

L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: CASI E INTERPRETAZIONI

La legge n. 241/1990 nella giurisprudenza

a cura di

Luciano Vandelli

AGGIORNAMENTO

ISBN 978-88-387-4913-2


**MAGGIOLI
EDITORE**

© Copyright 2011 by Maggioli S.p.A.
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2000

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622020
www.maggioli.it/servizioclienti
e-mail: servizio.clienti@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative alla elaborazione dei testi normativi e per l'eventuale modifica e/o variazione della modulistica allegata.

L'autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute.

L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.

Finito di stampare nel mese di marzo 2011
dalla Litografia Titanlito s.a.
Dogana (Repubblica di San Marino)

Indice

L. 241/ 1990	Oggetto	Sentenza	Pag.
Art. <i>2-bis</i>	Responsabilità civile – Amministrazione pubblica in genere – Azione amministrativa – Danno da ritardo – Risarcimento – Senza il riconoscimento della spettanza del bene – Impossibilità – Anche dopo la l. n. 69 del 2009	TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582	5
Art. <i>10-bis</i>	Procedimento amministrativo – Art. 10- <i>bis</i> legge n. 241/1990 – Preavviso di rigetto – Organi collegiali della p.a. – Deroghe	TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 marzo 2010, n. 261	15
Art. 15	Procedimento amministrativo – Accordi amministrativi tra pp.aa. – Clausole sottoscritte in condizione di difetto assoluto di competenza – Nullità	TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253	23
Art. <i>21-quinquies</i>	Revoca – Motivazione – Affidamento – Indennizzo	Consiglio di Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244	31

Art. 2-bis legge n. 241/1990

**TAR Sicilia, Palermo, sez. I,
20 gennaio 2010, n. 582**

OGGETTO

*Responsabilità civile – Amministrazione pubblica in genere
– Azione amministrativa – Danno da ritardo – Risarcimento –
Senza il riconoscimento della spettanza del bene – Impossibilità
– Anche dopo la l. n. 69 del 2009*

Fatto

In data 30 maggio 1995, P.P. (di seguito: il ricorrente) presenta domanda alla Capitaneria di Porto di Porto Empedocle per il rilascio di una concessione demaniale marittima avente ad oggetto l'occupazione di mq 830 all'interno del porto. In ordine a tale istanza intervengono i pareri ed i nulla-osta necessari, senza che tuttavia venga emanato il provvedimento (favorevole) conclusivo del procedimento.

In data 13 febbraio 2006, per rispettare la normativa antiterrorismo, la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle revoca il precedente parere favorevole rilasciato sulla domanda di concessione.

In data 9 novembre 2007, la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle rigetta la domanda di concessione demaniale presentata dal ricorrente il 30 maggio 1995. A seguito di tale provvedimento di diniego: *a)* con atto del 24 gennaio 2008, il Comune di Porto Empedocle dichiara decaduto il nulla-osta già assentito sulla domanda del ricorrente; *b)* con ordinanza 1/2008, la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle assegna nuova destinazione agli spazi portuali oggetto di richiesta da parte del ricorrente.

Normativa di riferimento

Art. 2-bis legge n. 241/1990 – Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento.

Argomentazioni delle parti in I grado

<p>Privato ricorrente</p>	<p>Il ricorrente chiede:</p> <p>A) nel ricorso introduttivo, deducendo violazione di legge, l'annullamento dell'atto della Capitaneria di Porto di Porto Empedocle del 13 febbraio 2007, che revoca il parere favorevole precedentemente espresso in ordine alla domanda di concessione demaniale;</p> <p>B) con primo ricorso per motivi aggiunti, deducendo difetto di istruttoria e violazione del principio di affidamento, l'annullamento del provvedimento della Capitaneria di Porto Empedocle del 9 novembre 2007, che rigetta la domanda di concessione;</p> <p>C) con secondo ricorso per motivi aggiunti, deducendo violazione dei principi del giusto procedimento e dell'affidamento, violazione dell'art. 2 l. n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione, l'annullamento: c1) del provvedimento del Comune di Porto Empedocle che dichiara decaduto il nulla-osta precedentemente rilasciato; c2) dell'ordinanza della Capitaneria di Porto di Porto Empedocle che assegna una diversa destinazione alle aree oggetto della richiesta di concessione.</p>
<p>Amministrazione resistente</p>	<p>Si sono costituiti in giudizio il Comune di Porto Empedocle e la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle, che chiedono il rigetto del ricorso introduttivo e dei successivi motivi aggiunti, nonché l'inammissibilità ovvero l'infondatezza anche della domanda di risarcimento del</p>

danno, ovvero la sua prescrizione per il periodo anteriore ai cinque anni dalla proposizione del ricorso introduttivo.

La pronuncia del TAR

(Omissis). Si controverte sulla legittimità dei provvedimenti in epigrafe con i quali sono stati revocati i nn.oo. già favorevolmente assentiti dalle rispettive amministrazioni di competenza in ordine alla richiesta di concessione demaniale marittima avanzata dal ricorrente in data 30 maggio 1995. Costituisce oggetto di gravame altresì il provvedimento conclusivo del procedimento con cui la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle ha rigettato l'istanza del ricorrente relativa alla concessione di una porzione del demanio marittimo sito all'interno dell'ambito portuale di Porto Empedocle, nonché l'ordinanza 1/08 con la quale la Capitaneria ha impresso una differente destinazione alla porzione del d.m. oggetto di richiesta.

Con i ricorsi in esame è stata altresì formulata (nel mezzo introduttivo e nel primo ricorso per motivi aggiunti) domanda di risarcimento del danno per il mancato guadagno connesso all'impossibilità di esercitare l'attività di parcheggio custodito sulla porzione di demanio oggetto di richiesta.

Il ricorso, e la relativa domanda risarcitoria, sono infondati e vanno quindi respinti per le considerazioni che seguono *(omissis)*.

Dalla documentazione versata in atti e da quanto esposto nel ricorso e nelle ulteriori memorie, si evidenzia che a fronte della originaria domanda avanzata dal ricorrente in data 30 maggio 1995, lo stesso ricorrente si sia sostanzialmente disinteressato della conclusione della relativa pratica, non presentando alcuna istanza di sollecito, né intentando i mezzi impugnatori predisposti dall'ordinamento avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulla relativa istanza.

L'entrata in vigore a livello internazionale della normativa antiterrorismo ha, nelle more, imposto all'Amministrazione l'installazione di una serie di misure di controllo e di limitazione dell'accesso alle zone portuali di che trattasi, con interdizione di alcune zone al personale non autorizzato: il che ha comportato la riduzione delle superfici disponibili da destinare alla sosta temporanea dei mezzi in transito nel porto di Porto Empedocle in attesa di imbarco, di tal che è risultato opportuno non sottrarre a tali destinazioni le ulteriori aree già oggetto di richiesta di concessione demaniale da parte del ricorrente.

(Omissis).

Le nuove esigenze di sicurezza connessa al transito dei passeggeri e dei relativi mezzi, hanno comportato una sostanziale modifica dell'assetto

funzionale delle banchine e degli spazi disponibili all'interno della zona portuale, di cui l'Amministrazione non poteva non tenere conto anche in relazione al pendente procedimento avviato dal ricorrente con l'istanza del 30 maggio 1995.

Nell'ambito di tali valutazioni, l'Amministrazione ha ritenuto di dover adottare l'atto endoprocedimentale prot. 2788/07 del 13 febbraio 2007 di revoca del parere favorevole già espresso con la nota n. 23037/5075 del 22 febbraio 1996. L'area oggetto di richiesta di concessione risulta oggi infatti destinata alla sosta dei passeggeri in procinto di imbarcarsi per Isole Pelagie e ai correlativi servizi portuali, come stabilito con nota n. 1/08 del 7 gennaio 2008 (impugnata con il secondo ricorso per motivi aggiunti): destinazione questa incompatibile con la richiesta di concessione del ricorrente.

(Omissis).

Quanto al provvedimento di rigetto della richiesta di concessione demaniale, impugnato con il primo ricorso per motivi aggiunti, *(omissis)*, l'Amministrazione premette che l'area richiesta non è nella sua attuale disponibilità, siccome allo stato interessata da lavori di adeguamento *(omissis)* alla cui conclusione, per le già rappresentate ragioni connesse alla riduzione delle superfici disponibili a causa delle inderogabili e sopravvenute misure di sicurezza, le richiedende aree non possono più essere distratte da una destinazione pubblica per il transito dei veicoli in attesa di imbarco e per i servizi offerti dagli operatori portuali.

Né può in specie rinvenirsi una posizione giuridicamente tutelabile di legittimo affidamento del ricorrente, considerato il suo sostanziale disinteresse dimostrato negli anni rispetto alla conclusione del procedimento per il rilascio della concessione demaniale: anche alla propria inerzia il ricorrente deve quindi imputare le conseguenze connesse alle intervenute modifiche dei presupposti che, in seguito, hanno diversamente determinato l'Amministrazione rispettivamente a revocare il precedente parere ed a rigettare definitivamente la richiesta di concessione. La ritenuta legittimità del provvedimento di rigetto della richiesta di concessione postula il venir meno dell'interesse della parte ricorrente alla coltivazione del gravame proposto con il secondo ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento con cui il comune di Porto Empedocle, prendendo atto della nuova situazione inerente la destinazione dei luoghi, ha dichiarato la decadenza del parere favorevole in precedenza reso, pronunciandosi con un nuovo parere negativo: nessuna utilità infatti trarrebbe parte ricorrente da un eventuale annullamento di detto provvedimento che, in ogni caso, risulta coerente con le sopravvenienze più volte richiamate.

