

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA - ATTI AMMINISTRATIVI - CASSAZIONE CIVILE -  
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - OPERE PUBBLICHE  
Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 17-02-2012, n. 2312

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PREDEN Roberto - Primo Presidente f.f.

Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere

Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere

Dott. MACIOCE Luigi - rel. Consigliere

Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere

Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere

Dott. D'ALESSANDRO Paolo - Consigliere

Dott. PETITTI Stefano - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6277/2011 proposto da:

TRENITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 349, presso lo studio dell'avvocato SANDULLI Maria Alessandra, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PUNZI CARMINE, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

PIETRO MAZZONI AMBIENTE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UDINE 6, presso lo studio dell'avvocato ANNONI Marco, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PERRETTINI ENZO, CHIAPPETTI ACHILLE, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la decisione n. 5029/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 28/07/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/01/2012 dal Consigliere Dott. LUIGI MACIOCE;

uditi gli avvocati Maria Alessandra SANDULLI, Carmine PUNZI, Enzo PERRETTINI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IANNELLI Domenico, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

---

## **AMMINISTRAZIONE PUBBLICA**

**Contratti**

in genere

**Obbligazioni e contratti**

## **ATTI AMMINISTRATIVI**

**Atti amministrativi**

discrezionali

## **CASSAZIONE CIVILE**

**Cassazione della sentenza**

**Corte di Cassazione in genere**

## **GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

**Giustizia amministrativa, in genere**

## **OPERE PUBBLICHE**

**Aggiudicazione dei lavori**

**Contratto di appalto, in genere**

**Fatto**

**Diritto**

**P.Q.M.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

## SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PREDEN Roberto - Primo Presidente f.f.

Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere

Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere

Dott. MACIOCE Luigi - rel. Consigliere

Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere

Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere

Dott. D'ALESSANDRO Paolo - Consigliere

Dott. PETITTI Stefano - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6277/2011 proposto da:

TRENITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 349, presso lo studio dell'avvocato SANDULLI Maria Alessandra, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PUNZI CARMINE, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

PIETRO MAZZONI AMBIENTE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UDINE 6, presso lo studio dell'avvocato ANNONI Marco, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PERRETTINI ENZO, CHIAPPETTI ACHILLE, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la decisione n. 5029/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 28/07/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/01/2012 dal Consigliere Dott. LUIGI MACIOCE;

uditi gli avvocati Maria Alessandra SANDULLI, Carmine PUNZI, Enzo PERRETTINI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IANNELLI Domenico, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

### Svolgimento del processo

La soc. Trenitalia p.a. (Trenitalia) con [provvedimento 21.5.2009](#) ha escluso le offerte presentate dalla soc. Pietro Mazzoni Ambiente (PMA) per l'affidamento di lotti di servizi di pulizia del materiale rotabile di cui al bando pubblicato il 19.12.2008 e, con altri atti, ha disposto la caducazione delle aggiudicazioni di lotti già assegnati. Gli atti, e per quel che occupa la delibera di esclusione, hanno tratto fondamento nella valutazione ostativa consentita dal [D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. F](#), per essere emersi dai pregressi rapporti contrattuali (accordi quadro 838 e 844 del 13.2.2006) gravi negligenze e innumeri contestazioni, sfociate nella delibera di procedere a risoluzione per inadempimento.

Il TAR adito da PMA, in impugnazione dell'atto di esclusione, ha con sentenza 11789 del 2009 rigettato il ricorso sul rilievo che la causa di esclusione ex art. 38, non presupponesse il giudicato sull'inadempimento pregresso ma solo la esistenza di una valutazione negativa (in termini di inaffidabilità) fatta dalla Amministrazione aggiudicatrice.

L'appello di PMA è stato accolto dal Consiglio di Stato , all'esito di articolata consulenza tecnica, con la sentenza 5029 in data 28.7.2010.

Il Consiglio di Stato nella motivazione, ed alla stregua degli atti afferenti il rapporto 2006-2009, ha premesso:

che la indiscutibile giurisdizione del G.O. sul rapporto non sottrae la possibilità che il G.A. chiamato a valutare la ostatività ex art. 38 citato la possa sindacare per i vizi propri dell'atto amministrativo nel quale la ostatività viene affermata;

che l'art. 38 non contiene una previsione sanzionatoria ma appresta una cautela per l'Amministrazione nel segno della necessaria permanenza della fiducia verso il contraente;

che pertanto la esistenza dei presupposti tratti dal passato per formulare prognosi de futuro ben può essere dal G.A. valutata incidentalmente e la conclusione del venire meno della fiducia ben può essere sindacata per la sua congruità e immunità da eccesso di potere.

Su tali premesse, avendo riguardo agli accertamenti peritali, il Consiglio di Stato ha ritenuto esistere indici sintomatici di un eccesso di potere e quindi di un indebito fine di esclusione: si fa cenno alla contraddizione tra gravi

inadempienze e successivi rinnovi o proroghe dei contratti ed alla ammissione alla fase di prequalifica della gara; si sollevano dubbi sulla attendibilità degli accertamenti tecnici delle inadempienze effettuati dalla soc. SGS; si formula quindi il sospetto che l'esclusione sia stata determinata da ragioni diverse dalla caduta della fiducia.

Ricorre con atto del 10.3.2011 ai sensi [dell'art. 362 c.p.c.](#), comma 1, la soc. Trenitalia sostenendo quanto appresso.

Con un primo motivo si censura che il Consiglio di Stato, all'esito della decisione di riesaminare sul piano istruttorio i dati contrattuali del pregresso rapporto, come fatto palese dai quesiti afferenti la "attendibilità" delle indagini effettuate da SGS, ha chiaramente travalicato nella sfera della cognizione del rapporto spettante al G.O..

Con un secondo motivo, d'altro canto, ci si duole del fatto che la decisione abbia invaso l'area della necessaria discrezionalità di apprezzamento del dato fiduciario appartenente alla P.A. sostanzialmente strumentalizzando il sindacato per eccesso di potere utilizzato per far emergere non già i suoi indici sintomatici ma solo la inattendibilità delle valutazioni di risoluzione de rapporto.

La s.p.a. P.M.A. resiste con controricorso 18.4.2011 nel quale eccepisce la inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e la inammissibilità od infondatezza dei due motivi. Trenitalia ha depositato memoria finale ed i difensori hanno discusso oralmente la causa.

### **Motivi della decisione**

Ritiene il Collegio che, infondato il primo motivo ed in parte fondato il secondo, il ricorso di Trenitalia debba essere accolto.

La questione di rilievo, ad avviso del Collegio, non è certo quella rappresentata dalla accusa, mossa alla decisione, di invasione ai danni della sfera cognitiva propria del G.O., giudice del rapporto e degli inadempimenti, quale articolata nel primo motivo, perchè il Consiglio di Stato nella impugnata sentenza non ha invaso quell'ambito, essendo compresa nella sua potestà giurisdizionale, nell'ottica del sindacato sull'eccesso di potere, la valutazione incidentale dei fatti emergenti dal pregresso rapporto da porre a raffronto con le ragioni addotte a fondamento della decisione di non proseguirlo o di non rinnovarlo.

La questione sottoposta dal secondo motivo del ricorso, ed invece di indubbio rilievo, è quella della ampiezza del sindacato sulla decisione di esclusione per "deficit di fiducia", che è frutto di una valutazione discrezionale della P.A. e sulla quale il controllo del giudice deve essere svolto ab extrinseco, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai sostitutivo (come si accusa nella specie abbia fatto il Consiglio di Stato).

Che la eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione costituisca ipotesi di "sconfinamento" vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto, è approdo indiscutibile nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (S.U. 137 del 1999, 19604 del 2003, 28263 del 2005, 9443 del 2011 e 23302 del 2011) al quale il Collegio intende dare piena continuità.

Tanto premesso, e prendendo dunque le mosse dalla necessaria chiarificazione della portata del *D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. F*, ritiene il Collegio di dover condividere l'approdo ermeneutico al quale, all'esito di attenta analisi, è pervenuta la giurisprudenza del Giudice Amministrativo (da ultimo, e tra le tante, con la sentenza del Consiglio di Stato n. 409 del 2011) ed al quale la stessa sentenza qui impugnata presta inequivoca adesione.

Si è infatti espressamente rammentato che gli elementi fondanti la valutazione di deficit di fiducia vengono tratti, secondo il modello normativo, da dati esterni al rapporto contrattuale quali la mala fede, la grave colpa o la grave carenza di professionalità e si è altrettanto chiaramente posto in risalto come il bene protetto dalla predetta clausola di esclusione è quello dell'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quindi un elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello della affidabilità.

Si è del pari segnalato che la inequivocità di significato degli scarni parametri offerti dal legislatore attesta la scelta di riconoscere in capo all'appaltante un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza del requisito della affidabilità.

Si è altrettanto esattamente ricordato che là dove la norma esige che tale esercizio di discrezionalità sfoci in una motivata valutazione della stazione appaltante, si sottrae la detta valutazione di frattura dell'elemento fiduciario dall'area dell'arbitrio e se ne consente il tradizionale sindacato giurisdizionale di cui alla *L. n. 1034 del 1971, artt. 2 e 3*, esteso a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere onde portare ad emersione eventuali utilizzazioni strumentali del predicato deficit di fiducia, dissimulanti l'uso della clausola de qua per finalità diverse da quelle perseguite con il ridetto del *D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. F*. Ebbene, si afferma da Trenitalia che gli indici evidenziati dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata in questa sede come rivelatori di eccesso di potere sono, i primi due, accostabili al canone di evidente contraddittorietà (e quindi in tesi rientranti nel sindacato proprio della giurisdizione di legittimità) e, gli altri, traducibili in mera non condivisione della valutazione, con il risultato di portare allo scoperto - sempre ad avviso di Trenitalia - lo sconfinamento del giudizio in una indebita sovrapposizione alla valutazione fatta dalla appaltante sui caratteri del rapporto pregresso.

Il ricorso formula al proposito una osservazione certamente non implausibile, quella per la quale il parametro di inattendibilità - adottato (pag. 9 della

sentenza impugnata) per individuare, sulla base delle risultanze della CTU, valutazioni tecniche inaccettabili (perchè affette da pretesi errori madornali secondo l'espressione utilizzata dal Consiglio di Stato nella nota sentenza 601 del 1999), parametro da queste Sezioni Unite (S.U. 14893 del 2010) ritenuto certamente rispettoso dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa nel sindacato delle valutazioni concorsuali delle commissioni esaminatrici - appare non poco inappropriato ove utilizzato nello scrutinio di legittimità di scelte ad alto tasso di "soggettività" quale quella dalla legge consentita alla stazione appaltante.

La evidenza dell'errore è un criterio certamente suggestivo per la sua astratta attitudine selettiva ma, altrettanto certamente, è criterio aperto ad una lettura soggettiva che ne sconsiglia la utilizzabilità come sintomo del censurabile eccesso di potere le volte in cui l'ambito valutativo riservato alla P.A. non sia segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e la adeguatezza, ma sia qualificato da evidenti riserve di soggettività della scelta (come nel caso del più volte citato deficit di fiducia delineato del [D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. F](#)), riserve il cui rispetto è limite anche all'esercizio della giurisdizione.

Ed è di tal previsione, raccogliendo lo stimolo critico contenuto nel ricorso, che occorre delineare l'ambito per quel che interessa.

Ritiene il Collegio che, in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'Impresa - esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emergenti dal passato aziendale - il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente.

Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appagante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa (ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente).

L'adozione di siffatti criteri di non condivisione, infatti, nella parte in cui comporta una sostituzione nel momento valutativo riservato all'appaltante, determina non già un mero errore di giudizio (insindacabile in questa sede) ma uno sconfinamento nell'area ex lege riservata all'appaltante stesso e quindi vizia, per ciò, solo, la decisione, tale sconfinamento essendo ravvisabile secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza delle Sezioni Unite, anche assai lontana nel tempo, anche quando il giudice formuli direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati

all'amministrazione (S.U. n. 2525 del 1964).

Nella decisione in disamina il Consiglio di Stato, riformando il contrario decism del primo giudice, è pervenuto conclusivamente (pag. 10) ad esibire il "ragionevole dubbio" della pretestuosità delle ragioni poste a base dell'impugnato provvedimento dopo aver evidenziato, oltre a segnali logici di contraddizione del rifiuto, specifiche ragioni di non condivisione della valutazione finale.

La sentenza, infatti, prende le mosse dalla esposizione di segnali di contraddittorietà nel comportamento della stazione appaltante nella gestione del rapporto con P.M.A., rispetto alla conclamata valutazione di inaffidabilità dell'Impresa, contraddizione insita nell'aver prorogato il rapporto in essere ed ammesso P.M.A. alla fase di prequalifica della nuova gara "nonostante" potessero già allora emergere i fatti incidenti sulla "fiducia". La statuizione, censurata anch'essa in questa sede, si sottrae di per sé sola alla censura di sconfinamento per la evidente inerenza al sindacato di legittimità della decisione di ricondurre al criterio della contraddittorietà i dati ravvisati ed esposti (e la cui plausibilità sfugge totalmente al sindacato ex [art. 362 c.p.c.](#), comma 1, rimesso a questa Corte).

Ma la sentenza, ritenendo non sufficiente tale elemento per pervenire ad un giudizio di illogicità del criterio di valutazione, ha inteso giustapporre alla appena riportata statuizione una articolata proposizione volta a desumere - dal confronto critico tra rapporto "accusatorio" rassegnato a Trenitalia dalla soc. di indagine SGS e la relazione di CTU disposta dal giudice amministrativo - gravi vizi di attendibilità e plausibilità del primo, tati da interagire con le denunciate contraddizioni pervenendo a formare un complesso di elementi sintomatici dell'eccesso di potere per "sviamento".

A tal riguardo è indiscutibile, contrariamente alla opinione di Trenitalia, la piena inclusione - nella potestà di esercitare il sindacato dell'eccesso di potere - della scelta di accertare pienamente i fatti, anche avvalendosi di un consulente ai sensi del [D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 67](#), al fine di eseguire indagini su materie di elevato profilo tecnico (al proposito Cons. Stato, n. 6980 del 2011), la cognizione di legittimità del giudice amministrativo essendo in tal guisa completata sotto il profilo del pieno controllo dei fatti, come perverso imposto dalla esigenza di dare piena attuazione al disposto della Convenzione Europea (da ultimo decisione del 27.9.2011 in caso A. Menarini Diagnostics c. Italia).

Ma non è l'accertamento operato ad essere significativo in relazione alla questione sottoposta dal ricorso.

Ed infatti, l'accertamento effettuato dal consulente del giudice ha indotto il Consiglio di Stato ad affermare che l'accertamento posto da Trenitalia a fondamento della sua valutazione era inappropriato metodologicamente e contraddetto, nella sua idoneità a raffigurare gravi inadempimenti dell'appaltatore, dalla reale emersione di minori inadempimenti.

Il Consiglio di Stato ha quindi preso atto dell'obiezione difensiva di Trenitalia per la quale l'atto impugnato si fondava anche su "innumerevoli contestazioni penali e detrazioni" ma ha valutato che, ciò nonostante, le contraddizioni dianzi riscontrate e la inattendibilità del rapporto SGS disvelata dal CTU, facevano ritenere sussistente l'eccesso di potere per uso distorto della facoltà di rifiuto riconosciuta dalla legge.

Emerge quindi con chiarezza che la decisione finale di ravvisare la pretestuosità del sopravvenuto deficit di fiducia allegato da Trenitalia si è fondata in modo comunque determinante (secondo la stessa costruzione logica della decisione), e se pur nella dichiarata individuazione di un eccesso di potere, che della discrezionalità, amministrativa o tecnica, costituisce il limite (Cons. Stato 8091 del 2010 e 4902 del 2010), sulla valutazione di inidoneità dei dati adottati a sostenere la decisione stessa, e quindi sulla valutazione di insufficienza oggettiva di quei dati a far considerare plausibile la caduta soggettiva della fiducia.

E poichè il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina, non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunciato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione.

L'accoglimento del ricorso impone, a questo punto, di valutare l'ambito della pronunzia cassatoria in relazione alla decisione attinta dalla pronunzia ed al procedimento di appello che essa ha concluso.

E tale vantazione deve partire dalla fissazione di due dati, quelli per i quali:

1. la sentenza cassata è stata emessa da un giudice che - esso solo e non altri - era ed è dotato di piena giurisdizione sulla controversia sottoposta;
2. la ragione per la quale nondimeno è consentito il sindacato di queste Sezioni Unite sta nel fatto che quel giudice possa aver superato (come nella specie ha superato), nella cognizione del rapporto in esame, non le regole del proprio giudizio ma le regole della stessa propria cognizione, con la conseguenza per la quale l'effetto rescindente di tale seconda ipotesi di superamento (la sola che la Costituzione consente di porre in rilievo) non potrà espropriare il giudice del potere giurisdizionale di riesaminare il rapporto stesso.

Nè ad avviso del Collegio sussistono ostacoli a dare corso, dopo la pronunzia di cassazione, a tale doverosa "restituzione".

Come di recente considerato da queste Sezioni Unite (ord. n. 10174 del 2011) l'art. 382 del codice di rito civile, a seguito della introduzione nell'ordinamento delle norme che attuano il principio della *translatio iudicii* (delineato da S.U. n.

4109 de 2007 e applicato da Corte Cost. n. 77 del 2007), e segnatamente della [L. n. 69 del 2009, art. 59](#) ed del [D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 11](#), deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto qualora non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, in tutti gli altri casi essendo statuito che il processo, ad impulso di parte e con atto di riproposizione dell'interessato (art. 59, comma 2 ed art. 11, comma 4 appena citati), possa continuare.

