministrazione è obbligata a riesaminare la situazione del privato in presenza di fatti e circostanze nuove rilevanti.*

Altrove, la CEDU viene richiamata ad *abundantiam*, per affermarne la non violazione, come nel caso in cui il Consiglio di Stato¹¹⁸, pur avendo ribadito che gli artt. 2 e 7 CEDU escludono discriminazioni in base all'orientamento sessuale, ha ravvisato che nessuna discriminazione in tal senso avrebbe effettuato l'amministrazione nell'adozione di un provvedimento di *demansionamento e trasferimento, in quanto sussistenti ragioni di interesse pubblico a fondamento della decisione amministrativa.*

Emblematica è poi la vicenda relativa al giusto procedimento di espropriazione. Già l'Adunanza plenaria¹¹⁹ aveva fornito una riscrittura dell'art. 43 del TU espropriazioni, in conformità alla giurisprudenza della Corte Europea, ed ancora prima delle sentenze "gemelle"¹²⁰, con cui la corte costituzionale, proprio con lo scopo di evitare un controllo diffuso in materia, è intervenuta per ribadire il controllo di sindacabilità accentrata nel nostro ordinamento. Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 dichiarano l'incostituzionalità dei criteri legislativi per l'indennizzo delle espropriazioni di pubblica utilità per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. che risulta violato per il contrasto tra quei criteri legislativi e la CEDU, prima ancora che dell'art. 42 Cost. Attraverso tale tecnica decisionale, la Corte costituzionale esclude che i diritti fondamentali contenuti nella CEDU possano essere assimilati ai principi generali del diritto comunitario, quanto alle modalità della loro applicazione. Di conseguenza, il giudice di merito ha il compito di interpretare il diritto interno in modo conforme alla CEDU, quando vi sono margini interpretativi, mentre può soltanto sollevare questione di legittimità costituzionale, quando ravvisi un contrasto.

Allo stesso modo, richiamando la giurisprudenza della CEDU, è intervenuta la Corte costituzionale¹²¹ quando ha dichiarato l'illegittimità della occupazione sanante istituita dall'art. 43 del DPR 327/01. È pur vero che nella parte motiva ravvisa l'eccesso di delega e la violazione dell'art. 76, Cost., tuttavia la censura dell'intero art. 43 è effettuata "alla stregua dei rilievi svolti" e quindi alla luce delle perplessità in ordine alla conformità con la Cedu.

La stessa Corte europea dei Diritti dell'Uomo in più decisioni ha affermato che l'espropriazione "indiretta", ratificando una illegalità commessa dall'amministrazione, non può essere una alternativa rispetto alla restituzione del bene ma solo un rimedio eccezionale¹²², proprio perché l'espropriazione deve derivare da

¹¹⁷ TAR ER BOLOGNA, SEZ. I 17.9.2012 N. 564, sez. I, 18.3.2013, n. 195

¹¹⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 1808 del 14 aprile 2014.

¹¹⁹ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, decisione 24.05.2007 n. 7

¹²⁰ Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 347 e 348 del Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giust. civ.*, 2008, 1, p. 48, con note di G. Duni, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, 1, p. 53; P. Stella Richter, *Postilla a Duni, Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, 1, p. 63; S. Salvago, *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 bis, comma 7 bis, l. n. 359 del 1992*, in *Giust. civ.*, 2008, 3, p. 587. Sulle stesse decisioni cfr. S. Mirante, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117, Cost.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, p. 65. Sull'indennità si veda il percorso della Corte costituzionale a partire dalla decisione Corte costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 21

¹²¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 8 ottobre 2010, n. 293, in *Riv. Trim. Appalti*, n. 1 del 2011, 167 ss.

¹²² CEDU, 30 maggio 2000, «Soc. Belvedere alberghiera» c. «Rep. it.», e 30 maggio 2000, «Carbonara e altro» c. «Rep. it.»; CEDU, 29 marzo 2006, «Scordino» c. «Italia», in *Corr. giuridico*, 2006, p. 926; CEDU, 13 febbraio 2007, «Scordino» c. «Italia», causa n. 3, in *www.echr.coe.int*. Sulla questione si veda più di recente Cedu, Grande Camera, 22 dicembre 2009, «Guiso-Gallisay» c. «Italia», ric. n. 58858 del 2000, che ricostruisce la normativa italiana e le vicende

un procedimento corretto basato sulla sussistenza dell'interesse pubblico e non da una situazione patologica e quindi diventi conseguenza diretta o indiretta di una attività illecita¹²³.