In relazione al provvedimento 1/08 con cui la Capitaneria di Porto di Porto Empedocle ha modificato la destinazione delle aree oggetto della denegata richiesta concessoria, non può che aderirsi alla tesi dell'Avvo-

catura dello Stato evidenziando, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che "la scelta dell'Amministrazione di mantenere l'utilizzazione ad uso pubblico di un bene demaniale, anche in presenza di una domanda di concessione, non richiede una motivazione specifica, apparendo sufficiente la concreta indicazione dell'incompatibilità della nuova destinazione con l'uso pubblico" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 1047/2004).

(Omissis).

Residua infine lo scrutinio della domanda risarcitoria che va rigettata in quanto infondata.

Ed invero, la ritenuta legittimità del provvedimento di diniego della richiesta di concessione demaniale sopra esaminata, postula l'impossibilità di configurare il risarcimento di un danno da ritardo puro non connesso alla spettanza del bene vita sotteso.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa qui condivisa, "Il sistema di tutela degli interessi pretensivi - a seguito di positiva statuizione giurisdizionale - accede alla forma del risarcimento c.d. per equivalente solo quando tali interessi non trovino realizzazione nell'emanazione dell'atto, unitamente all'interesse pubblico ad essa sotteso; deve pertanto escludersi il risarcimento del danno da ritardo della p.a. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute inoppugnabili" (Consiglio Stato, a. plen., 15 settembre 2005, n. 7) ovvero si siano consolidate a seguito del rigetto del relativo ricorso, come nel caso di specie.

Negli stessi termini anche la giurisprudenza di primo grado ha affermato che "In caso di inerzia dell'Amministrazione, a fronte di istanze di privati, occorre preliminarmente accertare la 'spettanza' del bene della vita; pertanto, è possibile solo il risarcimento del danno da ritardo; ma il ritardo non è risarcibile *ex se*; il ritardo da parte della p.a. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni.

Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nell'emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un bene della vita); deve, pertanto, ritenersi che non sia possibile accordare il risarcimento del danno da ritardi della p.a. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in esse contenute siano divenute intangibili" (TAR Campania Napoli, sez. VII, 24 luglio 2008, n. 9313).

Tale orientamento non può ritenersi oggi superato neanche in ragione della novella legislativa di cui alla l. 19 giugno 2009 n. 69, il cui art. 7 comma 1 lett. c) ha introdotto l'art. 2-bis della l. 241/1990 ed ai sensi del quale

si prevede che “Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”. La cognizione della relativa azione è stata affidata in via esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Invero, tra i primi commentatori della suddetta previsione normativa non mancano i sostenitori della tesi secondo cui la norma avrebbe, invero, una valenza meramente “ricognitoria” rispetto alle posizioni cui era già giunta la giurisprudenza amministrativa. Tale posizione trae spunto, innanzi tutto, dalla formulazione generica della norma *de qua*, che introduce la previsione del risarcimento del danno da ritardo senza ulteriori specificazioni rispetto al rapporto con la spettanza del bene della vita sotteso. È pur vero, tuttavia, che tale genericità è utilizzata da altri commentatori proprio per individuare la volontà del legislatore nell’aprire ad una tutela risarcitoria del danno da mero ritardo, così attribuendo un “valore” al tempo ora inteso come bene della vita meritevole di autonoma dignità e tutela, indipendentemente dall’effettivo conseguimento del bene di vita sotteso al provvedimento ampliativo richiesto.

Certamente, nell’immediatezza della introduzione della norma in esame, la sua formulazione testuale non è da sola idonea a suffragare un mutamento dell’indirizzo giurisprudenziale di cui alla adunanza plenaria n. 7/2005 cit. Depone in tal senso, come già evidenziato da alcuni commentatori, la documentata scelta consapevole del legislatore del 2009 di abdicare alla possibilità di riconoscere una più pregnante e significativa tutela alle posizioni giuridiche incise dal ritardo dell’azione amministrativa. Ed invero, con il disegno di legge Nicolais presentato nel corso della precedente legislatura (Atto Senato 1859), il legislatore aveva tentato di introdurre nell’ordinamento una omologa previsione normativa a quella oggi contenuta nel comma 1 art. 2-bis l. 241/1990. Tale disegno di legge conteneva il significativo inciso “indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto”, con l’ulteriore previsione di doversi corrispondere una somma forfettaria per il solo fatto del ritardo, indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti della ingiustizia del danno (così riproponendo quindi analoga previsione contenuta nella legge delega n. 59/1997 c.d. Bassanini, in parte qua mai attuata). A causa dell’anticipata chiusura di quella legislatura, detto disegno di legge non è giunto a conclusione. Tuttavia, malgrado in sede di prima formulazione del disegno di legge A.C. 1441 la norma del precedente progetto Nicolais fosse stata fedelmente riprodotta, in sede di definitivo licenziamento del testo normativo è stato espunto proprio il significativo riferimento alla natura indipendente della pretesa risarcitoria rispetto al bene di vita sostanziale sotteso al provvedimento richiesto. Il che, ad avviso di questo decidente, non può che indurre a ritenere che anche la nuova previsione normativa non abbia in

effetti mutato l'orientamento giurisprudenziale pregresso, non potendosi anche oggi prescindere dalla spettanza del bene vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell'azione amministrativa. Ciò trova altresì ulteriore conforto nella riconducibilità dell'azione nell'alveo della responsabilità extracontrattuale della p.a., stante il riferimento al termine prescrizione quinquennale ribadito dal comma 2 art. 2-bis cit. Concludendo, per le considerazioni che precedono, l'azione di annullamento introitata con il ricorso in epigrafe va rigettata in quanto infondata. La ritenuta legittimità del diniego espresso dall'amministrazione sull'istanza del ricorrente volta alla rilascio della concessione demaniale in argomento, postula la mancanza di alcun danno ingiusto autonomamente rilevabile per il solo ritardo con cui l'amministrazione ha denegato il provvedimento ampliativo. La domanda risarcitoria va quindi rigettata in quanto infondata.

Le novità introdotte con la l. 69/2009 in materia di risarcimento del danno da ritardo, corroborano la sussistenza delle eccezionali ragioni richieste dal novellato art. 92 c.p.c. per procedere alla integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Prima, respinge il ricorso in epigrafe indicato.
Respinge la connessa domanda risarcitoria.
Spese compensate.

Riferimenti bibliografici: M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. VOLPE, *Danni da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in www.lexitalia.it

Commento

di Francesco Bonamassa

La sentenza rappresenta uno dei primi pronunciamenti sull'art. 2-bis della l. n. 241/1990 (di seguito: LPA), introdotto dalla l. n. 69/2009, che ha codificato il principio della risarcibilità del danno ingiusto cagionato dal ritardo dell'Amministrazione nella conclusione del procedimento. In particolare, la sentenza del TAR Sicilia analizza il danno da ritardo sotto il profilo della sua ingiustizia, ossia della meritevolezza dell'interesse leso. A fronte della scadenza del termine per la conclusione del procedimento possono verificarsi due distinte ipotesi.

La prima ipotesi – che caratterizza la sentenza in commento – è quella in cui la legge non attribuisce al silenzio efficacia provvedimentoale (di diniego o di assenso): se perdura l'inerzia dell'Amministrazione, il privato può proporre ricorso ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. 104/2010 (di seguito: CPA). Il secondo caso può verificarsi quando l'Amministrazione emana in ritardo un provvedimento, sia esso favorevole o sfavorevole, eventualmente anche nel corso del giudizio instaurato avverso il silenzio. La giurisprudenza ha affrontato il tema del danno da ritardo anche precedentemente all'introduzione dell'art. 2-bis, in relazione sia ad interessi legittimi pretensivi – come quelli che legittimano la domanda di concessione in esame – sia oppositivi.

Secondo un orientamento, che riconduce la responsabilità da attività autoritativa illegittima all'illecito aquiliano, il danno da ritardo è risarcibile solo se al privato spetti il “bene della vita”: situazione, questa, che ricorre quando è annullato, in caso di interessi oppositivi, il provvedimento che ha leso un interesse di cui il privato è già titolare, in caso di interessi pretensivi, il provvedimento di diniego con cui l'Amministrazione non attribuisce all'istante la pretesa sostanziale richiesta. A questa impostazione aderisce anche l'adunanza plenaria (n. 7 del 2005), ritenendo risarcibile il danno da ritardo solo nell'ipotesi di sentenza di annullamento favorevole al privato, o, in caso di ricorso avverso il silenzio-inadempimento, sulla base di un giudizio prognostico circa la spettanza del bene della vita oggetto dell'istanza del cittadino.

In senso opposto, valorizzando la teorica del contatto sociale qualificato (*ex multis*, Cons. Stato, 15 aprile 2003, n. 1945), una giurisprudenza minoritaria osserva che alle norme sul procedimento amministrativo si collegano posizioni soggettive strumentali, indipendenti dall'utilità sostanziale attesa dal privato, *ex se* meritevoli di tutela. Tra questi interessi, che parte della dottrina qualifica come veri e propri diritti soggettivi procedimentali, potrebbe inquadrarsi anche quello alla conclusione del procedimento entro il termine stabilito all'art. 2 LPA.

La sentenza in esame si inserisce nella tesi che nega la risarcibilità del ‘mero ritardo’, riconoscendo all'art. 2-bis “valenza meramente ricognitoria” dell'orientamento maggioritario (il primo dei due segnalati). Tuttavia, della sentenza in esame non convincono né il dispositivo, che rigetta la domanda risarcitoria, né le conclusioni, che si limitano a rilevare come il testo dell'art. 2-bis non rechi la locuzione “indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto”, contenuta nel d.d.l. Nicolais presentato nel corso della precedente legislatura (Atto Senato 1859) e, ancora prima, nella legge delega n. 59/1997. Anticipando le conclusioni, si può sostenere che l'art. 2-bis sembra aver introdotto l'autonoma risarcibilità del danno da ‘mero ritardo’: ma, allo stesso tempo, ciò non implica né la qualificazione dell'interesse alla conclusione del procedimento come diritto soggettivo; né il riconoscimento

di una categoria di interessi procedimentali *ex se* meritevoli di tutela, a prescindere cioè dalla spettanza dell'utilità sostanziale; né l'adesione alla tesi del contatto sociale qualificato. Per chiarire queste affermazioni può osservarsi quanto segue.