E nel predetto senso si sono del resto orientate queste Sezioni Unite (n. 25395 del 2010) con la cassazione di una pronunzia de Consiglio di Stato per indebito "rifiuto" dell'esercizio della propria giurisdizione in una vicenda di mancata concessione della tutela risarcitoria conclusa nel quadro normativo preesistente al [D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 30](#).

Nulla dunque osta a che [l'art. 382 c.p.c.](#), debba essere interpretato nel senso che non è luogo ad adottare cassazione senza rinvio le volte in cui sia indubbia la potestas judicandi del giudice che ha emesso la sentenza cassata e che la ragione della cassazione sia solo l'errata estensione dell'esercizio della giurisdizione stessa con riguardo alle prerogative costituzionali della parte pubblica del processo.

E pertanto, è del tutto consentito ed è assolutamente ragionevole, in vista del primario obiettivo di assicurare un giusto processo, e tramite esso, una giusta decisione, che, cassata la decisione in tal guisa viziata e su impulso della parte interessata si possa procedere alla riattivazione del giudizio, e che quel processo d'appello possa riprendere e pervenire a nuova decisione sulla domanda di annullamento dell'atto.

In tal senso conclusivamente si provvede, anche disponendosi, alla luce della peculiarità della questione trattata, la compensazione per intero tra le parti delle spese del giudizio svoltosi innanzi a questa Corte.

### **P.Q.M.**

LA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE accoglie il ricorso nei termini esposti in motivazione, cassa l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato innanzi al quale rimette le parti, compensa per intero tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 17 gennaio 2012 e il 8 febbraio 2012.

Depositato in Cancelleria il 17 febbraio 2012

---

[cost. art. 111](#)

*c.p.c. art. 362*

*c.p.c. art. 382*

*D.Lgs. 12/04/2006 n. 163, art. 38*

*L. 18/06/2009 n. 69, art. 59*

*D.Lgs. 02/07/2010 n. 104, art. 11*

*D.Lgs. 02/07/2010 n. 104, art. 67*

---

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.

CASSAZIONE CIVILE - COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE - GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA -  
ORDINAMENTO GIUDIZIARIO  
Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 09-11-2011, n. 23302

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VITTORIA Paolo - Primo presidente f.f.

Dott. PROTO Vincenzo - Presidente di sez.

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente di sez.

Dott. MERONE Antonio - Consigliere

Dott. RORDORF Renato - rel. Consigliere

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere

Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere

Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere

Dott. TIRELLI Francesco - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, in persona del Vice Presidente elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 269, presso lo studio dell'avvocato VACCARELLA ROMANO, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

P.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BOCCA DI LEONE 78, presso lo studio dell'avvocato LUCIANI MASSIMO, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del controricorso;

S.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo studio LEGALE SANINO, rappresentato e difeso dall'avvocato SANINO MARIO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

e contro

C.C.R., MINISTERO DELLA GIUSTIZIA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 8252/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/11/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/10/2011 dal Consigliere Dott. RENATO RORDORF;

uditi gli avvocati Romano VACCARELLA, Massimo LUCIANI, Mario SANINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

---

## **CASSAZIONE CIVILE**

**Ricorso (procedimento)**

in genere

## **COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE**

**Giurisdizione**

del giudice ordinario e del giudice amministrativo

## **GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

**Giustizia amministrativa, in genere**

**Ricorso per l'esecuzione del giudicato**

## **ORDINAMENTO GIUDIZIARIO**

**Ordinamento giudiziario, in genere**

<b>Fatto</b>	<b>Diritto</b>	<b>P.Q.M.</b>
--------------	----------------	---------------

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

## LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

## SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VITTORIA Paolo - Primo presidente f.f.

Dott. PROTO Vincenzo - Presidente di sez.

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente di sez.

Dott. MERONE Antonio - Consigliere

Dott. RORDORF Renato - rel. Consigliere

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere

Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere

Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere

Dott. TIRELLI Francesco - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, in persona del Vice Presidente elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 269, presso lo studio dell'avvocato VACCARELLA ROMANO, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

P.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BOCCA DI LEONE 78, presso lo studio dell'avvocato LUCIANI MASSIMO, che lo rappresenta e difende, per delega a margine del controricorso;

S.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo studio LEGALE SANINO, rappresentato e difeso dall'avvocato SANINO MARIO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

e contro

C.C.R., MINISTERO DELLA GIUSTIZIA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 8252/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/11/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/10/2011 dal Consigliere Dott. RENATO RORDORF;

uditi gli avvocati Romano VACCARELLA, Massimo LUCIANI, Mario SANINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

### **Svolgimento del processo**

Con Delib. 18 ottobre 2007 il Consiglio superiore della Magistratura conferì al dott. P.G. l'incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di Cassazione. I dottori S.A., R.C. C. e V. E., i quali avevano concorso per il conferimento del medesimo incarico, ricorsero al Tribunale amministrativo regionale del Lazio ed, a seguito di decisione ad essi sfavorevole, proposero appello al Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, con sentenza del 1 luglio 2008, n. 3513, accolse gli appelli ed annullò la citata deliberazione del Consiglio superiore della Magistratura, poichè la ritenne viziata da un eccesso di potere, evidenziato dall'illogicità del giudizio di comparazione tra i candidati. Stabilì perciò che il medesimo Consiglio superiore provvedesse a rinnovare il procedimento valutativo, con esito libero, condizionato solo dalle prescrizioni conformative contenute nel giudicato.

Il Consiglio superiore della Magistratura, dopo un'ulteriore comparazione tra gli aspiranti, il 5 febbraio 2009 adottò una nuova deliberazione conferendo ancora al dott. P. l'incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di Cassazione.

I dottori S. e C. (non anche il dott. E., nel frattempo nominato Procuratore Generale presso la stessa Corte di Cassazione) proposero ricorsi per ottemperanza al Consiglio di Stato, che li accolse, con sentenza del 31 dicembre 2009, n. 9296, reputando che la nuova deliberazione fosse elusiva del giudicato derivante dall'annullamento della precedente.

Il Consiglio superiore della Magistratura procedette allora ad assumere una terza deliberazione, in data 11 febbraio 2010, nella quale reiterò il giudizio di prevalenza del dott. P. rispetto agli altri aspiranti. Il dott. C. propose ancora un ricorso per ottemperanza e il dott. S. intervenne nel giudizio, che si concluse con la sentenza del Consiglio di Stato del 6 luglio 2010, n. 4326, la quale, essendo stata adottata la delibera impugnata in assenza di un valido concerto

da parte del Ministro della giustizia, dispose la nomina di un commissario ad acta per il caso di ulteriore inadempimento.

Il 15 settembre 2010 il Consiglio superiore della Magistratura, acquisito il nuovo concerto ministeriale, adottò una deliberazione sostitutiva della precedente, riformulando il giudizio comparativo con esito ancora favorevole al dott. P..

Il dott. S. propose un ulteriore ricorso per ottemperanza, chiedendo la declaratoria di nullità della deliberazione da ultimo menzionata, a norma della [L. n. 241 del 1990, art. 21 septies, comma 2](#). Il ricorso fu accolto, con la sentenza del 27 novembre 2010, n. 8252, del Consiglio di Stato, che, avendo nuovamente ravvisato gli estremi dell'elusione del giudicato, ordinò al Consiglio superiore della Magistratura di prestare esatta ottemperanza a quanto statuito dalla precedente sentenza n. 3513 del 2008, nominò un commissario ad acta ed, in caso di mancato rispetto dei termini a quest'ultimo assegnati, si riservò di provvedere direttamente all'adozione dei necessari provvedimenti.

La predetta sentenza del Consiglio di Stato è stata impugnata dinanzi alle sezioni unite della Corte di cassazione dal Consiglio superiore della Magistratura, per tre motivi nei quali si denuncia il superamento da parte del giudice amministrativo dei limiti esterni della propria giurisdizione. A seguito di ciò, con ordinanza depositata l'11 maggio 2011, il Consiglio di Stato ha sospeso l'esecuzione della sentenza impugnata.

Il dott. P. ha depositato un controricorso di contenuto adesivo. Una posizione antagonista è stata invece assunta dall'altro controricorrente, dott. S., mentre nessuna difesa hanno svolto in questa sede il dott. C. ed il Ministro della Giustizia.

Tanto il ricorrente quanto i controricorrenti hanno depositato memorie.

### **Motivi della decisione**

1. Come si è già accennato, il ricorso consta di tre motivi.

1.1. Nel primo si deduce la violazione dei limiti esterni della giurisdizione con riferimento [all'art. 24 Cost.](#), [all'art. 103 Cost.](#) e [all'art. 111 Cost.](#), comma 1. A parere del Consiglio superiore, il giudice amministrativo, utilizzando indebitamente ex post lo strumento dell'interpretazione del giudicato come parametro della legittimità ovvero dell'elusività del provvedimento consiliare, si è arrogato la facoltà di scegliere il tipo di potere giurisdizionale da esercitare in concreto, ed ha optato per quello a cognizione sommaria, proprio della giurisdizione di ottemperanza, senza che ne ricorressero davvero i presupposti, come il confronto tra le motivazioni poste a base del primo provvedimento annullato e di quelli adottati successivamente dall'organo di autogoverno della magistratura varrebbe a dimostrare. Donde la violazione dei limiti tassativi entro i quali al Consiglio di Stato è consentito esercitare una giurisdizione di

merito, in luogo dell'ordinario sindacato di legittimità articolato in due gradi di giudizio, oltre che del principio dettato *dall'art. 111 Cost.*, comma 1, a tenore del quale la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

1.2. L'addebito mosso alla sentenza impugnata nel secondo motivo di ricorso è di avere invaso il merito delle prerogative riservate al Consiglio superiore della Magistratura dalla Costituzione e dalla legge. Il ricorrente sostiene che il Consiglio di Stato avrebbe attribuito alla propria precedente sentenza n. 3513 del 2008 - la quale non aveva affatto affermato che il dott. P. non avrebbe potuto vincere il concorso, ma si era limitata a riscontrare vizi motivazionali che rendevano necessaria una nuova valutazione comparativa - una portata diversa e ben più ampia di quella effettiva, quasi che l'esito del concorso fosse ormai predeterminato.

L'ingiustificata dilatazione del concetto di elusione del giudicato avrebbe perciò condotto il giudice amministrativo a sostituire indebitamente il proprio giudizio a quello dell'organo di autogoverno dei magistrati.

1.3. L'ultimo motivo di ricorso, nel denunciare un eccesso di potere giurisdizionale ad opera del Consiglio di Stato, lamenta in particolare la violazione *dell'art. 105 Cost.*, dipendente dal fatto che, quando l'impugnata sentenza di ottemperanza è stata pronunciata, tutti i magistrati che avevano partecipato al contestato concorso per il conferimento dell'incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di cassazione avevano ormai cessato di appartenere all'ordine giudiziario per sopraggiunti limiti d'età.

Non avrebbe perciò potuto essere ordinata una nuova comparazione, "ora per allora", tra candidati nessuno dei quali era ormai più in condizioni di ricoprire l'incarico conteso, ed il provvedimento che si vorrebbe fosse emanato dal Consiglio superiore della Magistratura non potrebbe produrre gli effetti suoi propri, nè quindi rispondere all'interesse pubblico al quale la sua emanazione dovrebbe esser preordinata, mirando invece solo a soddisfare l'interesse privato di un candidato, in relazione alle conseguenze di natura economica dell'incarico non conseguito; interesse che, però, deve essere fatto valere in sede risarcitoria e la cui tutela è del tutto estranea al giudizio di ottemperanza.

2. Prima di entrare nel merito delle censure mosse all'impugnata sentenza, occorre farsi carico di un'eccezione preliminare d'inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa del dott. S..

E' stato già sopra ricordato che la Delib. Consiglio superiore della Magistratura 15 settembre 2010, la quale ha formato oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 8252 del 2010, qui impugnata, era stata preceduta da altra deliberazione del medesimo organo di autogoverno della magistratura, in data 11 febbraio 2010, annullata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4326 del 2010. Il controricorrente dott. S. ora osserva che la sentenza da ultimo menzionata, oltre a rilevare il difetto del prescritto concerto ministeriale, aveva espressamente affermato che la citata deliberazione consiliare del febbraio 2010

conteneva le stesse erronee valutazioni di quelle già in precedenza annullate. Ma detta sentenza n. 4326 non è stata impugnata ed è passata in giudicato:

il che, per un verso, renderebbe inammissibili le considerazioni critiche che l'attuale ricorso ad essa riserva e, per altro verso, implicherebbe che anche le censure rivolte alla successiva sentenza n. 8252 del 2010 sarebbero precluse dal giudicato, attesa la sostanziale identità delle deliberazioni consiliari esaminate dalle due indicate pronunce.

2.1. L'eccezione, nella misura in cui tende a far dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione nella sua interezza, non appare fondata.

Non v'è dubbio che detto ricorso abbia ad oggetto unicamente l'ultima, in ordine di tempo, delle sentenze del Consiglio di Stato dianzi ricordate - la sentenza n. 8252 del 2010 - e che tale decisione è riferita alla Delib. consiliare 15 settembre 2010 (sostitutiva della precedente deliberazione del febbraio dello stesso anno), avendo ravvisato in essa un'ulteriore elusione del giudicato formatosi a seguito della decisione n. 3515 del 2008, con cui era stato annullato l'originario conferimento al dott. P. dell'incarico di cui si discute.

Se, però, può certamente condividersi il rilievo per cui non possono trovare spazio in questa sede censure rivolte ad una sentenza diversa da quella specificamente qui impugnata, altrettanto non è a dirsi per le censure che colpiscono direttamente quest'ultima sentenza. La circostanza che alcuni dei vizi oggi imputati alla sentenza impugnata avrebbero potuto, eventualmente, essere riscontrati anche nella precedente non comporta preclusione alcuna, stante comunque la diversità dell'oggetto dei due giudizi che con quelle sentenze si sono conclusi: che non vien meno per la mera sovrapposibilità (peraltro neppure integrale, come si desume dal tenore della sentenza impugnata) delle due distinte e successive deliberazioni consiliari e dei comportamenti dell'amministrazione che in esse si sono estrinsecati, in quanto l'efficacia oggettiva del giudicato non può mai investire singole questioni di fatto o di diritto se queste non attengano, in guisa di presupposti o premesse logiche, al medesimo rapporto.

3. Sempre al fine di verificare l'ammissibilità del proposto ricorso, non è superfluo ricordare che, per giurisprudenza costante, il controllo della Corte di Cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo della giustizia amministrativa, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima (si veda in tal senso, tra le altre, Sez. un. 15 marzo 1999, n. 137). Si è perciò affermato

che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi *dell'art. 111 Cost.*, comma 8, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr., ex aliis, Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19664).

La speciale giurisdizione di ottemperanza affidata al giudice amministrativo presenta però, com'è noto, caratteri affatto peculiari, in virtù dei quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della pubblica amministrazione è pienamente ammissibile.

Ed, infatti, al medesimo giudice amministrativo è in tal caso espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito (artt. 7 cod. proc. amm., comma 6, e art. 134 cod. proc. amm.), con possibilità sia di procedere alla "determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo" ed alla "emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione" (art. 114 cod. proc. Amm., comma 4, lett. a), sia di "sostituirsi all'amministrazione" (art. 7 cod. proc. amm., comma 6) nominando, ove occorra, un commissario ad acta (art. 114 cod. proc. amm., comma 4, lett. d). Un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica amministrazione, non potrebbe perciò essere certamente ravvisato nel fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già essa stessa attuare. Proprio in questo sta infatti la funzione di giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e per soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo (cfr. Sez. un. 19 agosto 2009, n. 18375; e 24 novembre 2009, n. 24673). Nè a ciò è di ostacolo la circostanza che l'amministrazione cui viene imputata la violazione o delusione del giudicato sia, come nel caso del Consiglio superiore della Magistratura, un organo di rilevanza costituzionale (si veda Corte cost. 15 settembre 1995, n. 435).

Ma, se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile ad opera della Cassazione, nei termini già dianzi ricordati, appare del tutto ragionevole dedurre che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo invece un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al Consiglio di Stato di

avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete: di avere, cioè, esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi (cfr. Sez. un. 31 ottobre 2008, n. 26302; 19 luglio 2006, n. 16469; e 9 giugno 2006, n. 13431), o che comunque non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito. Si ripropone, in siffatti casi, l'identica tematica dell'invasione non consentita, ad opera del giudice, della sfera di attribuzioni riservata alla pubblica amministrazione; nè, inoltre, il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza può sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice in modo che soltanto questi possa provvedere al riguardo (si vedano Sez. un. 20 novembre 2003, n. 17633; e 19 luglio 2006, n. 16469).

Anche in termini più generali, del resto, queste sezioni unite hanno già avuto occasione in passato di affermare come debba ormai essere considerata norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; con la conseguenza che rientra nello schema logico del sindacato per violazione di legge per motivi inerenti alla giurisdizione, spettante alla Corte di Cassazione, l'operazione consistente nell'interpretare la norma attributiva di tutela e nel verificare se il giudice amministrativo, ai sensi [dell'art. 111 Cost.](#), comma 8 la abbia correttamente applicata (Sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30254).