Al giudice di merito, rimane quindi la facoltà di interpretare la normativa vigente secondo i parametri della CEDU, che oggi hanno impatto sui profili sostanziali del governo e della gestione del territorio. Il rinvio al giudice di costituzionalità non è necessario, quando ad interpretazione univoca si può giungere attraverso il richiamo alle norme ed al diritto vivente, dove in materia di carenza del valido consenso dei proprietari, dove l'amministrazione non può certo agire *"in spregio dei principi che tutelano la proprietà privata"* anche e proprio nei confronti della stessa azione amministrativa¹²⁴.

9. Il rinvio alla CEDU: la richiesta di parere non vincolante

Con riguardo ai rapporti tra giurisdizioni nazionali di ultima istanza e Corte Europea dei Diritti è stato da ultimo adottato dal Comitato dei ministri il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU non ancora efficace¹²⁵. Sarà riconosciuta ai giudici nazionali di ultima istanza la facoltà di rivolgersi direttamente al giudice di Strasburgo prima della decisione finale, per chiedere un parere *"non vincolante"* sull'interpretazione del diritto della CEDU. Il rinvio si configura quale strumento preventivo, istituito nella esigenza di rispettare le differenti prerogative ed il ruolo dei giudici nazionali e della Corte, rispetto alla interpretazione e quindi alla applicazione dei separati ordinamenti giuridici. Pur costruito secondo il modello del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, prevede tuttavia l'adozione di un parere non vincolante¹²⁶. In capo al giudice nazionale rimane la potestà di decidere se promuovere la questione e prospettare anche una interpretazione che potrebbe avere il carattere della novità: in tal modo il meccanismo andrebbe ad esprimere un dialogo tra le corti¹²⁷. Sembra tuttavia, che qualora le parti abbiano rappresentato al giudice nazionale di ultima istanza la necessità di richiedere parere alla CEDU e questi abbia deciso senza rinvio, o quand'anche non si conformi (o si conformi parzialmente) al parere reso, potrà così costituirsi titolo ulteriore per legittimare il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo. In concreto, poi, il meccanismo dovrà trovare un momento di conciliazione con il rinvio alla Corte di Giustizia, peraltro obbligatorio per i giudici di ultima istanza, in considerazione dell'esistenza di tematiche di matrice comune, anche in considerazione dell'incorporazione della CEDU nel trattato di Lisbona.

giurisprudenziali nazionali e della Cedu, ponendo nuovi tasselli per la determinazione e quantificazione del risarcimento del danno. Sulla non alternatività, cfr. anche Cons. St., Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2, *Foro amm.*, 2005, 7/8, p. 2108, nota di M.L. Maddalena, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*; in *D&G*, 2005, p. 26-49, nota di M. Alesio, *Le ultime ore dell'accessione invertita. Piena adesione alle tesi di Strasburgo*

¹²³ Cfr. tali riflessioni già in F.G. Scoca, *Modalità di espropriazione e "rispetto dei beni(immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 319.

¹²⁴ Cfr. TAR Lazio Roma 1141 del 2.2.2012

¹²⁵ Il protocollo n. 16 annesso alla CEDU è stato adottato dal Comitato dei Ministri nella seduta del 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli Stati contraenti dal 2 ottobre 2013.

¹²⁶ Sul tema cfr. CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, intervento al Convegno su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, organizzato dall'Università degli Studi di Milano Bicocca -Dipartimento delle Scienze Giuridiche Nazionali e Internazionali, Dipartimento dei Sistemi Giuridici- e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Ufficio territoriale della formazione del distretto di Milano– in Milano, 10 marzo 2014 in www.consultaonline.it; cfr. sul tema anche BARNABO' Micòl, *La nuova competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alla luce del Protocollo n.- 16 della CEDU*, 20 dicembre 2013, in federalismi.it

¹²⁷ In tal senso CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, cit., che anche ha affermato *"non vi sarebbe un ridimensionamento del ruolo in ragione del carattere facoltativo della richiesta di parere, ovvero della natura non vincolante della risposta della Corte europea poiché, come già abbiamo esposto in altra sede, non può porsi in dubbio il valore legale della posizione espressa dalla Grande Camera e, in definitiva, la sua forza nei confronti dell'organo giurisdizionale richiedente."*

Se si considera il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ed eventuali problematiche inerenti indirizzi giurisprudenziali contrastanti, è stato individuato nel rinvio alla Corte di Strasburgo lo strumento per risolverli¹²⁸.