In primo luogo, per quanto concerne l'autonomia e la meritevolezza delle posizioni soggettive procedimentali, è sufficiente ricordare che allorché il potere amministrativo viene esercitato, e ciò avviene con l'avvio del procedimento, anche l'interesse legittimo può essere esercitato mediante l'utilizzazione di tutte le facoltà consentite dalla disciplina positiva: si pensi, ad esempio, alle facoltà che si collegano alla partecipazione del privato al procedimento, come la presentazione di memorie.

Può evidenziarsi, tuttavia, che le norme procedimentali, anche quelle che consentono al privato di esercitare una determinata facoltà, sono funzionali all'individuazione dell'interesse pubblico che l'Amministrazione tutela con il provvedimento; né può dimenticarsi che è al provvedimento che deve farsi riferimento per verificare se l'utilità sostanziale a cui aspira il privato – il bene della vita – sia stato soddisfatto.

Sulla scorta di queste considerazioni emerge, in accordo con la giurisprudenza maggioritaria, che non è possibile riconoscere l'autonomia degli interessi procedimentali, poiché questi ultimi costituiscono mere manifestazioni dell'interesse legittimo. Inoltre, poiché il contenuto dell'interesse legittimo non consiste nella mera pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, ma si collega ad un bene della vita (nella sentenza, l'utilizzo esclusivo di un area demaniale), deve escludersi che gli interessi procedimentali siano di per sé meritevoli di tutela, a prescindere cioè dal collegamento che instaurano con lo stesso bene della vita.

Questi argomenti, tuttavia, non valgono ad escludere la risarcibilità del danno da 'mero ritardo' a seguito dell'introduzione dell'art. 2-bis. Quali sono, allora, le motivazioni che inducono a non condividere la sentenza? Se è vero che gli interessi procedimentali non costituiscono diritti soggettivi, bensì manifestazioni dell'interesse legittimo non tutelabili autonomamente sotto il profilo risarcitorio, l'art. 2-bis, ove interpretato nel senso di collegare la risarcibilità del ritardo all'attribuzione dell'utilità sostanziale, dovrebbe considerarsi pleonastico. La norma, infatti, si limiterebbe a riprodurre un orientamento che, prima della l. n. 69/2009, poteva considerarsi tratteggio nella dottrina e nella giurisprudenza maggioritaria. Viceversa, con l'introduzione dell'art. 2-bis, il legislatore sembra aver assunto l'affidamento sulla certezza dei tempi dell'azione amministrativa come interesse di per sé meritevole di tutela, al punto che il rispetto del termine per la conclusione del procedimento diviene esso stesso bene della vita, 'affiancandosi' all'utilità sostanziale che si collega al provvedimento: al punto che può parlarsi di un riconoscimento della meritevolezza di un interesse per via legislativa.

Qualche osservazione merita la natura giuridica dell'interesse al rispetto dei termini di conclusione del procedimento.

L'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie di cui all'art. 2-bis (art. 133 CPA), infatti, potrebbe apparire una conseguenza della natura di diritto soggettivo della posizione giuridica che si collega al rispetto del termine per la conclusione del procedimento. Infatti, se tale interesse fosse riconducibile alla figura dell'interesse legittimo, non sarebbe stato necessario introdurre un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, dal momento che la legge attribuisce al giudice amministrativo la cognizione di tutte le questioni risarcitorie che rientrano nella sua giurisdizione di legittimità.

È una tesi tuttavia, quella del diritto soggettivo al rispetto del termine per la conclusione del procedimento, che non convince, considerato che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, dinnanzi all'inerzia e al ritardo dell'Amministrazione, osservano che "non si è di fronte a "comportamenti" della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere* (...), ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicitari, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative" (ad. plen. n. 7/2005; in senso conforme, ad. plen. n. 1/2002; ad. plen. n. 10/1978).

Se si accoglie quest'ultima prospettazione, allora, l'interesse alla conclusione del procedimento nei termini stabiliti assurge sempre ad autonomo bene della vita *ex se* risarcibile, ma la posizione soggettiva tutelata deve inquadrarsi come interesse legittimo.

Del resto, l'attribuzione delle controversie inerenti ad una determinata materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non vale a qualificare come diritto soggettivo *ogni* posizione soggettiva dedotta dinnanzi all'organo giurisdizionale, ma consente al giudice amministrativo – in quella materia – di conoscere *anche* dei diritti soggettivi.

In conclusione, in senso opposto a quanto ritenuto dalla sentenza, con l'art. 2-bis il legislatore ha inteso introdurre l'autonoma risarcibilità dei danni cagionati dal ritardo nella conclusione del procedimento come ipotesi tipica di responsabilità (extracontrattuale) dell'Amministrazione. Anzi, volendo fornire un'ulteriore chiave di lettura, la risarcibilità del pregiudizio derivante dal ritardo consegue ad una violazione da parte dell'Amministrazione del canone di buona fede e correttezza, in analogia a quanto stabilito dall'art. 1337 c.c. in materia di responsabilità precontrattuale.

Art. 10-bis legge n. 241/1990

**TAR Calabria, Catanzaro, sez. I,
2 marzo 2010, n. 261**

OGGETTO

*Procedimento amministrativo – Art. 10-bis legge n. 241/1990
– Preavviso di rigetto – Organi collegiali della p.a. – Deroghe*

Fatto

Con la delibera n. 20 del 30 marzo 2009, il Consiglio comunale di Bisignano (CS) respinge la proposta progettuale per la realizzazione di una centrale termoelettrica cogenerativa a biomasse, da ubicare sul territorio del Comune, avanzata dalla Società P. Energia in data 2 febbraio 2009.

Ai sensi della legge regionale della Calabria 29 dicembre 2008, n. 42, che riprende l'art. 12, comma 3, del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, l'installazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, quali le centrali a biomasse, è soggetta ad un'autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o dalle Province delegate dalla Regione; la domanda per l'autorizzazione unica deve essere corredata, fra l'altro, proprio dalla delibera del Consiglio comunale sul cui territorio insiste l'impianto produttivo, nella quale si attesti, con espressa indicazione delle particelle catastali interessate, l'accoglimento del progetto di realizzazione.

La delibera del Consiglio comunale di Bisignano, nel rigettare, al contrario, la proposta della Società P. Energia, richiama la relazione dell'assessore all'ambiente, che ha sottolineato i gravi danni in ipotesi derivabili alla salute pubblica, nonché i rischi per l'ambiente scaturenti dalle emissioni di una centrale termoelettrica. La suddetta relazione ha, inoltre, ribadito la scelta politica della maggioranza di non gradire ciminiere sul territorio comunale e, più in generale, le risoluzioni dell'Amministrazione in materia ambientale, già espresse con le delibere consiliari n. 53/2007 e n. 44/2008.

La Società P. Energia impugna allora la delibera reiettiva del Consiglio comunale (n. 20/2009), insieme alle precedenti delibere n. 53/2007 e n. 44/2008, in essa richiamate.

Normativa di riferimento

Art. 10-bis legge n. 241/1990 – Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza

Legge regionale della Calabria 29 dicembre 2008, n. 42, intitolata "Misure in materia di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili"

Argomentazioni delle parti in I grado

<p>Privato ricorrente</p>	<p>A sostegno del ricorso, la Società formula vari motivi di impugnazione. Innanzitutto, lamenta la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, evidenziando il mancato invio, da parte del Consiglio comunale, della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.</p> <p>In secondo luogo, deduce la violazione della legge regionale n. 42 del 2008, in base alla quale il Comune si sarebbe potuto esprimere negativamente sulla proposta solo se questa fosse risultata non in linea con i criteri generali fissati dalla Regione in relazione all'installazione di impianti da fonti rinnovabili, ovvero nel caso di controindicazioni specifiche, comunque fornendo adeguata motivazione.</p> <p>Con il terzo motivo, connesso al precedente, la Società sostiene che la delibera del Consiglio comunale sia stata assunta in difetto di istruttoria, poiché mancherebbe qualsiasi dato tecnico riguardo alle caratteristiche dell'impianto e alla natura ed entità delle emissioni. Il diniego del Consiglio poggerebbe esclusivamente sulla relazione dell'assessore all'ambiente, peraltro disseminata di dubbi apprezzamenti soggettivi. Inoltre, il provvedimento sarebbe inficiato</p>
----------------------------------	---

	<p>da eccesso di potere per sviamento, in quanto, lungi dall'essere sorretto da oggettive ragioni di interesse pubblico, sembrerebbe dettato da ostilità personale o politica.</p> <p>Infine, con gli ultimi due motivi, la P. Energia deduce un ulteriore eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà con precedenti manifestazioni della stessa P.A. e sviamento, insieme all'incompetenza e alla violazione del principio di buon andamento.</p> <p>La ricorrente, in conclusione, chiede l'annullamento degli atti impugnati.</p>
Amministrazione resistente	<p>Il Comune di Bisignano si costituisce in giudizio, allegando l'infondatezza delle censure esposte in ricorso e chiedendo il rigetto del ricorso stesso.</p>

La pronuncia del TAR

(*Omissis*). 2. Come rilevato nell'esposizione in fatto, la ricorrente deduce, innanzitutto, la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, rilevando il mancato invio di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

La censura è priva di fondamento.