Naturalmente questo non significa che il sindacato della Suprema corte possa estendersi a qualsiasi eventuale error in iudicando o in procedendo imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza. Per scriminare le fattispecie in cui il sindacato sui limiti di tale giurisdizione è consentito da quelli in cui esso risulta invece inammissibile, dovendosi aver riguardo al cosiddetto petitum sostanziale ed all'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio (cfr., ex multis, Sez. un., 25 giugno 2010, n. 15323), risulta decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che, in una situazione del genere di quella considerata, un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava.

Si potrà allora convenire che, quando l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi dal giudicato derivanti. Si tratta, invece, dei limiti esterni di detta

giurisdizione quando è posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza. E ciò appunto si verifica - come già detto - ogni qual volta sia denunciato l'esercizio indebito ad opera del Consiglio di Stato della speciale giurisdizione d'ottemperanza, con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo, in fattispecie suscettibili invece soltanto di essere trattate dal giudice amministrativo nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità (o eventualmente nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), così come in qualsiasi altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, estrinsecandosi nell'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicito al di fuori dei casi nei quali un siffatto ordine poteva essere impartito.

3.1. Nel caso di specie il terzo motivo del ricorso - che, come si vedrà, risulta assorbente rispetto agli altri due e che quindi, per ragioni di economia processuale, conviene esaminare per primo - investe appunto l'esistenza stessa dei presupposti in presenza dei quali sussiste il potere del giudice amministrativo di emettere un provvedimento di ottemperanza.

Il sindacato della Suprema corte su tale questione è, dunque, certamente ammissibile.

4. La circostanza che il giudizio di ottemperanza sia stato instaurato quando il ricorrente dott. S. era già stato collocato a riposo per limiti di età e che la sentenza sia stata poi pronunciata quando erano usciti definitivamente dall'ordine giudiziario tutti i magistrati che avevano partecipato al concorso conclusosi con la vittoria del dott. P., sicchè l'incarico a quest'ultimo assegnato non poteva ormai che essere oggetto di un concorso del tutto nuovo, destinato a svolgersi tra aspiranti completamente diversi, appare tale da incidere profondamente sulla portata e sul contenuto effettivo del menzionato giudizio di ottemperanza.

Nell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato si sostiene - richiamando alcuni precedenti del medesimo giudice amministrativo - che il collocamento a riposo dei ricorrente per ottemperanza non fa venir meno il suo interesse "alla rideterminazione della propria posizione originaria ai fini giuridici (ora per allora), laddove egli risulti vincitore all'esito del rinnovo della procedura, con ogni conseguenza in ordine anche al trattamento di quiescenza". Ma la questione è un'altra: non riguarda l'interesse ad agire, bensì l'oggetto e lo scopo del giudizio di ottemperanza, e perciò i limiti entro i quali è esercitabile la relativa potestà giurisdizionale del giudice amministrativo.

Si tratta di stabilire se le surriferite circostanze abbiano fatto venir meno la possibilità stessa per il Consiglio superiore della Magistratura di dar corso ad una nuova valutazione comparativa tra i suddetti candidati, difettando perciò, in tale ipotesi, i presupposti stessi per un giudizio di ottemperanza. La giurisdizione di ottemperanza, infatti, è il mezzo attraverso il quale deve essere assicurato, grazie all'intervento del giudice, il pieno compimento di quell'attività che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto svolgere conformandosi al precedente giudicato, ed è intuitivo che essa non possa spingersi sino ad esiti

che neppure all'agire spontaneo della medesima pubblica amministrazione sarebbero più ormai consentiti.

4.1. Occorre a tal riguardo considerare che, come già è stato sottolineato da attenti studiosi della materia, il giudicato amministrativo non può essere considerato separatamente dalla fattispecie su cui incide.

Una cosa è il giudicato che tocca vicende chiuse, delle quali cioè l'intervento del giudice è destinato a segnare la conclusione, altra cosa è la sentenza che, viceversa, riapre una situazione che il provvedimento annullato aveva inteso definire, dischiudendo nuove prospettive per il futuro. A questa diversa tipologia di situazioni corrisponde una diversità di effetti del giudicato amministrativo.

Se si tratta di situazioni orientate al passato, che il provvedimento annullato aveva definito, il giudicato pone termine alla vicenda; ma se, viceversa, si tratta di situazioni orientate al futuro, il giudicato accerta fatti e rapporti con riferimento alla data di adozione del provvedimento, e ciò pone il problema di stabilire se, o fino a qual punto, l'amministrazione debba tener conto di eventuali nuovi elementi di fatto e di diritto che la sentenza non aveva avuto nè titolo nè modo per considerare.

Va rimarcato che sovente tali nuovi elementi non incidono sul giudicato in quanto tale, ossia sulla situazione che la sentenza ha accertato ormai intangibilmente, bensì sugli effetti ulteriori riferibili al giudicato medesimo e ad esso successivi (effetti che il vincitore vorrebbe trarre dal giudicato, ma che non ne derivano ex lege). Se la fattispecie si è esaurita, l'assetto dato è insensibile a qualunque modifica successiva al giudicato, ma se, invece, essa presuppone ulteriori sviluppi, è ben possibile che un fattore esterno, del tutto indipendente dal giudicato, la modifichi.

Quando, allora, si predica l'irrilevanza delle sopravvenienze di diritto o di fatto posteriori al giudicato (a differenza di quelle intervenute nelle more della definizione del giudizio), che non possono ormai più incidere sull'assetto degli interessi cui il giudicato medesimo ha posto capo, e si sottolinea come il decorso del tempo non possa andare a scapito della parte incolpevole, occorre aggiungere che, ogni qual volta, tuttavia, siano intervenute in seguito circostanze per le quali non risulti ormai più possibile fare quel che alla data del ricorso per ottemperanza si sarebbe eventualmente potuto fare, o viceversa, tali circostanze saranno comunque immancabilmente destinate a riflettersi anche sugli effetti e sulla concreta attuabilità del precedente giudicato. Anche e proprio per questa ragione, del resto, il legislatore ha ampliato l'area del possibile risarcimento del danno (che può, all'occorrenza, assumere i connotati del danno da perdita di chance), espressamente ricollegandolo all'ipotesi della violazione o dell'elusione del giudicato.

Ne consegue che il giudicato amministrativo formatosi su un provvedimento col quale l'amministrazione abbia proceduto al conferimento di un incarico pubblico ha l'effetto d'imporre alla medesima amministrazione di provvedere al rinnovo della relativa procedura, volta al conferimento di quell'incarico, ma solo se e

fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile. Venuta meno tale condizione, cessa per ciò stesso non solo l'obbligo, ma la possibilità stessa per l'amministrazione di provvedere in tal senso, fermo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto indebitamente frustrate le proprie legittime aspirazioni.

La possibilità di dar corso ad un procedimento concorsuale "ora per allora", al solo ipotetico fine del riconoscimento di un determinato trattamento di quiescenza del candidato che risulti vincitore, sposta radicalmente l'asse tanto dell'azione amministrativa quanto della tutela giurisdizionale ad essa relativa, perchè un procedimento siffatto non potrebbe evidentemente in alcun modo condurre all'effettivo conferimento dell'incarico di cui in precedenza si era discusso e che aveva costituito la ragione prima dell'atto amministrativo annullato. Nè le conseguenze del giudicato di annullamento, in termini di ottemperanza, quando non si tratti soltanto di ricostruire la carriera di un pubblico dipendente facendo retroagire a determinati fini gli effetti di un atto che lo riguardi, bensì di ipotizzare il compimento ad opera dell'amministrazione di attività che non hanno più rispondenza nello scopo di pubblico interesse che è loro proprio, possono spingersi sino a tal segno:

sino, cioè, ad implicare la necessità di svolgere un concorso virtuale, ormai sganciato dalla finalità del conferimento dell'incarico pubblico ed ipoteticamente destinato solo ad assicurare al vincitore un miglior trattamento di quiescenza. Ciò trasformerebbe l'oggetto medesimo del giudizio di ottemperanza, indirizzato così ad un accertamento destinato a riflettersi su un diverso rapporto (in ipotesi, quello previdenziale), e ne determinerebbe il sostanziale snaturamento, dovendo esso invece essere prioritariamente preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la pubblica amministrazione sia vincolata dal precedente giudicato - o tutt'al più al risarcimento del danno, previsto dell'art. 112 cod. proc. Amm. Commi 4 e 5 (domanda che non è stata però proposta nel presente caso) - e non ridursi allo scopo di porre le premesse perchè il ricorrente possa eventualmente conseguire le utilità economiche connesse ad un superiore (ma affatto virtuale, perchè ormai non più effettivamente conseguibile) inquadramento in organico.

4.2. Nella fattispecie in esame, come s'è visto, non solo quando è stata pronunciata l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, la contestata procedura concorsuale conclusasi in favore del dott. P. appariva non più utilmente ripetibile, dovendo ormai necessariamente essere indetto un nuovo e diverso concorso (come in effetti è accaduto) a causa del sopravvenuto pensionamento dello stesso dott. P. e di tutti gli altri originari concorrenti a quell'incarico, ma già al momento della proposizione del ricorso da parte del dott. S. quest'ultimo aveva cessato di far parte dell'ordine giudiziario per superamento dei limiti di età. Non vi era quindi più spazio per un provvedimento giurisdizionale di ottemperanza, volto ad imporre il compimento di un'attività amministrativa della quale non sussistevano più gli indispensabili presupposti, potendo invece la tutela del dott. S. esplicarsi nel naturale solco di una pretesa risarcitoria. Nè la circostanza che il Consiglio superiore della

Magistratura, intendendo adeguarsi ad un precedente del Consiglio di Stato, abbia tuttavia ritenuto di potere emettere un provvedimento "ora per allora" costituisce, da solo, argomento sufficiente a far dubitare di quanto appena osservato.

Come si è sopra notato, la formula "ora per allora" esprime una mera *factio iuris*, implicando che, in realtà, l'oggetto della pronuncia non era, nè avrebbe più potuto essere, l'espletamento di un nuovo concorso volto all'effettivo conferimento dell'incarico di Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, bensì il mero accertamento di una situazione soggettiva eventualmente azionabile in altra sede dall'interessato. Donde l'esorbitanza del provvedimento di ottemperanza dai limiti del relativo potere giurisdizionale - esercitato in una situazione che non lo avrebbe consentito e per finalità ad esso estranee - in quanto volto al conseguimento di un risultato meramente cognitorio, riferibile ad un eventuale rapporto giuridico da far valere in un diverso contesto giurisdizionale e dinanzi ad un giudice diverso.

5. Deve dunque essere enunciato il seguente principio di diritto.

La sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza ad un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile, ordina alla competente amministrazione di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento ("ora per allora"), al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetto, pertanto, al sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione.

6. Alla stregua del principio ora enunciato, il terzo motivo di ricorso risulta meritevole di accoglimento, con conseguente cassazione dell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, restando in ciò assorbite le questioni sollevate negli altri due motivi di ricorso.

7. La particolarità della vicenda e l'assenza di precedenti giurisprudenziali in termini suggeriscono di compensare tra le parti le spese dell'intero giudizio.

### **P.Q.M.**

La corte accoglie il terzo motivo di ricorso, con assorbimento degli altri, cassa l'impugnata sentenza e compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.

---

*cost. art. 105*

*cost. art. 111*

*c.p.c. art. 360*

*D.Lgs. 02/07/2010 n. 104, art. 114*

*D.Lgs. 02/07/2010 n. 104, art. 133*

*D.Lgs. 02/07/2010 n. 104, art. 134*

---

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.

ATTI AMMINISTRATIVI - CASSAZIONE CIVILE - COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE -  
EDILIZIA E URBANISTICA - ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA' - GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA  
Cass. civ. Sez. Unite, 23-12-2008, n. 30254

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente

Dott. VITTORIA Paolo - rel. Presidente

Dott. PAPA Enrico - Presidente di sezione

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Consigliere

Dott. VIDIRI Guido - Consigliere

Dott. D'ALONZO Michele - Consigliere

Dott. SETTIMI Giovanni - Consigliere

Dott. FIORETTI Francesco Maria - Consigliere

Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

G.M., elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11,  
presso lo studio dell'avvocato PELLEGRINO Giovanni, che lo rappresenta e  
difende unitamente all'avvocato DI MATTEO ELIA, giusta delega a margine del  
ricorso;

- ricorrente -

contro

PROVINCIA DI MANTOVA;

- intimata -

sul ricorso 12500/2008 proposto da:

PROVINCIA DI MANTOVA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MAZZINI 27, presso lo studio dell'avvocato SPERATI RAFFAELE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato COLOMBO PAOLO, giusta delega a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

G.M., elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio dell'avvocato PELLEGRINO GIOVANNI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DI MATTEO ELIA, giusta delega a margine del controricorso al ricorso incidentale;

- controricorso al ricorso incidentale -

avverso la decisione n. 12/2007 della CONSIGLIO DI STATO, depositata il 22/10/2007;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 21/10/2008 dal Presidente Dott. PAOLO VITTORIA;

uditi gli avvocati Gianluigi PELLEGRINO, per delega dell'avvocato Giovanni PELLEGRINO, Elia DI MATTEO, Paolo COLOMBO, Raffaele SPERATI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. NARDI Vincenzo, che ha concluso previa riunione, in via preliminare, dei due ricorsi e previa declaratoria di ammissibilità del ricorso principale, per il dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario; nel merito, rigetto del primo motivo del ricorso principale; inammissibile il secondo o in subordine accoglimento.

---

## **ATTI AMMINISTRATIVI**

**Annullamento dell'atto in sede giurisdizionale**

## **CASSAZIONE CIVILE**

**Cassazione della sentenza**

**Provvedimenti impugnabili per Cassazione**

**Ricorso**

(motivi), in genere

## **COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE**

**Giurisdizione**

del giudice ordinario e del giudice amministrativo

**EDILIZIA E URBANISTICA**

Edilizia e urbanistica, in genere

**ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA'**

Competenza e giurisdizione del giudice amministrativo

Decreto di espropriazione

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA**

Competenza

e giurisdizione, in genere

Interesse protetto

<b>Fatto</b>	<b>Diritto</b>	<b>P.Q.M.</b>
--------------	----------------	---------------

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente

Dott. VITTORIA Paolo - rel. Presidente

Dott. PAPA Enrico - Presidente di sezione

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Consigliere

Dott. VIDIRI Guido - Consigliere

Dott. D'ALONZO Michele - Consigliere

Dott. SETTIMI Giovanni - Consigliere

Dott. FIORETTI Francesco Maria - Consigliere

Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

G.M., elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio dell'avvocato PELLEGRINO Giovanni, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DI MATTEO ELIA, giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

PROVINCIA DI MANTOVA;

- intimata -

sul ricorso 12500/2008 proposto da:

PROVINCIA DI MANTOVA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MAZZINI 27, presso lo studio dell'avvocato SPERATI RAFFAELE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato COLOMBO PAOLO, giusta delega a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

G.M., elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio dell'avvocato PELLEGRINO GIOVANNI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DI MATTEO ELIA, giusta delega a margine del controricorso al ricorso incidentale;

- controricorso al ricorso incidentale -

avverso la decisione n. 12/2007 della CONSIGLIO DI STATO, depositata il 22/10/2007;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 21/10/2008 dal Presidente Dott. PAOLO VITTORIA;

uditi gli avvocati Gianluigi PELLEGRINO, per delega dell'avvocato Giovanni PELLEGRINO, Elia DI MATTEO, Paolo COLOMBO, Raffaele SPERATI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. NARDI Vincenzo, che ha concluso previa riunione, in via preliminare, dei due ricorsi e previa declaratoria di ammissibilità del ricorso principale, per il dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario; nel merito, rigetto del primo motivo del ricorso principale; inammissibile il secondo o in subordine accoglimento.

### **Svolgimento del processo**

1. - I fatti che hanno dato luogo al giudizio, iniziato davanti al TAR per la Lombardia sezione staccata di Brescia, si possono così riassumere.

2.1. - La Provincia di Mantova, con Delib. giunta 30 aprile 1999, n. 119, approva il progetto esecutivo della circonvallazione di (OMISSIS), ne dichiara la pubblica utilità e fissa il termine di cinque anni, decorrenti dalla data della delibera, per concludere i lavori ed il procedimento di espropriazione.

Seguono, il 18.12.2000, i decreti di occupazione di urgenza; il 26.10.2001, l'immissione in possesso delle aree; il 6.3.2001 ed il 6.12.2002 la determinazione delle dovute indennità provvisoria e definitiva.

2.2. - G.M., con il ricorso 1284/2000, unitamente ad altre parti, impugna i decreti di occupazione.

Il TAR dispone una consulenza tecnica per accertare gli eventuali danni arrecati alle aziende delle parti e la possibilità di seguire un percorso alternativo a quello contestato comparando i rispettivi costi e benefici.

2.3. - Il 17.1.2005 è emesso il decreto di espropriazione, che G.M. impugna con ricorso 476/2005. 2.4. - Il TAR, nei procedimenti riuniti, pronuncia la sentenza non definitiva 19.12.2005 n. 1342.

Quanto al ricorso 1284/2000 proposto per l'annullamento dei decreti di occupazione, ne dichiara, in parte, l'improcedibilità, e ciò riguardo alla domanda di annullamento, perchè si è intanto verificata l'irreversibile trasformazione dei suoli, ed in parte ordina la prosecuzione del giudizio, questo per la decisione sulla domanda di risarcimento del danno.

Accoglie il ricorso 476/2005 ed annulla il decreto di espropriazione, perchè pronunciato dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità. 3.1. - La Provincia di Mantova impugna la sentenza.

Sostiene, quanto al decreto di espropriazione, che è stato adottato quando la dichiarazione di pubblica utilità era da ritenere fosse ancora efficace; per il caso contrario, chiede sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della domanda di annullamento del decreto; chiede di dichiarare inammissibile la domanda di risarcimento del danno.