Non si può evitare di rilevare che il meccanismo dovrà essere conciliato con l'orientamento consolidato della nostra giurisprudenza costituzionale, per cui il giudice interno deve sollevare questione di legittimità costituzionale, quando ravvisi un contrasto tra norme interne e norme CEDU. Infatti, la Corte costituzionale, considerato che le norme della CEDU non sono direttamente operanti nell'ordinamento dello Stato, ma rappresentano fonti interposte, per effetto del richiamo operato dall'art. 117, primo comma, Cost., esclude che il giudice nazionale possa risolvere l'antinomia disapplicando le norme nazionali: il giudice nazionale deve, ricorrendone le condizioni, sollevare questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale¹²⁹. Tale orientamento è confermato anche dopo l'introduzione dell'art. 6 del TUE che cristallizza un rapporto diretto tra il diritto dell'Unione e la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, con un rinvio ampio. Dopo poco dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio di Stato¹³⁰ sembrava avere dato applicazione diretta ai principi di equità ed effettività di tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU. E' vero anche, che nel caso di specie, il giudice nazionale non si è trovato a dover disapplicare norme interne, circostanza questa che avrebbe invece richiesto senz'altro il rinvio alla Corte costituzionale, orientamento questo seguito anche dal Consiglio di Stato¹³¹. In concreto poi, potrebbe allora ravvisarsi un'ulteriore questione. Una volta quindi acquisito il parere della Corte di Strasburgo, tale da ravvisare un contrasto con il diritto convenzionale, il Giudice di ultima istanza non potrebbe disapplicare la norma interna, ma dovrebbe allora sospendere nuovamente il giudizio per sollevare questione di legittimità costituzionale, con evidente incidenza sulla durata del processo, a scapito del principio di effettività della tutela.

10. Conclusioni.

1. Il giudice amministrativo opera nel sistema "multilivello" delle tutele, quando si confronta con il diritto dell'Unione e della CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).
2. L'integrazione del diritto amministrativo interno con gli ordinamenti esterni tende progressivamente ad affermare la primazia dell'ordinamento extrastatale ed opera su due piani. Provoca un effetto limitativo, nel senso di ridurre l'ambito di applicazione di quello nazionale. Determina altresì un effetto ampliativo delle tutele, ed un rafforzamento del principio di effettività della tutela, proprio perché si affiancano nuovi strumenti di derivazione extrastatale.
3. Se il sistema multilivello cerca l'armonizzazione, non si può escludere tuttavia che si presentino conflitti.

¹²⁸ Così ancora, CONTI R., cit.

¹²⁹ Corte cost. sent. 11 marzo 2011, n. 80; Corte cost. Sent. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349

¹³⁰ Cons. St. sez. IV sent. 2 marzo 2010, n. 1220, cfr., in dottrina, COLAVITTI G., PAGOTTO C., Il consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it n.00 del 2.7.2010. Di recente, cfr. Cons. di St. sez. IV, sent. n. 2502 del 14 maggio 2014, che *ad abundantiam* la CEDU per escludere la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale sollevata su legge provvedimento [dL 22-6-2012 n. 83 convertito in legge n. 134/2012]

¹³¹ Cons. St. sez. IV sent. 13 giugno 2013 n. 3293; Cons. Stato, 17 febbraio 2014, n. 754, che ha rimesso alla Corte costituzionalità la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 c. 7 l. n. 89/2001, richiamando testualmente le parti più rilevanti delle sentenze della Corte costituzionale a proposito del mancato inserimento nei trattati della CEDU (Corte cost. n. 80/2011). Sulla questione della disapplicazione della norma interna per contrasto con la CEDU, v., di recente, A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Tribunale di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/spunti-di-riflessione-in-tema-di-applicazione-diretta-della-cedu-e-di-efficacia-delle-decisioni-dell.html#sthash.Em2wOUvL.dpuf>