È noto che l'art. 10-*bis* prevede che, nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

Va, innanzitutto, rilevato che la norma in questione non appare applicabile allorché sulle istanze debba pronunciarsi un organo collegiale quale un Consiglio comunale. In tal caso, infatti, la determinazione di diniego non è frutto della sintesi delle risultanze degli accertamenti e delle valutazioni effettuate in sede istruttoria, ma discende dall'attuazione dei meccanismi decisionali propri degli organi collegiali.

Ciò significa che prima della deliberazione non è maturata alcuna decisione in ordine all'oggetto della stessa, di talché non risulta possibile preannunciare i motivi alla base di un eventuale diniego.

D'altra parte, la delibera del Consiglio comunale non costituisce il provvedimento conclusivo del procedimento, giacché essa rappresenta solo uno dei passaggi che conducono al provvedimento finale, che è l'autorizzazione unica, di competenza regionale.

Non appare configurabile l'obbligo di preavviso di rigetto in relazione a ciascuna delle determinazioni previste nel corso del procedimento, anche se esse assumano rilievo determinante in relazione all'esito del procedimento.

A tacer d'altro, ne risulterebbe un aggravamento del procedimento contrario ai principi posti dalla stessa legge n. 241/1990.

3. (*Omissis*). Le censure richiamate, incentrate essenzialmente sul difetto di motivazione e di istruttoria, sono fondate.

Appaiono, infatti, evidenti i vizi di difetto di motivazione e di istruttoria che affliggono il provvedimento impugnato.

Sono stati riportati i contenuti, quali risultanti dal testo della deliberazione, della relazione dell'assessore all'ambiente, sulla cui base è stata adottata la determinazione negativa in ordine al progetto. In essa si rinvencono solo generici riferimenti ai gravi danni che potrebbero derivare alla salute pubblica, ai rischi per l'ambiente a causa delle emissioni di una centrale termoelettrica, alla decisione della maggioranza di non volere ciminiere sul territorio ed all'obbligo di salvaguardare l'ambiente e la salute pubblica.

Non una parola viene spesa riguardo alle caratteristiche della centrale ed all'esistenza di elementi specifici che, anche in correlazione con gli obiettivi ed i criteri fissati a livello regionale, rendano inopportuno l'insediamento dell'impianto.

E ciò è evidente conseguenza del fatto che non risulta effettuata alcuna valutazione in ordine ai dati tecnici risultanti dagli elaborati progettuali ed in ordine alla collocazione dell'impianto nell'ambito del territorio.

Si rinvencono solo generiche affermazioni riguardo a possibili danni per la salute e per l'ambiente derivanti dalla centrale termoelettrica e nessuno specifico argomento, basato su adeguata istruttoria, relativo alle caratteristiche tecniche dell'impianto ed ai caratteri del territorio, in grado di supportare la determinazione negativa assunta.

Eppure, come rileva la ricorrente, l'impianto progettato è, almeno sulla carta e salva prova contraria, in linea con gli obiettivi nazionali di diffusione delle fonti rinnovabili richiamati nelle direttive della Regione Calabria.

(*Omissis*).

Risulta, invece, infondata la censura, di cui allo stesso terzo motivo di ricorso, di eccesso di potere per sviamento.

(*Omissis*).

4. La ricorrente ha impugnato, altresì, le deliberazioni consiliari n. 44 del 22 dicembre 2008, avente ad oggetto "norme tecniche di attuazione

del PRG - Indirizzi agli Uffici in ordine alla tutela ambientale al fine di inibire attività che comportino rischi per la salute, la sicurezza ambientale e l'igiene pubblica" e n. 53 del 28 settembre 2007, avente ad oggetto adesione del Comune di Bisignano all'Associazione Comuni virtuosi.

Tali deliberazioni, tuttavia, pur richiamate nella deliberazione n. 20 del 30 marzo 2009, non esplicano alcuna efficacia lesiva nei confronti della ricorrente.

Per tale parte, pertanto, il ricorso risulta inammissibile.

5. (*Omissis*).

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, Sede di Catanzaro, Sezione I, accoglie in parte il ricorso e, per l'effetto, annulla la deliberazione n. 20 del 30 marzo 2009 e per il resto lo dichiara inammissibile.

Riferimenti bibliografici: M.C. CAVALLARO, *Gli organi collegiali tra procedimento e provvedimento*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 12, 2010, pagg. 1273-1277.

Commento

di Giulia Massari

Nel punto in cui affronta la questione del mancato invio del preavviso di rigetto, la sentenza in esame merita un'attenzione particolare, dando vita ad un'ipotesi di inapplicabilità dell'istituto non ricompresa tra i casi di esclusione espressamente menzionati all'art. 10-*bis*.

Com'è ormai noto, in virtù dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, inserito dalla legge n. 15/2005, ogniqualvolta la P.A. decida di rigettare la domanda di un cittadino istante, deve manifestare il suo convincimento al cittadino medesimo *prima* dell'emanazione del provvedimento negativo, ed in particolare deve comunicare ad esso i motivi che impediscono l'accoglimento della richiesta. Dopo tale comunicazione, denominata nella prassi, appunto, "preavviso di rigetto", la Pubblica Amministrazione è tenuta ad aprire una nuova istruttoria, nel corso della quale gli istanti possono presentare osservazioni scritte e documenti, volti a confutare i predetti motivi ostativi. L'obiettivo è far mutare avviso alla P.A. Se poi quest'ultima, ritenendo irrilevanti gli elementi apportati, sceglie di confermare la decisione di non accoglimento dell'istanza, dovrà chiarirne le ragioni nella motivazione del provvedimento conclusivo. La legge n. 15/2005 ha creato così una nuova occasione partecipativa nell'ambito del procedimento amministrativo iniziato su istanza di parte.

L'art. 10-*bis*, per sua esplicita asserzione, non si applica alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. La pronuncia in commento, senza alcun precedente simile, è intervenuta per affermare che l'articolo "*non appare applicabile [nemmeno] allorché sulle istanze debba pronunciarsi un organo collegiale*", quale – nella fattispecie – un Consiglio comunale.

Le ragioni dell'ulteriore esclusione elaborata dalla giurisprudenza sono da ricercare nelle regole di funzionamento degli organi collegiali. Non bisogna infatti dimenticare che, quando è un collegio ad adottare il provvedimento finale, si instaura un sub-procedimento di formazione della volontà, le cui fasi principali sono costituite dalla discussione e dalla votazione della proposta presentata nella seduta. Al termine del sub-procedimento interno, e dunque al termine del reciproco scambio di informazioni e di punti di vista fra i componenti del collegio, ciò che si ottiene non è la semplice somma algebrica delle diverse opinioni, bensì è la fusione di queste, è una volontà nuova, corale. È la volontà del collegio, come organo distinto dai soggetti che lo compongono.

Prima della riunione diretta all'adozione del provvedimento finale, pertanto, nessuno è in grado di predire quale ne sarà l'esito (se di accoglimento oppure di rigetto della domanda di parte, nel caso di procedimento sorto su istanza di un privato cittadino), né a maggior ragione in cosa consisteranno le argomentazioni a sostegno di un eventuale diniego. Ovvero, quand'anche i dati emersi durante l'istruttoria inducano a propendere verso una certa soluzione, è soltanto attraverso la discussione collegiale, da realizzarsi nel momento istituzionale dell'assemblea, che una scelta effettiva viene compiuta.

In altri termini, nessuno può avere l'onere di comunicare preventivamente l'intenzione di negare l'istanza, per il semplice fatto che nessuno, prima della seduta che in ipotesi rigetta l'istanza stessa, può dirsi certo dell'intenzione del collegio. Se chicchessia lo facesse, cioè se comunicasse il rigetto prima che il collegio deliberi, finirebbe indubbiamente per condizionarne i membri, se non addirittura per imporre loro una direzione, arrogandosi un potere inesistente.

Quando il TAR asserisce che "*la determinazione di diniego non è frutto della sintesi delle risultanze degli accertamenti e delle valutazioni effettuate in sede istruttoria, ma discende dall'attuazione dei meccanismi decisionali propri degli organi collegiali*", quindi, non intende affatto esonerare i collegi amministrativi dall'obbligo di svolgere un'ideale e attenta istruttoria procedimentale, obbligo che ricade indistintamente su ogni singola p.a. (tanto più che la deliberazione del Consiglio comunale viene annullata proprio per difetto di istruttoria, oltre che per insufficiente motivazione). Quello che il Tribunale vuole dire è che, mentre gli organi

monocratici, una volta terminata l'istruttoria, sono già ben consci della decisione che prenderanno – poiché il processo di formazione della volontà si completa nella psiche di una sola persona – e possono dunque avvertire gli istanti prima di adottare un provvedimento di diniego, gli organi collegiali devono attendere la discussione al proprio interno per assumere una posizione sugli elementi acquisiti nell'istruttoria. Ma, di regola, l'assemblea dove si discute e si vota in merito all'oggetto del procedimento è la stessa dove si adotta il provvedimento finale, cosicché viene a realizzarsi una perfetta coincidenza tra il momento in cui dovrebbe essere comunicato il preavviso di rigetto e il momento di adozione della delibera negativa. Ed è chiaro che, a questo punto, tale preavviso non ha più senso di esistere.

In sintesi, all'organo collegiale è concesso contravvenire all'art. 10-bis perché “non è tecnicamente possibile preavvertire l'interessato del fatto che l'istanza non sarà accolta” (M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, p. 1276), e non per altro. Collegialità e preavviso di rigetto sembrano incompatibili.

Tuttavia, *de jure condendo*, si può ipotizzare che gli organi collegiali deliberanti, per ripristinare il rispetto integrale delle garanzie partecipative a favore dei privati, prevedano nel proprio regolamento una seduta straordinaria, precedente a quella di adozione formale della delibera, nella quale pervenire già ad un verdetto definitivo, ma all'unico scopo di comunicarlo, ove di segno negativo, agli interessati. Dopo tale comunicazione, e dopo aver acquisito le eventuali osservazioni prodotte dai terzi, l'organo si riunirebbe per l'assunzione del “vero” provvedimento conclusivo. Un'adunanza in più, dedicata unicamente all'elaborazione del preavviso di rigetto, consentirebbe di superare l'*impasse*.