La sentenza del TAR è anche impugnata con appello incidentale da G.M..

3.2. - La decisione non definitiva 19.6.2007 n. 1614 della sesta sezione del Consiglio di Stato rigetta il motivo sulla permanente efficacia della dichiarazione di pubblica utilità; rimette all'Adunanza plenaria l'esame degli altri motivi d'appello, tra l'altro per la decisione della questione attinente alla giurisdizione, che si pone quando il decreto d'espropriazione è pronunciato una volta scaduta l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità. 3.3. - L'Adunanza plenaria, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo, rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale.

4. - La decisione 22.10.2007 n. 12 della Adunanza plenaria è impugnata da G.M..

Al ricorso resiste la Provincia di Mantova che propone anche ricorso incidentale.

5. - Ambedue le parti presentano memorie.

### **Motivi della decisione**

1. - Il ricorso principale e quello incidentale hanno dato luogo a distinti procedimenti che debbono essere riuniti perchè relativi ad impugnazione della stessa sentenza (*art. 335 cod. proc. civ.*).

2.1. - L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella propria decisione, ha prima dichiarato che parti del giudizio sono solo G.M. - che ha chiesto l'annullamento del decreto di espropriazione e proposto domanda di risarcimento del danno - e la Provincia di Mantova - che ha adottato il decreto di espropriazione ed è il solo ente nei cui confronti la domanda di condanna al risarcimento sia stata proposta.

Ha quindi anzitutto messo in rilievo che la pronuncia di accessione invertita, per sè non impugnata da G.M., avrebbe impedito la restituzione delle aeree coinvolte nella costruzione dell'opera. E questo perchè la strada era pressochè terminata ed aperta al traffico già prima della data di cessazione di efficacia della pubblica utilità.

Poi, ha sottolineato che il TAR non aveva reso alcuna pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno, "proposta e persino quantificata nel corso del relativo grado di giudizio".

Erano perciò intempestive ed inammissibili le relative deduzioni e richieste formulate dalle due parti in sede di appello.

2.2. - La questione di giurisdizione - sulla base di una pluralità di argomenti - è stata risolta nel senso che, se è intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità e ad essa nel suo termine di efficacia seguono l'autorizzazione all'occupazione di urgenza, l'occupazione e la trasformazione dei suoli nell'opera pubblica, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande di annullamento e risarcimento del danno: e ciò anche se le domande vengono fondate sul fatto che il decreto di espropriazione è stato emesso dopo che gli effetti della dichiarazione di pubblica utilità sono cessati, per la scadenza dei suoi termini finali.

2.3. - Tra i punti che l'Adunanza plenaria ha discusso è stato quello della c.d. pregiudizialità amministrativa.

La plenaria ha bensì avvertito che si trattava di problema non pertinente - in rapporto alla decisione sul ricorso al suo esame - se non per la sua connessione

con la questione di giurisdizione.

Tuttavia, posti in rilievo i singoli argomenti di carattere storico giuridico e logico che convincevano della necessità di riaffermazione del principio della pregiudizialità, anche in considerazione di questo ha enunciato in tema di giurisdizione la conclusione che si è prima riferita.

3.1. - Il ricorso principale contiene tre motivi; quello incidentale uno: tutti sono corredati del quesito di diritto richiesto a pena di inammissibilità *dall'art. 366 cod. proc. civ.*, n. 4) e art. 366 bis cod. proc. civ..

3.2. - Secondo l'ordine delle questioni deve essere esaminato per primo il ricorso incidentale.

La Provincia di Mantova vuole sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

Alle Sezioni unite si chiede di enunciare il principio di diritto per cui "le controversie in materia di occupazione appropriativa relative al caso in cui il decreto di esproprio sia emanato quando la dichiarazione di pubblica utilità ha cessato di dispiegare i propri effetti e quando peraltro il fondo oggetto del decreto medesimo ha visto modificata irreversibilmente l'originaria destinazione a favore della destinazione ad opera pubblica, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario".

L'accoglimento del ricorso incidentale comporterebbe come conseguenza l'assorbimento del ricorso principale.

3.3. - Nel ricorso principale, in cui si sostiene che bene è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo, si osserva che però una pronuncia sul fondo della domanda di risarcimento tuttora pendente davanti al TAR può incontrare ostacolo nelle considerazioni svolte della decisione del Consiglio di Stato sul punto della pregiudizialità amministrativa.

Lo si paventa per la ragione che - secondo la decisione impugnata - il giudice amministrativo non può impartire tutela risarcitoria per gli interessi legittimi se non in presenza di una pronuncia di annullamento dell'atto lesivo.

Ma, obietta la Provincia, che la decisione di annullamento del decreto di espropriazione è già passata in giudicato, sicchè le considerazioni sulla pregiudizialità, pur svolte nella decisione, non limitano i poteri di decisione del TAR circa la domanda di risarcimento.

Chiede dunque che il ricorso sia dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

3.4. - I tre motivi per cui è chiesta la cassazione con il ricorso principale propongono i quesiti che seguono.

A conclusione del primo, la parte chiede alle Sezioni unite di affermare che "la questione in ordine alla conoscibilità della domanda risarcitoria a prescindere

dall'utile esperimento della domanda di annullamento sull'atto lesivo rientra tra quelle proponibili ex [art. 360 c.p.c.](#), comma 1, n. 1) e [art. 362 c.p.c.](#)".

Si tratta, dunque, non di un motivo di ricorso, ma della giustificazione della sua ammissibilità.

Gli argomenti cui si affida sono quelli svolti da queste i Sezioni unite nelle ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006.

Al secondo motivo corrisponde un quesito con il quale si chiede alle Sezioni unite di affermare che, siccome sulla domanda di risarcimento rivolta al TAR non è stata resa alcuna decisione, il Consiglio di Stato, peraltro non investito a riguardo di tale domanda da un motivo di appello, non ha il potere giurisdizionale di pronunciarsi direttamente su tale domanda.

Il terzo motivo è formulato a partire dal presupposto che la regola per cui la tutela risarcitoria possa essere impartita dal giudice amministrativo solo se prima l'atto amministrativo lesivo sia stato annullato potrebbe ostacolare l'accoglimento della domanda di risarcimento proposta con il ricorso in annullamento dei decreti di occupazione d'urgenza, perchè la domanda è stata bensì proposta, ma il ricorso è stato dichiarato improcedibile, per la sopravvenuta irreversibile trasformazione dei beni, sicchè l'annullamento dei decreti d'occupazione è mancato.

Il quesito che conclude il motivo è volto a che sia affermato il principio di diritto, per cui, ai fini della conoscibilità della domanda risarcitoria, il previo annullamento dell'atto amministrativo non è necessario.

4.1. - La considerazione svolta dalla Provincia di Mantova per dire inammissibile il ricorso principale, ovvero sia che l'annullamento del decreto di espropriazione è già passato in giudicato, dovrebbe impedire prima di tutto l'esame del suo ricorso.

Ma, da un lato, la sentenza del TAR non era passata in giudicato, perchè la Provincia l'ha impugnata sostenendo anche che era stata emessa da giudice carente di giurisdizione, dall'altro la sesta sezione del Consiglio di Stato ha rigettato un diverso motivo di appello, quello volto a far accertare che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità non era esaurita alla data di emissione del decreto di esproprio. Ha perciò rigettato un motivo intrinseco alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermata e non negata, motivo orientato inoltre al rigetto nel merito della domanda G. di annullamento del decreto di espropriazione e non ad un rigetto per difetto di giurisdizione.

Ciò premesso, il motivo per cui la Provincia di Mantova ha chiesto la cassazione della decisione non è fondato.

4.2. - La domanda da G.M. è stata proposta con ricorso del 2005, per ottenere l'annullamento di un decreto d'espropriazione emesso il 17.1.2005, in un

procedimento all'inizio del quale si colloca una dichiarazione di pubblica utilità pronunciata il 30.4.1999.

L'annullamento è stato chiesto perchè, quando si è emesso il decreto, l'efficacia della pubblica utilità era esaurita.

Orbene, il provvedimento impugnato si inserisce in un procedimento caratterizzato dall'iniziale presenza di una dichiarazione di pubblica utilità, cui sono seguite l'occupazione di urgenza e la esecuzione dell'opera pubblica.

Questi elementi di fatto ed i suoi dati temporali collocano la controversia nell'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, configurata dalla disposizione, che la [L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7](#), ha reintrodotto nel [D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34](#) ed è entrata in vigore a decorrere dal 10.8.2000.

Di questa norma la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204.

Ma, tenendo conto dell'interpretazione che della portata della propria sentenza la Corte Costituzionale ha dato con la successiva sentenza 191 dell'11 maggio 2006, quando ha dichiarato la parziale illegittimità del [D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 53](#) (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), queste Sezioni unite hanno successivamente e in modo reiterato affermato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, risultante dalla disposizione richiamata, s'estende alle controversie contro atti e comportamenti, che costituiscano esecuzione di precedenti manifestazioni in forma provvedimentoale di potere ablatorio in relazione al bene di cui si discute.

E così, mentre è stata ritenuta appartenere alla giurisdizione ordinaria la domanda intesa alla restituzione d'un fondo occupato dopo che l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità è scaduta (Sez. Un. 16 luglio 2008 n. 19501), è stato per contro affermato che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande cui da origine l'emissione di un decreto di espropriazione, pur esso sopravvenuto ad efficacia della dichiarazione di pubblica utilità scaduta, ma quando l'occupazione e trasformazione dei fondi si sono consumate prima, com'è nel caso in esame, che ha come antefatto una dichiarazione di pubblica utilità non impugnata, nel cui quadro si è prodotto un fenomeno di occupazione appropriativa (tra le più recenti decisioni in tal senso: Sez. un. 15 luglio 2008 n. 19500; 23 aprile 2008 n. 10444; cui si può aggiungere la sentenza 27 giugno 2007 n. 14794).

5.1. - Con il rigetto del ricorso della Provincia di Mantova che consegue alla dichiarata infondatezza del motivo appena discusso, s'è realizzato quel passaggio in giudicato del capo della sentenza del TAR, di annullamento del decreto di espropriazione, al quale, come si è detto prima, la Provincia ricollegava l'inammissibilità del ricorso G., per difetto di interesse.

5.2. - A questo riguardo si deve osservare che, se G. avesse proposto domanda volta al solo risarcimento del danno prodottogli dalla irreversibile trasformazione del bene, rimasta non coperta dagli effetti del decreto di espropriazione, l'esito prospettato dalla Provincia sarebbe stato incontestabile.

A G. non si sarebbe potuto riconoscere alcun interesse a ridiscutere il punto se il giudice amministrativo possa erogare la tutela risarcitoria in assenza di un annullamento dell'atto che la parte assume illegittimo e lesivo.

Ma, dalle decisioni del Consiglio di Stato emerge che una domanda di danni è stata anche proposta in connessione con quella di annullamento dei decreti di occupazione.

Nella misura in cui l'esame del fondo di questa domanda possa risultare pregiudicata dalle considerazioni che il Consiglio di Stato ha svolto a proposito della questione della pregiudizialità amministrativa, l'interesse del ricorrente principale a mettere in discussione il punto non può essere già in tesi negato.

5.3. - Tuttavia, dei tre motivi di ricorso, il primo non denuncia un vizio della decisione impugnata, ma serve a sollecitare le Sezioni unite ad esercitare sulla decisione impugnata il sindacato preannunziato nelle ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 e 13911 del 15 giugno 2006, ed in ciò incontra il dissenso della Provincia di Mantova.

Sicchè il punto dovrà essere discusso se ed in quanto altri motivi di ricorso si riveleranno ammissibili.

5.4. - Ora, il secondo motivo è inammissibile.

Come vizio attinente alla giurisdizione è denunciato in effetti un vizio che concerne il procedere e non il decidere.

E questo, perchè il vizio non riguarda le condizioni in presenza delle quali la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi verso la pubblica amministrazione è affidata dalla Costituzione o dalla legge ordinaria al giudice amministrativo, anzichè ad un altro giudice ordinario o speciale, ma riguarda i presupposti processuali che debbono essere verificati nel caso concreto perchè sorga nei giudici amministrativi aditi, di primo o di secondo grado, il dovere di pronunciare sulla domanda di giustizia.

Sicchè, se il giudice amministrativo di appello, errando nella applicazione delle norme che regolano il procedimento davanti a sè, non già eroga o rifiuta di erogare la tutela giurisdizionale che gli è affidata, ma ritiene di doverlo fare sebbene manchino gli specifici presupposti per un suo intervento dopo di quello del giudice di primo grado e non prima di quello, il vizio della sua decisione non si presta ad essere sindacato.

5.5. - Il terzo motivo di ricorso non riguarda invece il procedere ma il decidere.

Se, all'esito della discussione sulla questione già esaminata da queste Sezioni

unite con le ordinanze del 2006, si pervenisse a confermare quell'indirizzo, il motivo dovrebbe essere scrutinato nel merito.

Ma resta ancora da verificare un punto.

Ed il punto è se, una volta che la decisione pronunciata dalla Adunanza plenaria contiene considerazioni sulla questione della pregiudizialità amministrativa e su tali considerazioni è stata anche basata la decisione sulla questione di giurisdizione, spetti o no alle Sezioni unite verificare se esse hanno o no assunto valore decisorio.

La risposta è che questa verifica rientra nei poteri delle Sezioni unite ed essa si deve concludere in senso negativo, nel senso, cioè, che manca nella decisione del Consiglio di Stato una pronuncia sulla domanda risarcitoria.

La verifica rientra nei poteri delle Sezioni unite perchè esse sono richieste di pronunciarsi su un ricorso per Cassazione e quindi spetta loro individuare prima di ogni altra cosa se la sentenza impugnata presenti il capo che si assume viziato e perciò in un caso di ricorso contro decisione del Consiglio di Stato, una pronuncia che, in combinazione con quella di primo grado, sia di accoglimento o rigetto di una domanda e poi se tale decisione sia viziata sotto l'opposto profilo d'aver accordato o rifiutato una tutela estranea od al contrario di competenza di quell'ordine di giudici.

Ora, il Consiglio di Stato ha bensì desunto argomento dalla pregiudizialità amministrativa, ritenuta un tratto caratterizzante della tutela giurisdizionale attribuita al giudice amministrativo, per contestare l'affermazione della giurisdizione, ma ciò con riferimento alla domanda introdotta con il ricorso in annullamento del decreto di espropriazione e non anche in riferimento a quella risarcitoria introdotta con il ricorso in annullamento dei decreti di occupazione, che ha specificamente detto proposta e non decisa, neppure sotto il profilo della ammissibilità.

E conferma di ciò si trae da più elementi per vero decisivi.

Il Consiglio di Stato ha espressamente rilevato che il TAR non s'era pronunciato sulla domanda risarcitoria (ed al riguardo ha richiamato, per dire proposta la domanda, le istanze 23.2. e 29.10.2001 di G., inerenti al ricorso contro i decreti di occupazione).

Ha esaminato in aggiunta al motivo di cui al punto 6, già scrutinato dalla sesta sezione, quelli di cui ai punti 4 e 5, afferenti all'annullamento del decreto di espropriazione.

Infine, siccome si trattava non di un caso in cui la domanda risarcitoria era stata proposta senza che lo fosse stata quella di annullamento, ma di una domanda proposta in seguito a quella di annullamento e questa era stata dichiarata improcedibile non per comportamenti processuali riconducibili al ricorrente, ma per la sopravvenuta irreversibile trasformazione del fondo, il

Consiglio di Stato, se avesse inteso riferire la disamina del tema della pregiudizialità anche a quella domanda e con effetti decisori non avrebbe mancato di interrogarsi sul modo d'intendere il principio, come necessità di una tempestiva domanda di annullamento o come necessità, in assenza di un annullamento in sede amministrativa, di un accertamento principale di illegittimità dell'atto lesivo in sede giurisdizionale.

Anche quest'ultimo motivo lo si deve allora considerare inammissibile.

6. - Il ricorso principale è in conclusione nel suo complesso inammissibile.

Tuttavia non è esaurito il dovere della sezioni unite di pronunciarsi sui ricorsi.

7. - La Corte osserva, infatti, che l'istituto della pregiudizialità amministrativa nei suoi rapporti con la tutela risarcitoria degli interessi legittimi si presenta oggi come questione rilevante e di particolare importanza.

Essa si presterà dunque ad essere discussa dalle Sezioni unite in vista della enunciazione di un apposito principio di diritto, in applicazione [dell'art. 363 cod. proc. civ.](#), come già è stato fatto in tema di giurisdizione con la sentenza 28 dicembre 2007 n. 27187, se ne risulterà dimostrato che si tratta di questione che rientra nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, cui [l'art. 111 Cost.](#), u.c., assoggetta anche le decisioni del Consiglio di Stato e che [l'art. 374 cod. proc. civ.](#), comma 1, in relazione [all'art. 362 cod. proc. civ.](#), comma 1, attribuisce alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, attraverso il mezzo del ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione.

8.1. - Prima di accingersi a tale indagine, conviene delimitare lo stesso ambito della questione.

E' implicito in quanto si è già osservato, che il campo in cui la questione ha ragione di porsi non coincide con l'intero ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, perchè, pur quando la controversia concerne una materia di giurisdizione esclusiva, di pregiudizialità amministrativa si può discorrere solo se si lamenti che la P.A. ha sacrificato o non realizzato un interesse con un suo provvedimento illegittimo, non anche quando un diritto è stato sacrificato con un comportamento, che pur si iscriva in una serie presidiata da un originario atto di esercizio di potere amministrativo.