4. Sul piano della teoria delle fonti, l'ordinamento nazionale differenzia CEDU e diritto dell'Unione Europea. La CEDU è qualificata come fonte *sub-costituzionale* idonea sì a condizionare nella validità le leggi comuni, ma in tutto soggetta all'osservanza della norma costituzionale. Il diritto dell'Unione è considerato di rango paracostituzionale, in quanto obbligato a conformarsi ai soli principi fondamentali dell'ordinamento. Incontra i cd. "contro-limiti", a tutela della matrice costituzionale dei diritti.
5. Per quanto riguarda i rapporti tra giudici e Corte di Giustizia, il rinvio si configura quale strumento "forte" di integrazione Europea, in quanto l'attivazione del meccanismo presuppone che il giudice nazionale riconosca proprio la necessità di applicare l'ordinamento sovranazionale, così affermandone la prevalenza su quello nazionale. Secondo l'impostazione del TFUE (art. 267) a fronte di una generale facoltà dei giudici di rivolgersi alla corte di giustizia, sul giudice nazionale di ultima istanza incombe un vero e proprio obbligo, quando si ravvisino dubbi interpretativi. L'obbligo non sussiste, secondo la Corte di Giustizia se la questione sollevata non abbia influenza per la decisione della causa di merito; se vi sia una giurisprudenza costante ed univoca che già dia risposta al quesito; se la corretta applicazione del diritto dell'Unione è a tal punto evidente che non vi è alcun dubbio ragionevole sulla soluzione della questione.
6. Nel merito, l'orientamento della Corte di Giustizia ha seguito differente impostazione, correggendo il diritto interno, come accaduto in relazione all'istituto dell'avvalimento, nell'intento di garantire l'apertura dei mercati, così riconoscendo le società semplici quali soggetti legittimati a partecipare alle procedure di appalto. In relazione al rapporto tra ricorso incidentale e principale in materia di appalti, la Corte di Giustizia ha aperto un "dialogo" con i giudici nazionali, che manifesta un contegno interno inteso comunque a trovare spazi di autonomia decisionale, in relazione alla specificità del diritto nazionale, talora inteso più a tutelare gli interessi pubblici, che alla affermazione di principi di apertura del mercato.
7. La tensione tra autonomia decisionale ed esigenza di garantire il ravvicinamento delle legislazioni, si manifesta anche in relazione ai servizi pubblici, dove l'esigenza di tutelare diritti fondamentali costituzionali lascia spazio alla "dottrina dei controlimiti". Quand'anche una norma interna sia applicabile in modo compatibile con il diritto dell'Unione, il giudice del rinvio può successivamente sollevare questione di legittimità costituzionale.
8. Il richiamo al diritto vivente dell'Unione costituisce momento per motivare la decisione da parte del giudice nazionale.
9. E' vero che la CEDU non contiene alcun espresso riferimento al modo d'essere dell'azione amministrativa, proprio perché si configura come catalogo dei diritti in senso classico e quindi indica le libertà dallo Stato, ma sono stati adottati documenti riconducibili alla *soft law*, che seppure non costituiscono fonte del diritto per gli stati aderenti, tuttavia creano quel nucleo di "buone pratiche" che orientano l'azione amministrativa, nei rapporti con i cittadini.
10. Una recente vicenda ha introdotto nuovi argomenti al rapporto tra "giusto processo" giusto procedimento" con riguardo alle decisioni amministrative assunte nell'esercizio della discrezionalità tecnica.
11. Anche rispetto ai principi ed al diritto vivente della CEDU, la giurisprudenza amministrativa utilizza anche la tecnica del richiamo.
12. Un ulteriore rafforzamento dell'integrazione rispetto alla CEDU si manifesterà quando sarà efficace il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, con cui si riconosce ai giudici nazionali di ultima istanza la facoltà di rivolgersi direttamente al giudice di Strasburgo prima della decisione finale, per chiedere un parere "non vincolante" sull'interpretazione del diritto della CEDU, attraverso uno strumento preventivo