Per completezza, è bene sottolineare che il TAR della Calabria, nella sentenza che si sta commentando, fornisce un'altra giustificazione alla violazione dell'art. 10-bis, fondata sul rilievo che “*la delibera del Consiglio comunale non costituisce il provvedimento conclusivo del procedimento*”. La delibera, cioè, rappresenterebbe “*solo uno dei passaggi che conducono al provvedimento finale, che è l'autorizzazione unica, di competenza regionale*”, per cui, non essendo l'Amministrazione obbligata a comunicare i motivi ostativi dell'istanza “*in relazione a ciascuna delle determinazioni previste nel corso del procedimento*”, il preavviso del diniego da parte del Consiglio comunale non sarebbe dovuto. Ove si ragionasse altrimenti, secondo il TAR, ne deriverebbe un aggravamento del procedimento contrario ai principi posti dalla legge n. 241/1990.

Senonché, questa argomentazione si mostra poco convincente. Nel caso di specie, infatti, non pare coerente qualificare la delibera come atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo, per poi disporre l'annullamento (seppure in ragione del difetto di istruttoria e di mo-

tivazione): in altre parole, nel momento in cui decide di annullare la delibera del Consiglio comunale, il TAR ne riconosce implicitamente l'immediata lesività, perciò, a posteriori, la sua affermazione circa la natura "solo" endoprocedimentale dell'atto medesimo, privo di ricadute negative sugli istanti, risulta smentita.

In conclusione, comunque, alla pronuncia di annullamento della delibera del Consiglio comunale non ha concorso in alcun modo il mancato invio del preavviso di rigetto da parte del Consiglio stesso.

Art. 15 legge n. 241/1990

TAR Lombardia, Milano, sez. I,
12 febbraio 2009, n. 1253

OGGETTO

Procedimento amministrativo – Accordi amministrativi tra pp.aa. – Clausole sottoscritte in condizione di difetto assoluto di competenza – Nullità

Fatto

Le Regioni Lombardia ed Emilia Romagna, le Province di Cremona e Parma, i Comuni di Casalmaggiore e Colorno stipulavano in data 12 maggio 2003 un protocollo d'intesa con ANAS, avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione di un ponte sul fiume Po, sito a Casalmaggiore. Con tale accordo ANAS, in particolare, si impegnavano a porre in essere tutte le necessarie opere di ripristino e consolidamento del manufatto ed a finanziare i lavori di intervento nella misura del 50% della somma complessiva.

L'arteria stradale di cui fa parte il ponte era, però, stata trasferita dallo Stato alle due Regioni e, quindi, alle Province di Cremona e Parma, in forza del d.lgs. 112/1998, cui hanno dato attuazione la L.r. Lombardia 1/2000 e i d.P.C.M. 21 febbraio 2000 e 21 settembre 2001, con la conseguenza che su di essa, a far data dall'ottobre 2001, era cessata ogni competenza di ANAS, la quale, per converso, è deputata alla gestione manutentiva del solo demanio stradale statale.

Tardivamente acquisita cognizione del mutato quadro normativo di riferimento, ANAS, nonostante anche una successiva intimazione *ex art.* 1454 c.c. compiuta dalla Regione Lombardia, non adempie, adducendo a giustificazione proprio la sua incompetenza in materia.

Gli stanziamenti necessari per i lavori vengono messi così a disposizione dalle Regioni, le quali agiscono davanti al giudice amministrativo.

Normativa di riferimento

Art. 15 legge n. 241/1990 – Accordi amministrativi fra pubbliche amministrazioni

Argomentazioni delle parti in I grado

<p>Amministrazione ricorrente in via principale</p>	<p>La Regione Lombardia propone ricorso per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto, a norma dell'art. 1454 c.c., del vincolo contrattuale dedotto nel protocollo d'intesa, essendo rimasta inevasa la relativa intimazione ad adempiere, ovvero, in subordine, per la risoluzione giudiziale per inadempimento dello stesso ai sensi dell'art. 1453 c.c.; nonché per la condanna di ANAS al risarcimento dei danni, avendo dovuto ovviare altrimenti, ed a proprie spese, al rifiuto di ANAS di eseguire i lavori e di contribuire al loro finanziamento.</p>
<p>Amministrazioni ricorrenti in via incidentale</p>	<p>La Regione Emilia Romagna, la Provincia di Parma, il Comune di Colorno, con ricorso incidentale, hanno presentato distinte ed autonome domande di condanna al risarcimento del danno in loro favore e nei confronti di ANAS, deducendo tutti di aver subito danni in ragione e per effetto dell'inadempimento, anche in considerazione del grave ritardo maturato nel risanamento del ponte di Casalmaggiore e dei disagi arrecati alla viabilità.</p>
<p>Amministrazioni intervenienti ad adiuvandum</p>	<p>La Provincia di Cremona ed il Comune di Casalmaggiore sono intervenuti in giudizio semplicemente <i>ad adiuvandum</i>.</p>

Amministrazione resistente	Si è costituita in giudizio ANAS, la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, assumendo la nullità del rapporto convenzionale <i>de quo</i> , in ragione del fatto che alla data del 12 maggio 2003 la strada su cui insiste il ponte era stata trasferita alle amministrazioni provinciali di Cremona e Parma, alla stregua di quanto previsto dal d.lgs. 112/1998 e dalla L.r. Lombardia 1/2000 ed in attuazione dei d.P.C.M. 21 febbraio 2000 e 21 settembre 1001, con conseguente esclusione di ogni sua competenza in materia.
-----------------------------------	---

La pronuncia del TAR

(Omissis). Osserva il Collegio al riguardo come non sia in effetti contestato, né seriamente contestabile, la circostanza che la strada in oggetto, un tempo parte del demanio stradale statale e quindi ricadente nella gestione manutentiva dell'ANAS, sia stata trasferita alle province di Cremona e Parma per effetto del d.lgs. 112/1998, della l. Regione Lombardia 1/2000 (cfr. art. 3 comma 118 dove si legge che "le strade già appartenenti al demanio statale di cui all'art. 822 del codice civile e non comprese nella rete autostradale e stradale nazionale sono trasferite al demanio delle province territorialmente competenti") e della normativa secondaria di attuazione di cui al d.P.C.M. 21 febbraio 2000.

(Omissis). A fronte di tali dati normativi, deve ritenersi che alla data di sottoscrizione del protocollo di intesa (12 maggio 2003) la gestione e la manutenzione della strada in oggetto fosse riservata – già da tempo – alla competenza propria delle amministrazioni provinciali (v. art. 3 comma 119 lett. a)) della richiamata l.r. Lombardia 1/2000).

(Omissis). L'accertata incompetenza dell'ANAS (ovvero, più correttamente il suo difetto di attribuzione, per il passaggio del bene dal demanio stradale a quello provinciale) pone il problema della validità del protocollo di intesa 12 maggio 2003, anche alla luce delle difese di parte resistente che, con memoria 5 dicembre 2008, ne ha eccepito formalmente la nullità.

Si è già posto in evidenza come tutte le parti, seppure traendone conseguenze diverse, qualificchino siffatto protocollo di intesa nei termini di un accordo tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990.

Reputa il Collegio di condividere tale qualificazione, sul presupposto della natura pubblicistica dell'ANAS, a lungo azienda autonoma dello Stato ed in seguito trasformata dapprima in ente pubblico economico ed, in ultimo, in società per azioni, il cui capitale è tuttavia interamente detenuto dal Ministero dell'economia e la cui attività è sottoposta al controllo e alla vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

È noto come sul tema degli accordi amministrativi di cui alla l. 241/1990 – in specie su quelli previsti dall'art. 11 - si sia registrato un vasto dibattito, a partire dal loro inquadramento generale e dalla natura giuridica da riconoscere a tali atti, confrontandosi grosso modo due tesi opposte: quella privatistica che riconosce loro natura di contratti; e quella pubblicistica, che ne sottolinea invece l'afferenza al potere autoritativo e la funzione integrativa o sostitutiva rispetto al provvedimento amministrativo (in questo senso è sembrata orientarsi anche la Corte cost., nella nota sent. 204/2004).

Nel caso di specie l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi non modifica peraltro l'esito del giudizio, dovendosi in ogni caso affermare l'invalidità dell'accordo, per le seguenti ragioni.

Nella prospettiva pubblicistica, infatti, se è vero che l'oggetto dell'accordo è dato essenzialmente dalle modalità di esercizio del potere; si comprende come ciò presupponga pur sempre che il soggetto pubblico sia titolare di tale potere, dovendosi altrimenti affermare la radicale nullità dell'atto, per difetto assoluto di attribuzione (ovvero carenza di potere in astratto), a norma dell'art. 21-septies l. 241/1990.

Ma anche nella prospettiva privatistica, che considera l'accordo alla stregua di un contratto, reputa il Collegio che permanga comunque in capo all'amministrazione pubblica il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito (dalla norma di azione) alla sua cura.

Si vuole sottolineare, in altri termini, come l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba tuttavia essere giustificato in ragione della loro attinenza alle finalità curate dall'ente; e come il principio della capacità generale delle pubbliche amministrazioni (*ex art. 11 c.c.*) debba coordinarsi con il necessario rispetto del principio di legalità cui, secondo un'autorevole e persuasiva dottrina, è soggetta anche l'attività di diritto privato della p.a. e che si traduce in un "vincolo di scopo" interno all'atto negoziale.