Perchè questo, come è stato già posto in rilievo con la ordinanza 27 giugno 2007 n. 14794 della Corte a Sezioni Unite, può assumere i caratteri di un fatto giuridico che rileva nel senso di attrarre la controversia all'area della giurisdizione esclusiva, ma non anche di fatto che muta in quella di interesse legittimo la qualificazione come diritto soggettivo che spetta alla situazione sacrificata ed in attesa di tutela.

Detto questo, si nota che la questione muove da un presupposto che oggi si può considerare non più in discussione e condiviso anche da buona parte della giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che dei Tribunali amministrativi

regionali.

La [L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 7, comma 3](#) - dopo le modifiche che vi sono state apportate con il [D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 35](#) e con la [L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7](#) - dispone che il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione e perciò pure nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno.

La Corte costituzionale, prima con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204 poi con la sentenza 11 maggio 2006 n. 291, ha segnalato il fondamento di legittimità di questa attribuzione e lo ha indicato [nell'art. 24 Cost.](#), perciò nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale richiede che il giudice cui è affidata la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione sia munito di adeguati poteri.

Sia il Consiglio di Stato e sia questa Corte a Sezioni Unite hanno in seguito affermato, in modo costante e coerente, che spetta al giudice amministrativo, in presenza di atti della P.A., espressione di potere, ma connotati da illegittimità e di fatto lesivi, dare tutela al privato anche in forma risarcitoria.

Ragione di permanente incertezza deriva invece dal dissenso tra le Corti su un diverso punto.

Questa Corte, a sezioni unite, con le ordinanze nn. 13659 e 13660 del 2006 ha affermato che, di fronte ad un atto della P.A. che ne sacrifica l'interesse o manca di realizzarlo, la parte, che ha l'onere di rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere tutela, può scegliere di chiedere il solo risarcimento del danno.

Per contro, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione che s'è esaminata, ha ribadito l'orientamento per cui la tutela risarcitoria degli interessi legittimi presuppone che la illegittimità sia accertata e perciò, quando l'atto non sia stato già annullato, in sede amministrativa o dal giudice, la domanda risarcitoria non può essere da lui esaminata, se non in presenza di una tempestiva domanda di annullamento.

8.2. - La Corte, a sezioni unite, nelle ordinanze del 2006, attinta la conclusione che la L. 21 luglio 2000, n. 2005, all'art. 7 ha dato al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda autonoma di risarcimento del danno, ha osservato: - "Tutela risarcitoria autonoma significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire. Questo accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento nè il diritto al risarcimento può essere per sè disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità. Dunque il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato

sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione".

Più di recente, questa impostazione è stata ribadita dalle Sezioni unite nella ordinanza 16 novembre 2007 n. 23471, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione a domanda risarcitoria autonoma proposta a giudice ordinario, senza che fosse stato chiesto al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto lesivo.

Tuttavia l'impostazione non ha trovato unanimi consensi con la conseguenza che su di essa è dunque necessaria un'ulteriore riflessione.

9. - Contro le decisioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione - così il terzo comma *dell'art. 111 Cost.*, divenuto l'ottavo dopo la L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2, "Inserimento dei principi del giusto processo *nell'art. 111 Cost.*".

La norma delimita ed al tempo stesso descrive, attraverso l'espressione "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione", l'ambito ed i limiti del sindacato per violazione di legge che la Corte a Sezioni Unite può compiere anche sulle sentenze dei giudici speciali, quando ad essere impugnata è una decisione del giudice amministrativo.

Primo e necessario interprete della norma è la stessa Corte, chiamata a conformare l'esercizio del suo potere giurisdizionale in questo campo sul significato che all'espressione deve essere riconosciuto.

10.1. - Anche a proposito di questa norma, l'interpretazione deve tenere conto della evoluzione che nel tempo l'ordinamento, nel suo complesso, ha conosciuto.

Evoluzione caratterizzata da una molteplicità di fattori.

Tra questi, il rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno ed il ruolo della giurisdizione nel rendere effettivo il principio del primato del diritto comunitario; la rimozione del limite alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi, la caduta del limite dei diritti consequenziali in rapporto alla tutela risarcitoria dei diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva e l'estensione ai diritti consequenziali d'ogni forma di tutela pertinente alla giurisdizione del giudice amministrativo; la coeva progressiva espansione della giurisdizione esclusiva (rispetto alle nove ipotesi regolate dal R.D. 22 giugno 1924, n. 1054, art. 29 (T.U.)); il rilievo assunto dal canone della effettività della tutela e dal principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; la riaffermazione del rilievo costituzionale del principio del giusto processo; il nuovo ruolo assunto nell'ordine delle fonti dal diritto pattizio internazionale; l'emersione, come corollario del principio di effettività, della regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia.

10.2. - Giurisdizione - è stato osservato da più parti - è termine che può essere inteso in diversi modi.

Nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento.

Giurisdizione, nella Costituzione, per quanto interessa qui, è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento.

Che ciò sia si desume dalla convergenza di più norme della Costituzione: *l'art. 24 Cost.*, comma 1, che guarda ai diritti ed agli interessi, sia come situazioni giuridiche di cui le parti sono titolari sia come oggetto del diritto delle parti di agire in giudizio per la tutela di tali situazioni di interesse sostanziale protette dall'ordinamento; *l'art. 113 Cost.*, commi 1 e 2, da cui si trae che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, contro gli atti della pubblica amministrazione, da un lato è sempre ammessa dinanzi agli organi di giurisdizione amministrativa, dall'altro non può essere limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti; *l'art. 111 Cost.*, comma 1, che, mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale.

Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio.

10.3. - Interessa qui dare giustificazione dell'assunto, che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca.

La giustificazione può essere svolta avendo riguardo alla tutela risarcitoria come aspetto della giurisdizione esclusiva.

10.4. - La Legge TAR, art. 7, comma 3 - riproducendo nella sostanza la disposizione contenuta nel *R.D. n. 1054 del 1924, art. 30, comma 2*, sul Consiglio di Stato - aveva stabilito che nelle materie deferite alla giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi restavano riservate all'autorità giudiziaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre.

Ma, intervenuto la [L. 19 febbraio 1992, n. 142, art. 13](#), in adempimento degli obblighi comunitari ed affermatosi con la sentenza 22 luglio 1999 n. 500 delle sezioni unite il principio per cui, di fronte ad un esercizio illegittimo della funzione pubblica, diritto al risarcimento del danno ingiusto v'era in presenza del sacrificio di una qualsiasi situazione di interesse rilevante da cui fosse derivato danno, la tutela risarcitoria era divenuta ammissibile davanti al giudice ordinario come tutela autonoma, salvi i casi di giurisdizione esclusiva estesa ai diritti consequenziali.

La disposizione è poi ricaduta nell'ambito di applicazione della norma abrogante dettata dal [D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 35, comma 5](#), sostituito dalla [L. n. 205 del 2000, art. 7, lett. c\)](#), con cui si è stabilito che fosse abrogata ogni disposizione che prevedeva la devoluzione al giudice ordinario delle "controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi".

Con la [L. n. 205 del 2000, art. 7, lett. c\)](#), è stato anche sostituito il [D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 35, comma 1](#), ed è stato stabilito che "Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". 10.5. - Orbene, a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 35, comma 1, si deve muovere dal considerare quanto ha osservato la Corte Costituzionale non solo nelle sentenze 204 del 2004 e 191 del 2006, ma anche nella sentenza 77 del 2007.

La sentenza della Corte sul tema della translatio iudicii - che trae le conseguenze dal parallelo attuale significato della competenza e della giurisdizione - si presenta innervata da tre ordini di considerazioni.

La pluralità dei giudici costituisce una articolazione interna di un sistema di organi nel suo complesso deputato a dare una risposta di merito alla domanda di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.

Se la tutela giurisdizionale deve essere effettiva e tanto più riesce ad esserlo in quanto siano messe a frutto le distinte competenze dei vari ordini di giudici; una volta che la domanda di giustizia sia formulata; le norme processuali, che sono destinate ad assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale in funzione della migliore decisione, debbono prevedere i congegni che consentono di riparare l'errore compiuto della parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perchè altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento.

Come a questa esigenza è informato il sistema delle norme che presiedono alla distribuzione delle competenze nell'ambito dello stesso ordine di giudici, così gli [artt. 24 e 111 Cost.](#), impongono che ciò sia per il sistema delle norme che regolano il riparto della competenza giurisdizionale tra i diversi ordini di giudici.

I principi di unità funzionale della giurisdizione e di effettività della tutela

giurisdizionale sono anche alla base delle precedenti decisioni in tema di giurisdizione esclusiva.

Nella sentenza 191 del 2006 la Corte costituzionale ha messo in rilievo l'importanza dell'osservazione già fatta nella sentenza 204 del 2004: non costituire altra materia di giurisdizione esclusiva l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di risarcire il danno subito dalla parte a causa delle illegittime modalità di esercizio della funzione amministrativa.

E da un lato ne ha descritto il valore, di "attribuzione alla giurisdizione amministrativa della tutela risarcitoria - non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario"; da altro lato ne ha rinvenuto il fondamento di legittimità costituzionale "nella esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli [artt. 24 e 111 Cost.](#), di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica", (all'uopo richiamando la sentenza 22 luglio 1999 n. 500/SU di questa Corte).

10.6. - Il senso di quest'impostazione - secondo la spiegazione che ne ha dato la Corte Costituzionale - sta in ciò che, siccome giudice naturale della legittimità della funzione pubblica è il giudice amministrativo, gli [artt. 24 e 111 Cost.](#), che postulano l'effettività della tutela giurisdizionale, vengono a porsi come una sufficiente base di legittimazione sul piano costituzionale per una scelta, che trascende la qualificazione sostanziale della pretesa risarcitoria, per concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio di quella funzione.

10.7. - La giustificazione che sul piano costituzionale quella Corte ha dato a proposito delle disposizione dettata dall'art. 35, comma 1, e che l'ha condotta a negare che la domanda del cittadino vada rivolta al giudice ordinario per ciò solo che abbia come oggetto esclusivo il risarcimento del danno è stata dunque, che essa è valsa a realizzare una giurisdizione piena del giudice della funzione pubblica in nome della effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi di fronte alla pubblica amministrazione.

10.8. - Orbene, quando dal giudice amministrativo si afferma che la tutela risarcitoria può essere somministrata dal quel giudice, in presenza di atti illegittimi della pubblica amministrazione, solo se gli stessi siano stati previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela, si finisce col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di completamento.

E perciò, presupposto, in ipotesi, che rientri nei poteri del giudice amministrativo erogare la tutela risarcitoria autonoma, il rigetto della relativa domanda, si risolve in un rifiuto di erogare la relativa tutela.

Ed infatti, tale rifiuto dipenderebbe non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma

attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda ad una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma.

Ma ciò si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo.

11.1. - Rientra d'altra parte nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma.

11.2. - E' pacifico, invero, che possibile oggetto di sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione sia anche la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito.

11.3. - Storicamente, la problematica del giudizio sulla questione di giurisdizione si è venuta costruendo come problema di riparto tra le giurisdizioni.

La più diffusa esperienza giurisprudenziale sull'argomento si è avuta riguardo al confronto tra la giurisdizione del giudice ordinario, che è una giurisdizione sul rapporto, e quella del giudice amministrativo, che, nata come giurisdizione sull'atto, nel quadro non più di una giurisdizione speciale, si va anch'essa trasformando in una giurisdizione sul rapporto, specie sotto il profilo della tutela risarcitoria, dopo il crollo del muro della irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Il modello della giurisdizione esclusiva solo con la legge sui TAR ha preso ad essere effettivamente impiegato dal legislatore in campi diversi da quello, precipuo, delle controversie traenti origine dal rapporto di pubblico impiego e così lo stabilire se i giudici dei due ordini avevano sbagliato nell'esercitare o rifiutare di esercitare la giurisdizione s'è tradotto nel compiere, in base all'ordinamento ed alla interpretazione della pertinente norma di qualificazione, l'operazione d'attribuire alla concreta situazione giuridica dedotta in giudizio come oggetto di tutela la natura di diritto soggettivo od interesse legittimo.

Lo strumento logico che ne è risultato forgiato - consistente nel verificare se la decisione abbia attuato un "superamento dei limiti esterni della giurisdizione" - ha assunto in questo modo il significato di una certificazione di correttezza dell'operazione ermeneutica compiuta dal giudice, se ed in quanto condotta al solo livello di qualificazione, della situazione soggettiva dedotta in giudizio, alla stregua del diritto oggettivo.

Le norme sulle diverse fattispecie di giurisdizione esclusiva, delineando il loro ambito di applicazione in base alla presenza di fattori ulteriori rispetto alla

situazione soggettiva di interesse legittimo hanno comportato invece la necessità di estendere l'opera di qualificazione dei fatti oggetto di giudizio a quelli cui la norma attributiva di giurisdizione ha assegnato la portata di delimitare l'ambito delle controversie costituenti la materia di giurisdizione esclusiva.

Ma, pur così ampliato il campo del suo impiego, la regola dei limiti esterni è in grado di servire allo scopo di espungere dall'area dei motivi attinenti alla giurisdizione ogni segmento del giudizio che si rivela estraneo alla ricognizione della portata della norma che attribuisce giurisdizione, ricognizione che costituisce invece l'oggetto su cui al giudizio del giudice amministrativo si può sovrapporre, modificandolo, quello della Corte di Cassazione a sezioni unite.

4. - Peraltro, come mostra nel campo della giurisdizione di merito il caso dei ricorsi per l'ottemperanza (*R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 27, n. 4* e *L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 7, comma 1*) - che, a ben vedere, integrano una forma di tutela, più che una materia - una questione di giurisdizione si presenta anche quando non è in discussione che la giurisdizione spetti al giudice cui ci si è rivolti, perchè è solo quel giudice che secondo l'ordinamento la può esercitare, ma si deve invece di stabilire se ricorrono - in base alla norma che attribuisce giurisdizione - le condizioni perchè il giudice abbia il dovere di esercitarla (così, in rapporto al decreto di accoglimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato, il configurarsi come giudicato ha potuto essere discusso come questione di giurisdizione da Sez. Un. 2 ottobre 1953 n. 3141 e più di recente Sez. Un. 18 dicembre 2001 n. 2448).

11.5. - E' parso che le ordinanze di questa Corte del 2006 non si siano attenute al canone richiamato al punto 11.2. ed abbiano invece preconizzato una invasione dell'ambito proprio della giurisdizione del giudice amministrativo, là dove, interpretata la norma dettata dalla Legge TAR, art. 7, nel testo modificato dalla *L. n. 205 del 2000*, nel senso che abbia attribuito la tutela risarcitoria degli interessi legittimi al giudice amministrativo, hanno anche detto che nella norma non vi è il limite per cui la domanda di tale tutela allora solo determina nel giudice amministrativo il dovere di giudicarne il fondo, quando dell'atto illegittimo è chiesto od è stato già pronunciato l'annullamento.

Ma, da un punto di vista logico e per quello che si è detto, questo assunto non convince.

Postulare che la norma che attribuisce ad un giudice una forma di tutela lo faccia sulla base di un determinato presupposto positivo o negativo, dalla cui presenza ne dipenda l'erogazione, per un verso, come si è visto, inerisce al giudizio che quel giudice deve compiere per stabilire in che limiti la giurisdizione gli è attribuita.

Per altro verso, il sindacato che assume a suo oggetto questo tratto si arresta e non oltrepassa il limite oltre il quale non può essere esercitato, perchè si appunta su un aspetto della norma e si traduce in una decisione della Cassazione, che vincola ad esercitare la giurisdizione rispettando i tratti

essenziali della forma di tutela in questione, senza pretendere di costringere a riconoscere rispettati dalla domanda nè le condizioni processuali d'una decisione di merito nè i fatti che danno in concreto diritto alla tutela richiesta.

11.6. - Le sezioni unite sono in conclusione autorizzate a passare alla discussione della questione di particolare importanza in precedenza anticipata, al punto 7. 12.1. - Punto di partenza nell'indagine sulla disciplina positiva della tutela degli interessi legittimi come dei diritti soggettivi non può non essere [l'art. 24 Cost.](#), comma 1.

Dal quale - perchè dispone che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi - non pare sia possibile trarre se non il significato che dei diritti e degli interessi, di cui è titolare, ognuno è arbitro di chiedere tutela e che perciò a ciascuno spetta non solo di scegliere se chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale avvalersi, tra le diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento, per reagire al fatto che l'interesse sostanziale della parte, protetto dall'ordinamento, sia rimasto insoddisfatto.

Queste sezioni unite, nelle ordinanze del 2006 e del resto in consonanza con diffusi orientamenti della dottrina, alla luce della Costituzione e dello stadio di evoluzione dell'ordinamento, avevano già avuto modo di porre l'accento sulla insostenibilità di precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di diritto oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato.

12.2. - Altro punto di riferimento è rappresentato, per ciò che interessa qui, [dall'art. 113 Cost.](#), commi 1 e 2, e dal precetto in essi contenuto, che è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa e che tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione.

Il precetto è venuto ad assumere ulteriore concretezza a cavallo della fine del '900, quando, con il [D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80](#), la riflessione compiuta dalle sezioni unite con la sentenza 500 del 1999 sulla vicenda della risarcibilità degli interessi legittimi e la disciplina al riguardo introdotta infine con la [L. 21 luglio 2000, n. 205](#), ha finito con l'essere acquisito che, se l'ordinamento protegge una situazione di interesse sostanziale, in presenza di condotte che ne impediscono o mancano di consentirne la realizzazione, non può essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo.

12.3. - Lo sbocco cui conduce il confluire di questa acquisizione nell'alveo dei principi desunti dagli [artt. 24 e 113 Cost.](#), è che, per i diritti soggettivi come per

gli interessi, spetta al loro titolare tutela sul piano risarcitorio e, se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio provocatogli dall'essere mancata la soddisfazione che è attesa attraverso la condotta altrui.

12.4.1. - L'ordinamento, come assoggetta con norme di diritto sostanziale l'esercizio dei diritti a termini di prescrizione o di decadenza, così dispone con norme di diritto processuale circa i tempi di accesso alla tutela giurisdizionale; esclude in casi specifici determinate situazione soggettive dall'attribuzione di una tra le forme di tutela invece in via generale riconosciute a situazioni dello stesso tipo e, quando riconosce più forme di tutela in concorso tra loro, può prevedere regole di coordinamento nell'atto di farle valere.

E' in questo quadro che si inserisce il tema del rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria, rispetto alle situazioni di interesse legittimo.

12.4.2. - Così, in diritto amministrativo europeo, delle decisioni delle Istituzioni della Comunità prese nei suoi confronti la parte può chiedere l'annullamento per motivi d'illegittimità nel termine di sessanta giorni da quando ne ha avuto conoscenza, mentre ad un eguale termine non è soggetta l'azione per responsabilità delle Istituzioni comunitarie sul piano extracontrattuale.

La elaborazione giurisprudenziale di questo sistema - la cui ricostruzione, peraltro, appare alla dottrina italiana non sicura - sembra non escludere la possibilità che in sede di azione di danni si abbia un accertamento incidentale circa l'illegittimità dell'atto non impugnato, anche se registra un sicuro orientamento volto a negare il risarcimento almeno in un definito settore, in particolare quando la relazione controversa intercorre solo tra il ricorrente e la istituzione pubblica e la domanda di danni tende allo stesso risultato che si sarebbe potuto conseguire con l'azione di annullamento.

12.4.3. - Il diritto civile presenta, da noi, in campo societario una specifica disciplina della invalidità delle delibere delle società di capitali.

Dove è negata la legittimazione all'azione di annullamento ed è data l'azione di danni ([art. 2377 cod. civ.](#), comma 4), il termine per proporre la domanda di risarcimento non è diverso da quello dell'azione di impugnazione ([art. 2377 cod. civ.](#), comma 6).

V è dunque, la specifica previsione di un termine di esercizio per l'azione di danno.

D'altro canto, il diritto societario prevede ipotesi, in cui non si può pronunciare l'invalidità della delibera, ma la si può accertare in funzione della condanna al risarcimento del danno ([art. 2377 cod. civ.](#), penultimo comma; [art. 2379 ter cod. civ.](#), comma 2 e [art. 2504 quater cod. civ.](#), comma 2).

E' dunque la tutela demolitoria ad essere impedita - dalla sostituzione della

delibera o dalla sua avvenuta esecuzione - non lo stesso accertamento dell'invalidità della delibera, in funzione della ammessa tutela risarcitoria.

12.4.4. - Nel campo del diritto del lavoro, ad una problematica di rapporti tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria, da luogo la disciplina del licenziamento e della sua impugnazione ([L. 15 luglio 1966, n. 604, artt. 6 ed 8](#); della [L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 8](#)).

L'orientamento della giurisprudenza al riguardo è nel senso che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro (Cass. 12 ottobre 2006 n. 21833).

L'inoppugnabilità preclude sì al lavoratore oltre alla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro, di rivendicare tutela sul piano risarcitorio per il danno costituito ed originato dalla mancata percezione degli emolumenti altrimenti spettanti.

Ciò non toglie, però, che l'ingiustizia del licenziamento resta tale ed è perciò suscettibile di accertamento se si presenta come componente di una più ampia condotta lesiva, cioè quando ha concorso a provocare un danno, diverso da quello patrimoniale costituito dalla perdita degli emolumenti.

12.4.5. - Nei rapporti tra privati ed in materia contrattuale, la scelta tra i mezzi di reazione all'inadempimento - la condanna all'adempimento o la risoluzione del contratto - è lasciata alla parte che lo subisce, ma vige la regola di coordinamento per cui la prima non può essere più chiesta, quando lo è stata la seconda, mentre ad ambedue ed a loro completamento si accompagna la tutela risarcitoria, che tuttavia può essere esperita al posto delle altre ([art. 1453 cod. civ.](#)).

12.5.1. - Le situazioni qui considerate - non a caso desunte dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ferve sull'argomento - mostrano che, nel campo del diritto civile, rispetto ad uno schema generale di raccordo tra le tutele, rappresentato dalla soluzione offerta [dell'art. 1453 cod. civ.](#), soluzioni specifiche sono approntate in riferimento a rapporti, che vivono in un più complesso quadro organizzativo, e nei quali, siccome si considera prevalente l'esigenza di stabilità dello stato di fatto originato dall'atto, si tende a limitare nel tempo la sua invalidità, non escludendo la tutela risarcitoria.

Tecnica non ignota, ora, anche al diritto amministrativo (art. 246, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il [D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#)).

12.5.2. - Appare dunque che la regolazione del rapporto, tra le forme di tutela che rendono possibile soddisfare l'interesse protetto e tutela risarcitoria dello stesso interesse, può essere attuata in modi diversi, che a loro volta riflettono da parte del legislatore la valutazione delle esigenze proprie di specifici tipi di rapporti, sicchè a proposito di tale regolazione non si può affermare la necessità logica che riguardi nello stesso modo ogni concreta situazione di interesse riconducibile ad un medesimo schema tipico.

13.1. - Nelle ordinanze del 2006 le sezioni unite hanno osservato che è certo nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, come si è visto quando ha assoggettato in campo societario al medesimo termine l'azione di impugnazione e quella di risarcimento spettante ai soci non legittimati all'esercizio della prima.

Ma si è anche osservato che una norma siffatta oggi manca.

13.2. - Si postula, però, che dalla Legge TAR, art. 7, comma 4 - quale è risultato dalle modificazioni, che vi sono state apportate, per il tramite del [D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 35, comma 4](#), dalla [L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7](#) - si trae che il previo annullamento dell'atto impugnato costituisca presupposto del riconoscimento di un diritto al risarcimento.

Ciò, perchè il risarcimento v'è detto eventuale ed è considerato quale oggetto di un diritto, che come specie rientra tra gli altri diritti patrimoniali consequenziali.

E perchè, si potrebbe forse aggiungere, vi si dice che il tribunale conosce "di tutte le questioni relative al risarcimento del danno" e non - come in disposizioni dettate in tema di giurisdizione esclusiva - anche delle "controversie risarcitorie".

Se non che, se il significato da attribuire alla disposizione fosse questo, la replica sarebbe allora che la norma ha tratto alla tutela risarcitoria che completa quella di annullamento e non alla tutela risarcitoria autonoma, che è oggetto di discussione.

13.3. - Che la tutela risarcitoria autonoma rientri tra quelle che secondo l'ordinamento pertengono all'interesse legittimo deriva dalla natura sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva e, se corrisponde alle viste esigenze di effettività della tutela giurisdizionale degli interessi che ad erogarla sia il giudice amministrativo, non può poi dipendere da questo che la fruizione concreta di tale tutela sia condizionata da un presupposto che attiene invece alla tutela di annullamento.

La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa.

13.4. - Anche là dove regole di comportamento si traducono in regole di validità dell'atto, la circostanza che la parte che potrebbe avere interesse all'annullamento dell'atto non lo chieda non comporta che esso divenga valido o cessi di essere rilevante la contrarietà del comportamento alla sua regola.

Nel diritto civile, la parte non perde il diritto di far valere l'invalidità se l'altra pretende l'esecuzione del contratto (art. 1442 cod. civ., comma 4) e d'altro canto può sempre chiedere il risarcimento del danno derivato dal comportamento che l'altra ha tenuto nell'indurla a contrarre.

Nel diritto amministrativo, l'inoppugnabilità non si traduce in convalidazione del

provvedimento illegittimo, di cui resta possibile l'annullamento dall'amministrazione che lo ha emesso.

E perciò se, per non esserne stata chiesta la sospensione, l'atto non perde efficacia e può continuare ad essere eseguito, il comportamento tenuto, prima nell'adottarlo e poi nell'eseguirlo, non perde i suoi tratti di comportamento illegittimo, fonte di responsabilità, per il fatto che dell'atto neppure sia stato poi chiesto l'annullamento.

Lo stesso vale a proposito del comportamento consistito nel mantenere l'atto o nel darvi esecuzione per essere mancata la domanda di annullamento, anche se il non averlo la parte chiesto può rilevare come comportamento che ha concorso a provocare il danno.

Pensare diversamente significa trasformare l'onere della parte di attivarsi nel proprio interesse per l'annullamento in un dovere della parte di collaborare con l'amministrazione a renderla edotta della illegittimità dei propri atti.

Passando poi dal piano del diritto sostanziale a quello del diritto processuale, la pregiudizialità dell'annullamento non può essere desunta sul piano sistematico da caratteristiche che si dicono intrinseche alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto giudice cui è commessa rispetto agli interessi legittimi la tutela demolitoria.

Dal fatto che il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, non abbia il potere di dichiarare il dovuto modo d'essere del rapporto, ma solo quello di accertare la illegittimità dell'atto ed annullarlo, sì che è all'amministrazione che torna a spettare di dover provvedere (peraltro nel rispetto dell'effetto conformativo della pronuncia di annullamento), non segue che non possa accertare la responsabilità derivante alla P.A. dall'esercizio illegittimo della funzione.

Oggetto della domanda di risarcimento del danno è il diritto a ad ottenerlo e su ciò si forma il giudicato, mentre l'accertamento sui singoli aspetti della situazione di fatto che genera la responsabilità sono accertati in via incidentale.

Quando si discute sul se spetti il diritto al risarcimento del danno, per pervenire a riconoscerlo, si deve accertare che la parte ha subito un danno per effetto della mancata realizzazione del suo interesse e questo a causa dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica e dunque si esercita un potere che nulla ha a che vedere con quello di disapplicazione, che al contrario consiste nel tenere per non prodotti quegli effetti di un atto, che rilevano come presupposto della legittimità del provvedimento, esso oggetto della domanda di annullamento.

13.5. - La teoria della pregiudizialità affonda del resto la sua origine in presupposti che l'attuale stadio di evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi mostra non essere più riferibili all'intero spettro di questa.

Più indici normativi testimoniano della trasformazione in atto dello stesso

giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto: ciò che è stato puntualmente messo in rilievo dalla dottrina, in riferimento all'impugnazione, con motivi aggiunti, dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (Legge TAR, art. 21, comma 1, modificato dalla [L. n. 205 del 2000, art. 1](#)); al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ([L. n. 241 del 1990, art. 21 octies, comma 1](#), introdotto dalla [L. 11 febbraio 2005, n. 15, art. 21 bis](#)); al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio ([L. n. 241 del 1990, art. 2, comma 5](#), come modificato dalla [L. 14 maggio 2005, n. 80](#), in sede di conversione del [D.L. 14 marzo 2005, n. 35](#)). 13.6. - Non mancano poi i casi in cui l'annullamento non è in grado di procurare alcuna soddisfazione all'interesse protetto, perchè era in giuoco il solo interesse del ricorrente ed è trascorso il tempo in cui avrebbe potuto esserlo: ed allora, per ammettere il ricorso, si è costretti a postulare un interesse all'annullamento, perchè questo sarebbe il tramite necessario per accedere ad una pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

Come non mancano i casi in cui il danno deriva non dall'atto, infine adottato in senso conforme all'interesse di chi lo ha richiesto, ma dal ritardo con cui è stato emesso.

14. - Si può dire in definitiva - nel solco delle ordinanze del 2006 - che la parte, titolare d'una situazione di interesse legittimo, se pretende che questa sia rimasta sacrificata da un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, ha diritto di scegliere tra fare ricorso alla tutela risarcitoria anzichè a quella demolitoria e che tra i presupposti di tale forma di tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo non è quello che l'atto in cui la funzione si è concretata sia stato previamente annullato in sede giurisdizionale o amministrativa.

Il principio di diritto che ne discende e che le sezioni unite enunciano in applicazione [dell'art. 363 cod. proc. civ.](#), è dunque questo: - "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento". 15. - Le spese di questo grado del giudizio si prestano ad essere dichiarate interamente compensate in ragione dell'eguale negativo esito dei ricorsi proposti dalle due parti.

**P.Q.M.**

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, riuniti i ricorsi, rigetta l'incidentale e dichiara inammissibile il principale; pronuncia, ai sensi [dell'art. 363 cod. proc. civ.](#), il seguente principio di diritto: - "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento; compensa le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 21 ottobre 2008.

Depositato in Cancelleria il 23 dicembre 2008

---

[cost. art. 24](#)

[cost. art. 103](#)

[cost. art. 111](#)

[cost. art. 113](#)

[c.c. art. 2043](#)

[c.p.c. art. 362](#)

[c.p.c. art. 363](#)

[L. 06/12/1971 n. 1034, art. 7](#)

[L. 15/03/1997 n. 59, art. 34](#)

[D.Lgs. 31/03/1998 n. 80, art. 11](#)

[D.Lgs. 31/03/1998 n. 80, art. 34](#)

[D.Lgs. 31/03/1998 n. 80, art. 35](#)

[L. 21/07/2000 n. 205, art. 7](#)

[D.P.R. 08/06/2001 n. 327, art. 53](#)

---

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.

**N. 04174/2013REG.PROV.COLL.  
N. 08925/2009 REG.RIC.  
N. 08926/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8925 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Chiappetti e Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Paolo Emilio, 7; Fallimento Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a., in persona del curatore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Perrettini e Marco Annoni, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Udine, 6;

***contro***

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

sul ricorso numero di registro generale 8926 del 2009, proposto da:  
Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Chiappetti e Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Paolo Emilio, 7; Fallimento Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a., in persona del curatore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Perrettini e Marco Annoni, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Udine, 6;

***contro***

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

***nei confronti di***

Team Service Società Consortile, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Parioli, 180; Compass Group Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Stajano, Innocenzo Militeri e Massimo Militeri, con domicilio eletto presso lo studio legale del primo in Roma, via Sardegna, 14; Sogea Spa; Fulgens s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104; Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo De Caria, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, V. L. Boccherini, 3;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 8925 del 2009:

della sentenza 26 novembre 2009, n. 11789 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione III-ter, del dispositivo relativo alla predetta sentenza n. 293 del 2009;

quanto al ricorso n. 8926 del 2009:

della sentenza 25 novembre 2009, n. 11649 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione III-ter, del dispositivo della predetta sentenza 294 del 2009.

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2013 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Perrettini, Sandulli, Sanino, De Caria e Annoni.

## FATTO

1.- La Società Trenitalia s.p.a. (d'ora innanzi anche solo Trenitalia o stazione appaltante) ha indetto, con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 6 maggio 2005, una procedura gara per l'affidamento del servizio di pulizia ferroviaria, relativa all'intero territorio nazionale suddiviso in lotti regionali. La Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a. (di seguito anche PMA o impresa) è risultata aggiudicataria, tra l'altro, dei lotti n. 1 – Lombardia e n. 8 – Liguria. L'affidamento del servizio è stato formalizzato con accordi quadro del 13 febbraio 2006 e con i relativi contratti applicativi del 13 febbraio 2006 e del 25 luglio 2007. La durata dell'accordo quadro è stata fissata in tre anni, con

possibilità di proroga, da parte di Trenitalia, per altri tre anni.

1.1.– Trenitalia ha, tuttavia, deciso di pubblicare nuovi bandi.

Con un primo bando, pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 25 giugno 2008, nella GUCE del 24 luglio e nella GURI del successivo giorno 28, ha indetto una procedura negoziale per l'istituzione di accordi quadro per «l'affidamento dei servizi di pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali, da espletarsi presso gli impianti di Trenitalia», suddivisa in 20 lotti (l'originario divieto di presentare offerte per più di due lotti è stato ritenuto illegittimo, in sede di giudizio cautelare, dal Consiglio di Stato, con ordinanza 30 settembre 2008, n. 5207). La pubblicazione del bando è stata preceduta da esternazioni dei vertici societari circa la volontà di sostituire le “vecchie” imprese di pulizia.

La PMA, superata la fase di prequalifica, con lettera del 19 dicembre 2008, è stata invitata a presentare offerte in relazione a tutti i lotti. Con note del 9 aprile 2009, numeri 14357, 14378 e 14379, Trenitalia ha aggiudicato alla predetta impresa tre lotti: lotto 10 Lombardia – Divisione passeggeri regionale, lotto 18 Liguria – Divisione passeggeri regionale e lotto 20 – Direzione Tecnica ed Acquisti industriali.

Con due distinte note, di identico contenuto, del 7 maggio 2009 (comunicate il successivo giorno 14), Trenitalia ha caducato le predette aggiudicazioni, ai sensi dell'art. 38, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), con la seguente motivazione: «nell'ambito dei rapporti contrattuali in essere, codesta società ha commesso grave negligenza nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con gli Accordi Quadro n. 838 e n. 844 del 13 febbraio 2006,

relativi ai lotti 1 Lombardia e 8 Liguria, come risulta dalle innumerevoli contestazioni, penali e detrazioni per qualità mancanti contestate nel periodo ottobre 2006-marzo 2009, nonché dall'esito delle verifiche in ordine alla qualità del servizio erogata commissionate alla società di certificazione S.G.S.-Ente terzo con sede in Milano via G.Gozzi, 1/A – e da questa rassegnate in data 15 aprile 2008, in base alle quali è stata da ultimo deliberata la risoluzione per inadempimento degli accordi quadro sopra specificati, comunicata con nota 0017872 e 0017871 in data 7 maggio 2009».