Tanto più nel caso di specie, al cospetto di una figura soggettiva pubblica (quale è l'ANAS) che, a differenza degli enti territoriali, non persegue finalità generali ma, piuttosto, settoriali coincidenti con la gestione della (sola) rete stradale ed autostradale nazionale.

Laddove l'amministrazione stipuli contratti eccedenti l'ambito delle proprie finalità istituzionali, è poi discusso se – fatta comunque salva l'eventuale responsabilità, amministrativa e contabile, del funzionario

– la conseguenza debba essere quella della nullità (virtuale) dell'atto negoziale (per contrarietà a norme imperative, *ex art.* 1418 c.c.) ovvero quella della sua annullabilità (per l'incapacità legale a contrattare, a norma dell'art. 1425 c.c.).

Reputa il Collegio che, sempre nell'ipotesi in cui si riconosca all'accordo natura di contratto, nel caso in cui sia concluso in violazione delle finalità espressamente imposte dalla legge all'ente pubblico, sia preferibile la tesi della nullità dell'atto, che offre maggiori garanzie a tutela del principio di legalità, attraverso i caratteri, connaturati alla nullità, della assolutezza, imprescrittibilità, non convalidabilità, rilevabilità anche d'ufficio.

Ne consegue che, tanto secondo l'impostazione "pubblicistica" quanto secondo la lettura "privatistica" dell'istituto dell'accordo, per le ragioni più volte in precedenza sottolineate, il protocollo di intesa sottoscritto in data 12 maggio 2003 deve ritenersi nullo in ragione del fatto che il contenuto di tale accordo esulava dall'ambito, circoscritto, delle finalità dell'ANAS, per essere la strada in oggetto a tale data non più appartenente al demanio statale.

Con la precisazione, sul piano processuale, che la nullità è rilevabile d'ufficio e che, in ogni caso, è stata eccepita dalla stessa parte convenuta in giudizio per la risoluzione dell'accordo.

Ulteriore e logica conseguenza dell'accertamento della nullità del protocollo è l'infondatezza della domanda di risoluzione, che presuppone pur sempre la validità dell'atto, in uno con quella risarcitoria proposta a titolo di inadempimento contrattuale.

(*Omissis*). In conclusione, una volta accertata la nullità del protocollo d'intesa 12 maggio 2003, tutte le domande proposte nei confronti dell'ANAS (nella forma del ricorso principale e dei ricorsi incidentali presentati dagli enti interventori), deducendo a loro fondamento l'inadempimento di un atto nullo, devono essere respinte.

La complessità e la novità delle questioni trattate costituiscono peraltro giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese processuali tra tutte le parti in giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui ricorsi incidentali, li respinge.

Riferimenti bibliografici: *N. BASSI, Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio, in Foro amm., TAR, 2009, pagg. 329-337.*

Commento

di Marzia De Donno

La sentenza in commento offre l'occasione di riflettere sulla questione della natura giuridica e del regime giuridico da riconoscere agli accordi amministrativi di cui alla l. n. 241/1990. Sul tema, in effetti, si registra un vasto dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, che ha nondimeno interessato in maniera prevalente l'istituto di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, minore, invece, risultando l'attenzione riservata al successivo art. 15 ed alla figura degli accordi amministrativi tra Pubbliche Amministrazioni.

La fattispecie in questione costituisce proprio un'ipotesi di accordo ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990. Reputa, infatti, il Collegio di condividere tale qualificazione del protocollo d'intesa, prospettata anche da tutte le parti in causa, sul presupposto della natura pubblicistica di ANAS, a lungo azienda autonoma dello Stato ed in seguito trasformata dapprima in ente pubblico economico, e quindi in società per azioni, ma il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'economia e la cui attività è sottoposta al controllo e alla vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

L'art. 15 l. 241/1990 contempla, dunque, gli accordi che le "Amministrazioni pubbliche possono concludere tra loro... per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune". Il secondo comma, rinvia, in punto di disciplina, alle disposizioni dell'articolo 11, commi 2, 3 e 5.

Da tale qualificazione giuridica del protocollo d'intesa, ed in forza del richiamo all'art. 11, discende, sul piano sostanziale, l'applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti (art. 11 comma 2) e, sul piano processuale, che siano riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo (art. 11 comma 5), salvo, però, precisare che tale ultima disposizione è stata trasfusa nell'art. 133 comma 1, lett. a), n. 2 del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104).

Ne deriva che, com'è dato leggere anche nella sentenza in commento, i suddetti profili di diritto sostanziale e processuale, "legandosi insieme, determinano l'instaurarsi davanti al giudice amministrativo di una controversia che presenta accentuati tratti di specialità, anche secondo i canoni della stessa giurisdizione esclusiva: per essere promossa da un'amministrazione pubblica e, soprattutto per avere ad oggetto esclusivo un accordo al quale debbano applicarsi, in via tendenziale, i principi del codice civile".

Ebbene, proprio la *vexata quaestio* sulla natura giuridica degli accordi amministrativi, lungi dal costituire una questione squisitamente dogmatica e concettuale, si riverbera sul regime giuridico degli accordi, condizionando l'interprete nell'identificazione della disciplina codicistica concretamente applicabile e nell'esegesi delle singole norme che di volta in volta vengono in rilievo, si da porsi come il vero ago della bilancia tra una disciplina prevalentemente pubblicistica, qualora si intenda accedere alla teoria del contratto di diritto pubblico, ed una, invece, di stampo privatistico, laddove, viceversa, si accolga la figura del contratto ad oggetto pubblico.

Nella sentenza in analisi, il giudice amministrativo offre un pronto rinvio a tale questione, descrivendo compiutamente le soluzioni che gli si prospettano davanti, ed individuandole, a seconda della prospettiva pubblicistica o privatistica, rispettivamente, nella nullità per difetto assoluto di attribuzione *ex art. 21-septies l. 241/1990* e nella nullità per violazione di norme imperative di legge ai sensi dell'art. 1418 c.c. del protocollo d'intesa. Tuttavia, portato a prestare attenzione ai problemi applicativi di immediata impellenza, piuttosto che a quelli di inquadramento giuridico e di coerenza sistematica della fattispecie, egli statuisce sull'invalidità del protocollo, evitando di assumere una precisa posizione dogmatica sul punto.

Anche nel merito della questione, la decisione cui perviene il giudice può apparire non del tutto condivisibile. Infatti, pur non volendo preferire nessuna delle due tesi sulla natura giuridica dell'accordo amministrativo, ed anzi accostandosi ad entrambe, si può perseguire una diversa linea interpretativa del caso in oggetto e giungere, conseguentemente, ad una diversa soluzione per il medesimo. Si deve, infatti, segnalare che la legge riconosce in capo ad ANAS la possibilità di continuare ad occuparsi di tronchi stradali transitati, a seguito del processo di devoluzione, in capo alle amministrazioni territoriali. Il comma 2 dell'art. 99 d.lgs. 112 del 1998 e il comma 4 dell'art. 6 d.lgs. 419 del 1999, prevedono rispettivamente che «la progettazione, esecuzione, manutenzione e gestione delle strade» trasferite a regioni ed enti locali «può essere affidata temporaneamente» all'ANAS «sulla base di specifici accordi» conclusi con gli enti territoriali cui la funzione è stata conferita e che la stessa ANAS è autorizzata «ad esercitare le attività di progettazione, costruzione e manutenzione di strade anche per conto e nell'interesse di regioni, province e comuni».

Si può naturalmente discutere sulla perfetta corrispondenza fra l'onere finanziario di cui ANAS ha accettato di farsi carico con la sottoscrizione del protocollo e lo spazio di manovra di cui essa dispone sulla base di tali due disposizioni, ma rimane comunque il rilievo che la cura da parte di ANAS delle strade trasferite alle amministrazioni territoriali non si

situi del tutto al di fuori delle sue attribuzioni. Ne deriva che, a voler seguire la prospettiva pubblicistica, il protocollo d'intesa non è nullo ai sensi dell'art. 21-*septies* della l. 241/1990, posto che tale sanzione può colpire solo quella prestazione, assunta in via convenzionale dall'amministrazione, assolutamente priva di qualsiasi base legale.

Lo stesso si dica per il caso in cui si acceda all'opposta tesi privatistica, che per il tramite dell'art. 1418 c.c. intende salvaguardare il principio di funzionalizzazione all'interno dell'atto negoziale. A ben vedere, di violazione del c.d. vincolo di scopo può parlarsi solo quando l'esorbitanza delle clausole rispetto ai limiti legali delle attribuzioni dell'amministrazione sia macroscopica, quando, cioè, l'amministrazione abbia, con la sottoscrizione dell'accordo, preteso di assumere la cura di interessi non aventi il benché minimo nesso con le sue funzioni istituzionali. Ma non sembra che queste condizioni ricorrano nel caso in commento, considerato che l'impegno di ANAS riguarda pur sempre un'infrastruttura stradale, la quale, sebbene non inclusa nell'elenco di quelle rimaste nella sua competenza, attraversa il maggior corso d'acqua italiano e possiede una chiara dimensione sovraregionale. Se, poi, a ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che il ponte presentava vizi strutturali, causati dall'alluvione del 2000, e, quindi, già prima del passaggio in consegna agli Enti territoriali, avvenuto solo nell'ottobre del 2001, è chiaro che il g.a. avrebbe dovuto pronunciarsi in senso del tutto favorevole per le ricorrenti.

Art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990

Consiglio di Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244

OGGETTO

Revoca – Motivazione – Affidamento – Indennizzo

Fatto

Il Comune di Visciano (NA), dopo aver aggiudicato alla Edil Geo S.n.c. di D.S. la costruzione del nuovo cimitero, affida alla società anche lavori non compresi nell'originario appalto, consistenti nel rifacimento del muro di confine tra il nuovo e il vecchio cimitero.