1.2.– Con bando, pubblicato nella GURI del 19 dicembre 2008 e nella GUUE dell'11 dicembre 2008, Trenitalia ha indetto una ulteriore procedura per l'affidamento dell'appalto dei servizi di pulizia (lotti da 1 a 35).

La PMA ha partecipato anche a tale procedura. Superata la fase di prequalifica, l'impresa è stata esclusa con provvedimento del 21 maggio 2009. La ragione posta a base di tale determinazione è la stessa di quella sopra indicata che ha condotto alla caducazione delle aggiudicazioni.

2.– Con distinti ricorsi, n. 4230 del 2009 e n. 4544 del 2009, la PMA ha impugnato, rispettivamente, gli atti del 7 maggio 2009 e del 21 maggio 2009.

La ricorrente, in entrambi i ricorsi, ha dedotto, in particolare, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati «per eccesso di potere per sviamento», in quanto Trenitalia .– senza che *medio tempore* fossero intervenuti nuovi fatti che potessero giustificare una nuova e diversa valutazione rispetto a quella effettuata in sede di prequalifica ovvero prima di disporre le tre proroghe dei contratti applicativi (con note del 31 luglio, 30 ottobre 2008 e 6 febbraio 2009) – avrebbe disposto la risoluzione di “vecchi” contratti, già scaduti,

per costituire *ex post* una causa di esclusione ai sensi del citato art. 38, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006. Ciò sarebbe confermato dalle «dichiarazioni pubbliche (...) rese dai legali rappresentanti dell'amministrazione, con le quali era stata esternata reiteratamente la volontà di non aggiudicare le nuove gare alle imprese affidatarie dei precedenti appalti». Sotto altro, connesso, aspetto si deduce l'illegittimità degli atti per motivazione carente, incongrua e contraddittoria, fondata su verifiche effettuate da SGS con modalità differenti da quelle contemplate dal capitolato e senza assicurare il rispetto delle regole del contraddittorio. In particolare, sono state contestate le modalità temporali di svolgimento dei controlli, i criteri di campionamento utilizzato, il numero dei treni controllati, gli aspetti del servizio oggetto di verifica.

3.– Il Tribunale amministrativo, con sentenze 25 novembre 2009, n. 11649 e 26 novembre 2009, n. 11789, ha respinto entrambi i ricorsi. In particolare, si è affermato che è idoneo a supportare gli atti adottati l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006, ed il richiamo, *per relationem*, del provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa amministrazione aveva provveduto alla risoluzione sulla base di ripetuti inadempimenti contrattuali. Del resto, si aggiunge, dalla copiosa documentazione versata in atti da Trenitalia emergerebbero le reiterate contestazioni di condotte implicantì senz'altro una valutazione, ad opera di quest'ultima, della inadeguatezza del comportamento contrattuale tenuto dalla PMA rispetto all'esigenza di garantire il carattere fiduciario del rapporto.

4.– Il ricorrente in primo grado ha proposto, avverso le predette sentenze,

due autonomi appelli, prospettando le censure già formulate in primo grado e chiedendo la riforma delle statuizioni del primo giudice.

4.1.– Si è costituita in giudizio Trenitalia chiedendo il rigetto dell'appello.

4.2.– Si sono costituite le società controinteressate, indicate in epigrafe, chiedendo il rigetto dell'appello.

4.3.– Con ordinanze 9 febbraio 2010, n. 56 e n. 57 la Sezione ha ritenuto necessario, in entrambi i giudizi, l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, affidata al prof. Enrico Laghi, al fine di chiarire i seguenti aspetti:

«a) se le verifiche effettuate dalla società di certificazione S.G.S. in ordine alla qualità del servizio di pulizia erogato a favore di Trenitalia da Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a. nel periodo ottobre 2006 – marzo 2009 si siano svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del contraddittorio, nonché la terzietà e imparzialità del soggetto verificatore, indagando, a tal fine, anche in merito ai rapporti esistenti tra S.G.S. e Trenitalia; b) se le verifiche effettuate da S.G.S. in ordine alla qualità del servizio di pulizia possano considerarsi tecnicamente valide ed attendibili, specie considerando il periodo di tempo in cui si sono svolte, i criteri di campionamento utilizzati, il numero dei treni controllati, gli aspetti del servizio oggetto di verifica; c) se, alla luce della carenze riscontrate nell'espletamento del servizio di pulizia effettuato da P.M.I. nel periodo ottobre 2006 – marzo 2009, sia possibile ritenere tecnicamente attendibile il risultato finale cui giunge la verifica commissionata da Trenitalia, che individua scostamento percentuale di qualità mancante dell'impianto superiore al limite e ai casi stabiliti nel CTO parte A, art. 11.2.5. (cioè uno scostamento superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto)».

4.4.– Il Consiglio di Stato, all'esito della disposta istruttoria, ha accolto gli

appelli.

In particolare, si è ritenuto che l'assunto su cui si sono fondati gli atti impugnati, secondo cui a seguito dei contestati inadempimenti sarebbe irreversibilmente venuto meno il rapporto fiduciario, risulta smentito da una serie di elementi: 1) «Trenitalia, pur richiamando inadempimenti risalenti all'anno 2006, ha stipulato nel luglio 2007, con PMA un nuovo contratto applicativo dell'accordo quadro; inoltre, con le note 31 luglio 2008, 30 ottobre 2008, 6 febbraio 2009 Trenitalia ha prorogato il contratto già scaduto, senza fare alcun riferimento a pregresse inadempienze, e lo ha fatto pur avendo già ricevuto il rapporto di SGS (risalente al 15 aprile 2008); 2) «Trenitalia nella fase di prequalifica della gara ha ritenuto sussistenti i requisiti di partecipazione, ivi compreso quello di cui all'art. 38, comma 1, lettera f), atteso che, altrimenti, non avrebbe dovuto ammettere PMA al proseguo della procedura. Ancora in quel momento, quindi, i fatti sulla cui base è stato poi adottato il provvedimento impugnato, pur essendo già noti a Trenitalia, non sono stati ritenuti di gravità tale da menomare il rapporto fiduciario con l'impresa appellante».

Nelle sentenze in esame il Consiglio di Stato ha poi affermato che: «questo quadro, già di per sé in grado di rivelare una forte contraddittorietà nel comportamento di Trenitalia e di menomare, di conseguenza, la motivazione del provvedimento impugnato, è poi ulteriormente aggravato dalle conclusioni rese dal ctu in ordine alle modalità di accertamento della grave negligenza da parte di

SGS». Il consulente ha, infatti, evidenziato, si prosegue nelle sentenze, che: «a) le verifiche effettuate da SGS non si sono svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio (pur riconoscendo che

SGS sia un soggetto terzo e che non vi sono elementi per ritenere che abbia operato in assenza del requisito di imparzialità); b) le verifiche effettuate da SGS in relazione alla qualità del servizio di pulizia del materiale rotabile presentano incoerenze, in termini di periodo di tempo in cui si sono svolte le verifiche, criteri di campionamento utilizzati, numero dei treni controllati e aspetto del servizio oggetto di verifica. Di conseguenza, conclude il ctu, le verifiche effettuate da SGS, pur tecnicamente in astratto valide, non possono essere ritenute coerenti e attendibili se riguardate rispetto alle previsioni contenute nel capitolato tecnico organizzativo- CTO; c) la verifica commissionata da Trenitalia a SGS, relativa al periodo gennaio-febbraio 2008, non ha rilevato uno scostamento percentuale della qualità mancante mensile superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto; bensì ha accertato – peraltro in modo incoerente rispetto a quanto previsto dal CTO e, dunque tecnicamente inattendibile – uno scostamento di qualità mancante superiore al 20% per il solo periodo (circa un mese) rispetto al quale è stata condotta la verifica». Ancora si afferma che: è vero, come sostiene Trenitalia, che gli atti impugnati non si fondavano «esclusivamente sul rapporto di SGS (ma anche sulle “innumerevoli contestazioni penali e detrazioni”): ciò nonostante, tuttavia, i vizi che inficiano il rapporto di SGS (che comunque viene indicato come elemento della motivazione del provvedimento di esclusione), unitamente alle contraddittorietà sopra riscontrate relative al comportamento di Trenitalia, fanno emergere numerosi indici sintomatici di eccesso di potere, alla stregua dei quali creando il ragionevole dubbio che il provvedimento impugnato sia in realtà motivato da ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario».

Per le ragioni sin qui esposte, il Consiglio di Stato ha accolto gli appelli e annullato gli atti impugnati in primo grado.

5.– Trenitalia ha impugnato le predette sentenze in Cassazione, rilevando l'avvenuta invasione da parte del giudice amministrativo di spazi di competenza: *i)* del giudice ordinario afferenti alla fase di esecuzione del rapporto; *ii)* dell'amministrazione, a cui si è sostituito.

5.1.– La Cassazione, con sentenze 17 febbraio 2012, n. 2312 e n. 2313, ha accolto il secondo motivo di ricorso. In particolare, si è ritenuto che il Consiglio di Stato abbia ecceduto dai poteri cognitivi, invadendo sfere riservate alla pubblica amministrazione. In particolare, si è affermato che sindacato sulla motivazione del rifiuto da parte della stazione appaltante, in un ambito, quello relativo all'accertamento della mala fede o grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, riservato al giudizio della stazione appaltante, deve «essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa (ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente)» (le ulteriori argomentazioni sono riportate nella parte in diritto).

Per le ragioni sin qui esposte i giudici di legittimità hanno cassato le decisioni impugnate, rinviando, per la fase rescissoria, la decisione finale al Consiglio di Stato.

6.– PMA ha riassunto la causa innanzi al Consiglio di Stato, rilevando, in via preliminare, che le sentenze cassate dalla Cassazione si fondavano sulla

contraddittorietà dei comportamenti tenuti da Trenitalia e che ciò fosse sufficiente a ritenere illegittimi gli atti impugnati. Sono stati, poi, riproposti i motivi contenuti nell'atto di appello.

6.1.– Si è costituita in giudizio Trenitalia, rilevando che, alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza della Cassazione, l'appello deve essere rigettato.

6.2.– Con memoria del 3 ottobre 2012, l'appellante ha fatto presente che, con decreto 20 aprile 2011 del Tribunale fallimentare di Roma, la PMA è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria. Successivamente, con decreto 18 luglio 2012, è stata disposta la conversione della predetta procedura in fallimento. Essendosi realizzata una interruzione *ope legis* del giudizio, con il predetto atto il Fallimento della PMA ha riassunto il giudizio.

6.3.– Con successiva memoria PMA ha chiesto che la causa venisse rinviata per essere decisa unitamente ad altri due ricorsi in appello recanti i numeri 6929 e 7612 del 2012. In particolare, si è rilevato che con tali ricorsi è stata impugnata la sentenza 27 aprile 2012, n. 3810 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio che ha rigettato la domanda con cui il Fallimento di PMA ha impugnato il provvedimento del 3 settembre 2010. In particolare, con tale provvedimento Trenitalia s.p.a. – premesse le contestazioni di grave negligenza notificate all'impresa nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con l'accordo quadro n. 1691 del 2006 relativamente al lotto 15-Sardegna, e considerati altresì i reiterati gravi inadempimenti della medesima impresa rispetto agli obblighi contrattuali, circostanze tutte in forza delle quali in data 15 luglio 2010 è stata disposta la risoluzione del contratto – ha stabilito la conferma degli atti impugnati nei giudizi che

rilevano in questa sede.

6.4.– Trenitalia ha presentato, anch'essa, una memoria con la quale ha dedotto, in via preliminare: a) la pendenza innanzi al Tribunale di Roma dei giudizi proposti da PMA avverso le risoluzioni dei rapporti contrattuali sui lotti numeri 8 Liguria e 1 Lombardia disposte con note del 7 maggio 2009; b) «la pendenza dinanzi al Tar del giudizio sul provvedimento di aggiudicazione del lotto 20 e del giudizio sul provvedimento di aggiudicazione del lotto 18 (...) in cui la società aggiudicataria ha proposto ricorso incidentale contro l'ammissione di PMA alla procedura di gara». Nel merito sono state ribadite le argomentazioni difensive a giustificazione del rigetto dell'appello. Con successiva memoria Trenitalia si è opposta alla richiesta di rinvio.

7.– La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 22 maggio 2013.

## DIRITTO

1.– La vicenda amministrativa posta all'esame del Collegio attiene alla legittimità degli atti di revoca dell'aggiudicazione e non ammissione a determinate procedure di gara di Pietro Mazzoni Ambiente s.p.a. (d'ora innanzi solo PMA o impresa) poste in essere da Trenitalia sul presupposto, contemplato dall'art. 38, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), di accertate gravi negligenze nella fase di esecuzione di pregressi rapporti negoziali.

2.– La Corte di cassazione, con sentenze 17 febbraio 2012, n. 2312 e n. 2313, ha annullato le decisioni del Consiglio di Stato che avevano, accogliendo l'appello proposto da PMA, annullato i predetti atti. La

Cassazione ha ritenuto che, nello svolgimento del sindacato giurisdizionale, il giudice amministrativo avesse invaso spazi riservati alla competenza della pubblica amministrazione. Nel disporre tale annullamento ha rinviato la controversia al Consiglio di Stato per la decisione della fase rescissoria.

3.– La connessione, oggettiva e soggettiva, tra gli appelli proposti impone la loro riunione affinché gli stessi siano decisi con un'unica decisione.

4.– In via preliminare, deve rilevarsi come la Sezione non abbia accolto l'istanza di rinvio presentata dalla parte resistente. Infatti, la circostanza che Trenitalia ha, con un successivo provvedimento, confermato il contenuto degli atti impugnati in questa sede in ragione di una accertata ulteriore causa di inadempimento di un precedente rapporto non è idonea ad incidere direttamente sull'esito della controversia in esame. In definitiva, fondandosi gli atti impugnati, nei giudizi di cui si chiede la riunione, su diverse ragioni di inadempimento di contratti pregressi, non sussiste la necessità di un loro trattazione congiunta.

5.– Nel merito l'appello, riproposto nell'atto di riassunzione, prescindendo dalle eccezioni preliminari sollevate da Trenitalia, non è fondato.

6.– Su un piano generale, è necessario indicare, nei limiti di quanto rileva in questa sede, quali sono i casi in cui è consentito il ricorso in Cassazione, alla luce dell'evoluzione delle forme di tutela innanzi al giudice amministrativo e, in particolare, delle modalità del sindacato sull'eccesso di potere.

6.1.– L'art. 111, ultimo comma, della Costituzione prevede che contro le decisioni del Consiglio di Stato il ricorso in Cassazione è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (medesima disposizione è contenuta nell'art. 110 cod. proc. amm.).

La dizione impiegata deve essere intesa nel senso che le sentenze del

Consiglio di Stato sono impugnabili quando le stesse superano il cosiddetto *limite esterno* della giurisdizione, che si realizza in presenza: *i*) della violazione dei criteri di riparto della giurisdizione, con conseguente invasione della sfera spettante ad altra giurisdizione; *ii*) del rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale sul presupposto erroneo che la materia non possa essere oggetto di funzione giurisdizionale; *iii*) di un eccesso di potere giurisdizionale, attuato mediante l'invasione di spazi riservati al potere legislativo o, ed è l'aspetto che rileva in questa sede, amministrativo. Non sono, invece, ricorribili per Cassazione le sentenze del Consiglio di Stato per motivi afferenti al superamento dei *limiti interni* alla giurisdizione e cioè alle modalità mediante le quali viene garantita la tutela giurisdizionale (Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4852; 16 febbraio 2009, n. 3688; 16 dicembre 2008, n. 29348).

L'accertamento di un eccesso di potere giurisdizionale può comportare, in presenza di una vicenda complessa e sul presupposto che esistono spazi per un giudizio di legittimità, che la Cassazione disponga, come è avvenuto nella specie, il rinvio della questione al Consiglio di Stato per la decisione della fase rescissoria. Ciò sul presupposto che la Cassazione non può «sotto alcun profilo» vincolare il «contenuto di merito o di rito» della decisione finale (cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77).

6.2.– Il codice del processo amministrativo, consacrando una lunga elaborazione giurisprudenziale, ha introdotto il principio della pluralità delle azioni e trasformato, anche mediante il potenziamento dei mezzi istruttori che consentono l'accesso al fatto, il processo amministrativo da un processo sull'atto ad un processo che valuta, nei limiti che si indicheranno, il rapporto dedotto nel giudizio stesso. L'esigenza di concludere il processo

mediante l'adozione di una sentenza che sia soddisfattiva della pretesa azionata rende sempre più penetrante il sindacato del giudice amministrativo sul potere pubblico. Ciò non implica, però, che il giudice amministrativo possa invadere sfere di attribuzioni spettanti alla pubblica amministrazione. In presenza di una attività discrezionale, la valutazione comparativa degli interessi pubblici primari, secondari e degli interessi privati spetta alla autorità pubblica e il giudice amministrativo, al di fuori del casi di giurisdizione estesa al merito, può svolgere il proprio controllo, oltre che in presenza di violazioni di legge, soltanto quando l'attività amministrativa deborda nell'eccesso di potere.