L'affidamento del contratto avviene con trattativa privata, come ammesso dalla normativa di settore, che in caso di opere complementari a quelle oggetto di gara, consente di prescindere dall'espletamento di procedure concorsuali, ove risulti che dalla separazione dei lavori possano derivare gravi inconvenienti per la stazione appaltante.

Successivamente il Comune adotta un provvedimento di autotutela, con cui "ritira" l'affidamento dei descritti lavori complementari alla Edil Geo S.n.c.

Ciò sulla base di due presupposti: 1) il progetto di rifacimento del muro di confine era errato, venendo in gioco un'opera di valore storico per la quale, diversamente da quanto inizialmente programmato, doveva preferirsi un intervento di conservazione, anziché di demolizione e ricostruzione; 2) per il tipo di lavori da eseguire, non doveva considerarsi dannosa (come inizialmente ritenuto) la presenza nello stesso cantiere dell'impresa che si era aggiudicata l'appalto originario e di quella che avrebbe ottenuto l'affidamento dei lavori relativi al solo muro di confine.

La Edil Geo S.n.c. impugna al TAR Campania-Napoli la delibera con cui la Giunta comunale ha assunto le nuove determinazioni relative al rifacimento del muro. Chiede, altresì, il risarcimento del danno subito.

Il Comune di Visciano si costituisce in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso.

Il TAR Campania-Napoli, con sentenza n. 20237/2008, respinge l'impugnazione proposta e la richiesta di risarcimento danni, ma riconosce all'impresa ricorrente un indennizzo, pari al rimborso delle spese sostenute in vista dell'esecuzione dei lavori.

La pronuncia viene gravata avanti al Consiglio di Stato, che con la sentenza in commento respinge l'appello, confermando la decisione del giudice di primo grado.

Normativa di riferimento

Art. 21-quinquies legge n. 241/1990 – Revoca del provvedimento

Argomentazioni delle parti

Privato ricorrente

La società ricorrente deduce che l'atto di ritiro dell'affidamento dei lavori di rifacimento del muro sia illegittimo, perché assunto in violazione dell'art. 21-quinquies l. n. 241/1990.

Più precisamente, sarebbero mancate nel caso di specie quelle ragioni di pubblico interesse che, in base alla normativa, devono sorreggere l'adozione di un atto di revoca. In particolare, il Comune non avrebbe adeguatamente ponderato i profili relativi al presunto valore storico-architettonico del manufatto e le ragioni dell'impresa, che sulla realizzazione del nuovo muro di confine aveva fino a quel momento contato, sostenendo anche significative spese per farvi fronte. Sarebbe altresì mancata la valutazione dell'affidamento dell'impresa, anche in relazione al tempo trascorso dall'assegnazione dei lavori (quindici mesi).

	<p>Sarebbe infine mancata una completa ed esaustiva motivazione della scelta di rivedere le soluzioni in precedenza adottate.</p> <p>Stante l'illegittimità dell'azione comunale, la parte ricorrente pretende anche il risarcimento dei danni subiti.</p>
Amministrazione resistente	<p>Il Comune di Visciano si oppone alle censure di parte ricorrente, difendendo la legittimità del proprio provvedimento.</p> <p>La delibera si giustificerebbe in forza di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, in relazione al tipo di intervento da realizzare. Valutato il pregio del manufatto oggetto dei programmati lavori, il Comune ne avrebbe legittimamente modificato la portata, prevedendo di conservare anziché di demolire e ricostruire il muro di confine tra il vecchio e il nuovo cimitero.</p> <p>Legittima sarebbe anche la nuova valutazione compiuta riguardo alla sovrapposizione, nello stesso cantiere, dell'impresa affidataria dell'appalto originario e di quella che avrebbe eseguito i lavori relativi al solo muro di confine: compresenza in origine considerata dannosa e poi, a seguito del descritto approfondimento sulla natura dei lavori da compiere, ritenuta invece possibile.</p>

La pronuncia del Consiglio di Stato

L'appellante contesta sotto vari profili la sussistenza dei presupposti per procedere alla revoca.

Al riguardo, si osserva che l'entrata in vigore dell'art. 21-*quinques* della l. n. 241/1990 ha risolto il problema del fondamento del potere di revoca degli atti amministrativi.

L'art. 21-*quinques* ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca: *a)* per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; *b)* per mutamento della situazione di fatto; *c)* per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*).

Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è costituita appunto da una nuova valutazione dell'interesse pubblico al fine di procedere ad un intervento di carattere tecnico differente.

Tenuto che nell'esercizio del c.d. *jus poenitendi* l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, deve ritenersi che la motivazione posta a fondamento della revoca non sia affetta da vizi di legittimità.

Nell'atto contenente le direttive della Giunta è stato anche valutato l'affidamento dell'impresa privata nell'atto da rimuovere, ritenendo tale affidamento comunque affievolito dalla mancata consegna dei lavori.

Viene anche valorizzata l'esigenza di evitare il consolidamento della precedente situazione e, anche volendo valutare l'elemento temporale (pur essendo questo richiamato dal solo art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990), il tempo trascorso (circa dieci mesi per l'atto della giunta; poco di più per l'atto del responsabile dell'area tecnica) non è tale da precludere l'esercizio del potere di revoca.

Deve, quindi, ritenersi che l'atto di autotutela sia stato legittimamente adottato dal Comune sulla base di una adeguata motivazione.

Va aggiunto che la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo, come in concreto avvenuto in questo caso.

Devono a questo punto essere esaminate le censure inerenti le questioni patrimoniali.

La confermata legittimità del provvedimento di autotutela fa venire meno il presupposto su cui è stata fondata la domanda risarcitoria, costituito appunto dall'illegittimità provvedimentale.

Va precisato che anche in caso di revoca legittima si può ipotizzare che al privato derivino danni risarcibili, e non meramente indennizzabili, ma ciò discende dal fatto che tali danni conseguono non già direttamente dall'atto di revoca, ma da altre illegittimità (procedimentali o di altro tipo) commesse dall'amministrazione, ma non riscontrate né dedotte nel caso di specie, in cui alcun addebito può essere mosso all'amministrazione sotto il profilo della correttezza della condotta.

Ciò comporta che l'amministrazione è tenuta a corrispondere il solo indennizzo (sempre se il privato abbia subito un pregiudizio), e non l'integrale risarcimento del danno.

(*Omissis*).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore del Comune appellato delle spese di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 5.000,00, oltre Iva e C.P.

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

Riferimenti bibliografici: M. IMMORDINO e M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 5202 ss.; G. PIPERATA, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1191 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. TAR*, 2006, pp. 1547 ss.

Commento

di Camilla Mancuso

Secondo la tradizionale definizione, la revoca è il provvedimento con cui l'Amministrazione, dopo aver constatato che un atto da essa adottato è affetto da vizi di merito, lo rimuove con efficacia *ex nunc*.

Come l'annullamento d'ufficio (che è il ritiro dell'atto affetto da vizi di legittimità), anche la revoca corrisponde all'esercizio di un potere discrezionale, che i più ascrivono alla categoria degli atti di autotutela e dei provvedimenti di secondo grado.

Essa è disposta quando, ad una nuova valutazione degli interessi in gioco, emerge che l'atto originario non risponda più all'interesse pubblico. Da qui l'obbligo di motivare puntualmente la scelta di procedere al ritiro dell'atto, così palesando l'esistenza di un interesse concreto e attuale alla eliminazione di una decisione ritenuta inopportuna.

Al pari dell'annullamento d'ufficio, anche la revoca è sempre stata considerata un potere generale, esercitabile da ogni Amministrazione anche in assenza di una specifica previsione legislativa. Ciò in forza del principio che vuole l'azione amministrativa costantemente finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico e dunque soggetta a verifiche di opportunità pure dopo l'emanazione dell'atto.

La l. n. 15/2005 ha dato all'istituto una chiara base normativa, introducendo nel corpo della legge sul procedimento amministrativo una

disposizione che legittima, in via generale, la rimozione degli atti amministrativi per motivi di opportunità.

Ci si riferisce all'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, che è la norma in cui sono oggi codificati presupposti e conseguenze del potere di revoca.

Recependo un consolidato orientamento interpretativo, la citata previsione legislativa individua tre ipotesi in cui può darsi luogo alla revoca di un atto già emanato:

- la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse;
- il mutamento della situazione di fatto esistente al momento dell'adozione dell'atto;
- la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Nei primi due casi ha luogo la c.d. revoca per sopravvenienza, disposta quando sopraggiungano elementi nuovi, che rendono non più opportuna la permanenza dell'atto.

Il terzo è un tipico caso di *jus poenitendi*, correttamente esercitabile quando, ad un riesame dell'interesse pubblico che ha determinato l'adozione dell'atto, l'Amministrazione constati di aver male apprezzato la situazione e si pente della valutazione a suo tempo assunta.

A differenza dell'annullamento d'ufficio, la revoca non ha efficacia retroattiva, ma opera solo dal momento della sua adozione. Dunque, essa fa salvi gli effetti che l'atto abbia prodotto fino al suo ritiro.

Quanto all'oggetto della revoca, per lungo tempo si è ritenuto che essa fosse limitata ai soli atti discrezionali. In base al diffuso indirizzo interpretativo restavano esclusi dal suo ambito applicativo gli atti vincolati, che si diceva non ponessero questioni di opportunità, gli atti produttivi di effetti istantanei (es. provvedimenti decisorii) e quelli ad efficacia prolungata, che avessero però già concluso i loro effetti.

Tali indicazioni sono state in gran parte recepite dal legislatore, che ha in generale riferito il potere di revoca agli atti dotati di efficacia durevole e non ancora esaurita. Dal campo di applicazione dell'art. 21-*quinquies* non sono invece testualmente esclusi gli atti vincolati, anche se la dottrina continua a ritenerli sottratti a quelle valutazioni di opportunità, che normalmente giustificano l'esercizio del potere di revoca.

La principale novità di tale disposizione è l'introduzione di meccanismi indennitari, da attivare quando la revoca comporti un danno per i soggetti interessati. La legge prevede che alle persone pregiudicate dalla revoca vada garantito un equo ristoro per il danno subito: una somma di denaro che, pur non raggiungendo l'entità di un risarcimento, valga in qualche modo a riparare i destinatari per l'affidamento riposto nell'atto revocato. L'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 contempla anche l'ipotesi della revoca di atti ad efficacia istantanea che incidano su rapporti negoziali.

Riguardo a questa fattispecie, la norma si premura di definire i criteri di calcolo dell'indennizzo, da liquidare in relazione al solo danno emer-

gente e tenendo conto dell'eventuale conoscenza dell'errore o del coinvolgimento, da parte dei contraenti, nella creazione dei presupposti che hanno indotto l'Amministrazione ad assumere un provvedimento non rispondente all'interesse pubblico.

La sentenza in commento offre l'occasione di esaminare tutti gli aspetti disciplinati dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, che nella vicenda oggetto di giudizio ha incontrato piena applicazione.

Più precisamente, il Consiglio di Stato si è trovato ad esaminare un tipico caso di *jus peonitendi*, posto in essere dall'Amministrazione a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico sotteso all'adozione dell'atto revocato.

Se, infatti, il Comune ha deciso di ritirare il precedente atto di affidamento dei lavori di rifacimento del muro di confine, ciò è avvenuto non perché siano sopravvenuti fatti o nuovi motivi di pubblico interesse.

Più semplicemente, la revoca è stata determinata da ragioni di opportunità emerse a seguito di un diverso apprezzamento dell'interesse pubblico originario, qui rappresentato dal valore storico, affettivo e architettonico dell'opera che in principio si era programmato di demolire.

È dunque accaduto che, in assenza di mutamenti della situazione di fatto, l'Amministrazione comunale abbia deciso di tenere in maggiore considerazione il pregio del manufatto.

Pregio evidentemente già esistente quando l'impresa ha ottenuto i lavori, ma a quel tempo ritenuto non di ostacolo alla previsione di interventi demolitori.

A seguito di un riesame della situazione, il Comune è ritornato sui suoi passi, optando per l'esecuzione di lavori di conservazione, anziché di rimozione e ricostruzione.

Da qui la scelta di eliminare ogni precedente determinazione, stante l'accertata convenienza e opportunità di effettuare un intervento tecnicamente e qualitativamente diverso da quello inizialmente pianificato.

A giustificazione della revoca anche la considerazione che, per il tipo di lavori da eseguire, non doveva considerarsi dannosa (come in principio ritenuto) la presenza nello stesso cantiere dell'impresa che si era aggiudicata l'appalto originario – relativo all'intero cimitero – e di quella che avrebbe eseguito i lavori relativi al solo muro di confine.

È appena il caso di osservare che la revoca ha potuto avere luogo anche perché, nel caso di specie, i lavori oggetto dell'appalto integrativo non avevano ancora avuto inizio.

Rispetto al provvedimento, il Comune aveva cioè ancora la disponibilità degli effetti. E allora, venendo in gioco uno di quegli atti (l'affidamento dei lavori) che incidono su rapporti di tipo contrattuale, il Comune ha potuto fare applicazione dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, che a questa fattispecie dedica apposita attenzione.

La sentenza ne dà compiutamente conto, nella parte in cui afferma che la citata norma ha dato piena risposta al problema del fondamento legislativo del potere di revoca degli atti amministrativi.

Dopo questa prima precisazione, il Consiglio di Stato prosegue nella sua opera di inquadramento sistematico, "incasellando" il caso di specie nella categoria della revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*).

A questo proposito, apprezzabile è l'accento posto dal Collegio sulla natura fortemente discrezionale della revoca in parola, che rispetto alle altre ipotesi di revoca "per sopravvenienza", si presenta come un potere soggetto a limiti meno "afferrabili" o controllabili dall'esterno.

Se, infatti, i mutamenti di fatto o la sopravvenienza di nuovi motivi di interesse pubblico sono situazioni dotate di una qualche portata oggettiva, empiricamente riscontrabile, altrettanto non è (o lo è solo in parte) per lo *jus poenitendi*, ispirato a criteri più fluttuanti, che sta all'Amministrazione applicare in modo coerente con l'interesse pubblico.

Non solo. L'affermazione della natura ampiamente discrezionale degli atti in questione fa luce sul fatto che le revoche originate da una nuova valutazione dell'interesse pubblico impongono un approfondimento sull'attualità dell'interesse al ritiro dell'atto.

Il che, detto in altri termini, significa che la scelta di rimuovere l'atto deve corrispondere a ragioni di precisa opportunità, riferite al momento in cui è adottato il provvedimento di autotutela.

Ecco perché la sentenza attribuisce fondamentale importanza all'elemento della motivazione, che nel quadro descritto diventa il principale strumento per vagliare la legittimità della revoca.

Tra i fattori che la motivazione è maggiormente chiamata ad analizzare, la pronuncia si sofferma sull'affidamento del controinteressato.

Tale è la persona che dal provvedimento revocato riceveva vantaggi e benefici, sottratti a causa della decisione di riesaminare e ritirare l'atto.

Nel caso di specie detta posizione è rivestita dall'impresa che, per effetto della revoca, non avrebbe più potuto contare sull'esecuzione - e sulle relative utilità economiche - dei lavori edilizi prima affidati e poi revocati.

Secondo il Collegio giudicante, il Comune ha operato correttamente, avendo adeguatamente comparato i contrapposti valori in gioco e avendo compiutamente motivato le ragioni per cui, tra l'interesse generale alla modifica dell'intervento costruttivo e quello dell'impresa beneficiaria dell'originario appalto, sia risultato soccombente l'affidamento del privato.

In questa valutazione, decisiva è stata la circostanza che i lavori non erano ancora stati consegnati e che, dunque, non era ancora stata approntata alcuna specifica organizzazione da parte dell'impresa.

La sentenza offre interessanti spunti di riflessione anche riguardo al tema del *quando*, cioè dell'influenza che sulla legittimità della revoca esercita il tempo trascorso dall'adozione dell'atto rimosso.

L'esame di questo aspetto prende le mosse dal rilievo che, diversamente dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 (sull'annullamento d'ufficio), l'art. 21-*quinquies* non annovera l'elemento temporale tra i presupposti di validità degli atti di revoca.

Ciò potrebbe portare alla semplicistica conclusione che, nell'esercizio del potere di revoca, la Pubblica Amministrazione non subisce limitazioni cronologiche: cioè, in altre parole, che la revoca è sempre possibile senza limiti di tempo.

Con la sua presa di posizione, il Consiglio di Stato dimostra di non condividere tale interpretazione, affermando che il dato temporale è fattore intimamente collegato al consolidamento di posizioni di affidamento in capo al soggetto controinteressato.

È chiaro, infatti, che più tempo passa dall'adozione dell'atto revocando, più si rafforza la convinzione del destinatario del provvedimento che quell'atto continuerà a produrre effetti, senza subire alcun "incidente" nel corso della sua esecuzione.

In forza di tale considerazione, il Collegio correttamente ritiene che il periodo trascorso nel caso di specie (quindici mesi) non sia stato così lungo da dar luogo ad affidamenti significativi.

Il ragionamento è di particolare importanza, perché avvalorata la tesi secondo cui la revoca deve pur sempre rispondere a ragioni di opportunità concrete e attuali: ragioni che, per loro natura, si affievoliscono con il decorso del tempo e, dunque, con il consolidamento dell'assetto degli interessi regolati dall'atto revocando.

L'ultimo profilo che la sentenza analizza è quello dell'indennizzo dovuto al controinteressato.

Nella previsione dell'obbligo indennitario potrebbe rintracciarsi una sorta di salvacondotto per l'Amministrazione, autorizzata alla revoca dei propri atti, qualora sia in grado di versare una congrua somma di denaro al soggetto danneggiato dalla revoca.

Secondo questa impostazione, nella comparazione tra l'interesse alla rimozione dell'atto e la tutela dell'affidamento del terzo, le ragioni della revoca sarebbero dunque generalmente destinate a prevalere, ove fosse garantito al controinteressato un ristoro economico per la perdita subita.

In tale prospettiva, l'indennizzo assurge a parametro di legittimità dell'atto di revoca, assumendo piena centralità in ogni valutazione riferita alle modalità con cui l'Amministrazione compara i diversi interessi coinvolti nel procedimento di autotutela.

Del resto, sembra impossibile negare che l'analisi delle conseguenze pa-

trimoniali della revoca debba necessariamente entrare nella fase ponderativa dell'atto, anche per valutarne gli aspetti di proporzionalità, ragionevolezza, economicità.

Rispetto al descritto orientamento, la sentenza annotata assume tuttavia una posizione divergente.

Secondo il Consiglio di Stato, l'indennizzo non inciderebbe sulla validità della revoca, tanto che la sua mancata liquidazione non costituirebbe vizio dell'atto.

Ove manchi la previsione di un ristoro economico, la revoca andrebbe comunque considerata legittima, purchè l'affidamento del controinteressato non sia così forte da sconsigliare la rimozione dell'atto.

In questa ipotesi, il Collegio considera salva la validità dell'atto, essendo pur sempre consentito al privato di agire per ottenere l'indennizzo, come in concreto avvenuto nel caso di specie.

Le conseguenze di una simile prospettazione sono particolarmente favorevoli per le Amministrazioni, che anche ove omettano di definire il ristoro economico dovuto al controinteressato, sono dalla giurisprudenza tenute indenni dalle più pesanti conseguenze economiche (il risarcimento del danno) collegate alla esistenza di un vizio di legittimità.