6.2.1.— Nella impostazione tradizionale l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere - evocata, come si dirà nel prosieguo, nella presente controversia - era rappresentata dallo *sviamento di potere*. Il ricorrente, per ottenere l'annullamento dell'atto doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. Nel corso degli anni, preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali, a solo titolo esemplificativo, la motivazione insufficiente, l'errore di fatto, l'ingiustizia grave e manifesta, la contraddittorietà interna ed esterna, la violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa.

Le predette figure, inizialmente ritenute sintomatiche dello sviamento di potere, hanno acquisito, nella prassi giudiziaria, una loro autonomia essendo state ricondotte ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare, al principio di ragionevolezza (Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio

2013, n. 4011; 21 gennaio 2013, n. 301) o, secondo una diversa impostazione, al principio di proporzionalità. In questa prospettiva, tesa a rafforzare le forme di tutela, è sufficiente, in presenza di una specifica domanda, che ricorra una di esse affinché si possa annullare un provvedimento amministrativo senza che sia necessario effettuare un confronto tra l'interesse pubblico tipico e l'interesse concreto perseguito dall'amministrazione per dimostrare lo sviamento di potere e cioè che quest'ultima non abbia perseguito le finalità istituzionali che la legge gli impone di assicurare. In definitiva, le figure in esame sono divenute regole di condotta tipizzate a livello giurisprudenziale, secondo uno schema aperto che consente il continuo adattamento alle esigenze di tutela, la cui violazione determina l'illegittimità degli atti impugnati. Lo strumento delle figure sintomatiche è utilizzabile anche quando il sindacato ha ad oggetto una attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica. In questo caso, in ragione dell'esistenza di nozioni proprie del sapere specialistico, il giudice amministrativo, al fine di esercitare un controllo intrinseco, può avvalersi anche dell'ausilio di un verificatore o di un consulente tecnico d'ufficio (artt. 66 e 67 cod. proc. amm.).

Il giudice invece non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). In questo ambito si possono collocare anche quelle materie la cui valutazione, per ragioni diverse, viene riservata alla pubblica amministrazione. In particolare, per quanto rileva in questa sede, si pensi ai poteri negoziali esercitati dall'amministrazione – in relazione a determinati rapporti che rinviano a concetti giuridici

indeterminati – che possono poi costituire il presupposto per l'esercizio di diversi poteri di natura amministrativa. In questo caso il sindacato del giudice amministrativo “sul presupposto” ha valenza incidentale ed è finalizzato a valutare se l'amministrazione ha, in ipotesi, esercitato in maniera cattiva il potere amministrativo.

In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa.

6.2.2.– L'accertamento nel processo dell'eccesso di potere, nelle diverse manifestazioni indicate, spetta al giudice amministrativo mediante l'analisi dei fatti e della motivazione (Cass., sez. un., 8 marzo 2012, n. 3622; il principio è contenuto anche nella giurisprudenza più risalente, Cass., 4 maggio 1960, n. 1006; Cass., 15 marzo 1972, n. 745; Cass., 14 maggio 1987, n. 4442), con la conseguenza che soltanto se tale figura non esiste la contestazione giudiziale si risolve in un non consentito sindacato sulle scelte riservate all'amministrazione.

7.– Nello specifico, occorre, adesso, valutare le statuizioni contenute nelle sentenze del Consiglio di Stato e i vizi riscontrati dalla Cassazione al fine di risolvere, attraverso la previa individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale accertato, la presente controversia.

7.1.– Il Consiglio di Stato ha fondato le decisioni annullate sui seguenti postulati.

In primo luogo, si è ritenuto che Trenitalia avesse posto in essere una attività connotata da contraddittorietà. La stessa, infatti, ha revocato l'aggiudicazione ovvero non ammesso alla gara PMA richiamando

inadempimenti relativi a pregressi rapporti nonostante successivamente ad essi avesse stipulato con l'impresa un nuovo contratto applicativo dell'accordo quadro e prorogato i contratti scaduti.

In secondo luogo, si è ritenuto che tale quadro «già di per sé in grado di rivelare una forte contraddittorietà nel comportamento di Trenitalia e di menomare, di conseguenza, la motivazione del provvedimento impugnato» fosse «ulteriormente aggravato dalle conclusioni rese dal c.t.u.» in ordine alle modalità di accertamento della grave negligenza da parte di SGS. Il consulente ha, infatti, evidenziato che le: *i)* verifiche effettuate da SGS non si sono svolte con modalità tali da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio; *ii)* le verifiche effettuate da SGS non possono essere ritenute coerenti e attendibili se riguardate rispetto alle previsioni contenute nel CTO; *iii)* la verifica commissionata da Trenitalia a SGS, relativa al periodo gennaio-febbraio 2008, non ha rilevato uno scostamento percentuale della qualità mancante mensile superiore al 20% per più di tre volte nel corso dell'appalto.

Infine, si è concluso rilevando che, pur se è vero, come sostiene Trenitalia, che gli atti impugnati si fondavano anche sulle «innumerevoli contestazioni penali e detrazioni» i vizi che inficiano il rapporto di SGS, unitamente alle contraddittorietà sopra riscontrare, fanno sorgere «il ragionevole dubbio che il provvedimento impugnato sia in realtà motivato da ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario».

7.2.– La Corte di cassazione ha cassato, con rinvio, le decisioni del Consiglio di Stato per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si è rilevato come si sottragga alla censura di sconfinamento del potere cognitivo la parte delle sentenze in cui si è

accertata l'esistenza di comportamenti contraddittori posti in essere da Trenitalia, ancorché, come si dirà oltre, ritenuti non sufficienti a condurre all'annullamento degli atti impugnati.

In secondo luogo, si è sottolineato come l'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163 del 2006 rimetta alla stazione appaltante la scelta di individuare il punto di rottura dell'affidamento con il futuro contraente. Si afferma, condividendo un rilievo contenuto nel ricorso, che l'ambito valutativo riservato all'amministrazione non è segnato da regole tecniche delle quali sia possibile controllare la coerenza e la adeguatezza ma è qualificato da evidenti riserve di «soggettività della scelta».

Ne consegue che il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della «*non pretestuosità*» della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, al fine di ritenere esistente il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera «*non divisibilità*» della valutazione stessa «ove si recepiscano, come ha fatto il giudice amministrativo, le considerazioni esposte dal consulente». In questa prospettiva, il giudice amministrativo può accertare «*l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate*» ma non può valutare «solamente la insufficienza dei dati addotti a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura».

Infine, si conclude rilevando come il Consiglio di Stato - ritenendo non sufficiente l'elemento della contraddittorietà e non attribuendo rilevanza alle altre dedotte «innumerevoli contestazioni penali e detrazioni» - per ritenere sussistente «il ragionevole dubbio» della esistenza di ragioni diverse rispetto alla carenza dell'elemento fiduciario» si è basato sulle risultanze

della consulenza, incorrendo, per le ragioni indicate, nell'eccesso di potere cognitivo.

7.3.– Il Collegio ritiene, alla luce di quanto sin qui esposto, che l'appellante non ha dimostrato che la stazione appaltante abbia debordato dai limiti della propria discrezionalità, per le ragioni di seguito indicate idonee ad attribuire connotati di peculiarità alle fattispecie in esame.

7.3.1.– L'art. 38, lettera, f) del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che sono esclusi dalla partecipazione alla gara gli operatori economici che «secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara».

La disposizione in esame, pur nella sua apparente unitarietà, contempla un fatto complesso che impone la distinzione tra il giudizio afferente alla fase negoziale del pregresso rapporto e il giudizio relativo all'esercizio di poteri amministrativi.

Il primo giudizio è riservato all'amministrazione che, quale parte di un pregresso rapporto, può ritenere che l'altra parte abbia posto in essere, nell'esecuzione delle prestazioni, un comportamento connotato da grave negligenza o malafede. L'amministrazione potrebbe, come è avvenuto nella specie, decidere di risolvere il contratto stipulato. In questo caso, qualora insorgano contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al giudice ordinario, che esercita un controllo pieno sulle *cause interne* che hanno condotto alla interruzione del rapporto negoziale.

Il secondo giudizio spetta anch'esso all'amministrazione che, considerati nel modo anzidetto i pregressi rapporti negoziali, adotta, nell'esercizio di un potere pubblico, la determinazione con la quale esclude una impresa da una

gara ovvero annulla una aggiudicazione già disposta. Si tratta di un potere discrezionale che deve valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi. In questo caso, se insorgono contestazioni, la competenza a dirimerle spetta al giudice amministrativo, che esercita un controllo sulle *cause esterne* che hanno determinato la rottura del rapporto fiduciario al fine di accertare se esiste una figura sintomatica dell'eccesso di potere idonea a comportare l'illegittimità degli atti amministrativi (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761). In tale prospettiva, l'interruzione della relazione fiduciaria relativa al pregresso rapporto costituisce un *presupposto* per l'esercizio del potere pubblico, con la conseguenza che il sindacato, come rilevato dalla Cassazione, deve limitarsi a valutare l'eventuale inesistenza o dissimulazione del presupposto stesso.

7.3.2.– Nella specie l'appellante non ha dimostrato che ricorre una figura sintomatica dell'eccesso di potere né la stessa è emersa all'esito della disposta consulenza tecnica.

In relazione al primo aspetto, deve rilevarsi che la domanda di annullamento proposta si è basata sull'asserita esistenza di uno *sviamento di potere* fondato sul perseguimento di interessi diversi da quelli prefigurati dalla normativa attribuita del potere stesso. L'appellante non ha, invece, evocato, quale figura autonoma di eccesso di potere, la contraddittorietà tra atti posti in essere da Trenitalia, in quanto la stessa è stata richiamata nel contesto della censura relativa al difetto di motivazione ovvero nell'ambito di una impostazione difensiva mirata a provare l'esistenza dello sviamento del potere. In questa prospettiva, era onere della parte dimostrare che

effettivamente la stazione appaltante avesse voluto, mediante l'adozione degli atti impugnati, raggiungere uno scopo diverso da quello tipizzato dalla legge di disciplina dell'azione pubblica. Questa prova, oggettivamente difficile, non è stata fornita, in quanto la contraddittorietà dei comportamenti di Trenitalia, fondata sulla proroga di contratti scaduti e sulla stipulazione di un nuovo contratto applicato, non ha raggiunto, avuto riguardo alla sufficiente motivazione contenuta negli atti impugnati, una soglia tale da fare ritenere che l'impresa abbia dimostrato, in concreto, che il fine perseguito fosse quello di estrometterla dalla gestione degli appalti in essere per aprire il mercato a nuovi e diversi operatori economici.

In relazione al secondo aspetto, gli esiti della consulenza tecnica, sopra riportati, hanno consegnato un giudizio di *non condivisione* degli accertamenti disposti dalla stazione appaltante ma non di insussistenza o dissimulazione del presupposto costituito dalla grave negligenza nell'esecuzione delle prestazioni negoziali. La relazione tecnica non ha, pertanto, neanche essa fatto emergere la figura sintomatica dell'eccesso di potere evocata dagli appellanti. Si tenga conto, inoltre, che le determinazioni assunte da Trenitalia si sono fondate, come risulta dalla motivazione e dagli atti del processo, anche su altre contestazioni relative alle modalità di svolgimento del servizio da parte dell'impresa.

In definitiva, deve ritenersi che, per le ragioni sin qui esposte, non è stato dimostrato né risulta dalla documentazione acquisita al giudizio che Trenitalia abbia inteso perseguire scopi diversi da quelli esternati nella congrua motivazione dei provvedimenti oggetto di impugnazione nei giudizi di primo grado.

8.– La fase rescissoria deve essere, pertanto, definita nel senso del rigetto

degli appelli proposti con gli atti di riassunzione.

9.– La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, riuniti i giudizi, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta gli appelli proposti con i ricorsi in riassunzione, indicati in epigrafe;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/08/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

# Ministero della Giustizia

## Percorsi chiari e precisi, un tuo diritto

[Home](#) » [Strumenti](#) » [Sentenze Corte europea diritti dell'Uomo](#)

Hai cercato:

◦ data di pubblicazione: Anno 2011

[Torna indietro](#)

## **Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia**

*Traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, eseguita dai funzionari linguistici Martina Scantamburlo e Rita Carnevali*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO  
SECONDA SEZIONE  
CAUSA A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIA  
(Ricorso n. 43509/08)  
SENTENZA  
STRASBURGO - 27 settembre 2011

Questa sentenza diverrà definitiva alle condizioni definite nell'articolo 44 § 2 della Convenzione. Può subire modifiche di forma.

**Nella causa A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia,**

La Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda sezione), riunita in una camera composta da:

Françoise Tulkens, presidente,

David Thór Björgvinsson,

Dragoljub Popović,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque, giudici,

e da Stanley Naismith, cancelliere di sezione,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 30 agosto 2011,

Emette la seguente sentenza, adottata in tale data:

### **PROCEDURA**

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 43509/08) presentato contro la Repubblica italiana con cui una società italiana, la A. Menarini Diagnostics S.R.L. («la ricorrente»), ha adito la Corte il 10 settembre 2008 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»).

2. La società ricorrente è stata rappresentata dagli avvocati G. Romano, del foro di Benevento e A. Mascia, del foro di Verona. Il governo italiano («il Governo») è stato rappresentato dal suo agente E. Spatafora, e dal suo co-agente P. Accardo.

3. La società ricorrente lamenta la mancanza di «piena giurisdizione» del giudice amministrativo nel sistema nazionale, così ponendo un problema in termini di accesso alla giustizia.

4. Il 20 aprile 2010 il presidente della seconda sezione ha deciso di informare il Governo del ricorso. Come consentito dall'articolo 29 § 1 della Convenzione, ha inoltre deciso che la sezione si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito.

### **IN FATTO**

## I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

5. La ricorrente, A. Menarini Diagnostics S.R.L., è una società italiana con sede sociale a Firenze.

6. I fatti della causa, così come esposti dalle parti, si possono riassumere come segue.

7. La società ricorrente commercializza numerosi test per la diagnosi del diabete. Nel 2001 l'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), autorità amministrativa indipendente, procedette ad una inchiesta contro la società ricorrente ed altre quattro società farmaceutiche per aver messo in atto pratiche anticoncorrenziali in virtù dell'articolo 2 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 sulla tutela della concorrenza e del mercato.

8. Nel 2003 l'AGCM contestò alla ricorrente di aver partecipato ad un cartello avente per scopo la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato dei test per la diagnosi del diabete.

9. Con decisione del 30 aprile 2003, notificata alla società ricorrente il 15 maggio 2003, l'AGCM inflisse alla società ricorrente una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test per la diagnosi del diabete in virtù delle norme in materia di concorrenza previste dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990. In particolare, l'AGCM affermò che la sanzione doveva rappresentare un deterrente per qualsiasi altra azienda farmaceutica.

10. La ricorrente pagò la somma il 26 gennaio 2004.

11. L'8 luglio 2003 la società ricorrente presentò ricorso avverso tale decisione dinanzi al tribunale amministrativo del Lazio (di seguito TAR). A sostegno del suo ricorso, la ricorrente negò di aver partecipato ad un cartello per fissare i prezzi dei test diagnostici e criticò le conclusioni formulate nei suoi confronti. Inoltre, la società contestò l'esposizione e la qualificazione dei fatti operate dall'AGCM.

12. La società contestò inoltre l'importo della sanzione pecuniaria ed eccepì l'incostituzionalità dell'articolo 33 della legge n. 287 del 1990 nella parte in cui escludeva un controllo di piena giurisdizione da parte dei tribunali. La società ricorrente chiedeva al tribunale di sospendere la decisione dell'AGCM, di annullarla nel merito e di ridurre la sanzione del 10 %.

13. Con sentenza del 3 dicembre 2003, il TAR rigettò il ricorso della ricorrente, ribadendo che il controllo del tribunale sulle decisioni dell'AGCM era esclusivamente un controllo di legittimità. Nella misura in cui la doglianza della società ricorrente verteva sull'eccesso di potere da parte dell'autorità amministrativa, il giudice amministrativo poteva controllare soltanto la rilevanza e la motivazione dell'atto dell'amministrazione, ma non aveva il potere di sostituirsi all'AGCM.

14. Il TAR sottolineò che aveva pieno controllo sulla valutazione dei fatti e l'applicazione della sanzione, ma per quanto riguarda la qualificazione giuridica dei fatti operata dall'AGCM, il controllo era limitato alla legittimità dell'atto amministrativo.

15. Per quanto riguarda la sanzione, il TAR confermò l'applicazione dell'articolo 15 della legge n. 287 del 1990. In particolare, il TAR affermò che quando la doglianza concerne l'eccesso di potere, il giudice amministrativo può verificare se la decisione impugnata è logica, opportuna, ragionevole, correttamente motivata ma non può sostituire le proprie valutazioni sulla fondatezza a quelle dell'AGCM. Sostenne che il controllo giurisdizionale è in questo caso «debole» poiché si tratta di un controllo sulla ragionevolezza e sulla coerenza tecnica della decisione adottata, senza che il giudice possa far prevalere la propria valutazione tecnica su quella dell'AGCM. In questo contesto, il TAR sottolineò che vi era «certamente una perdita relativamente all'efficacia della difesa, dal momento che al giudice non è consentito effettuare un controllo intrinseco». Inoltre, secondo il TAR «il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'AGCM; allo stesso modo il giudice può applicare solo le norme individuate dall'AGCM e non può sostituirle con altre; non può modificare le caratteristiche dell'inchiesta e, di conseguenza nemmeno la decisione adottata. Può solo verificarne la legittimità».

16. Il 15 luglio 2004 la ricorrente impugnò la sentenza dinanzi al Consiglio di Stato.

17. La società ricorrente sosteneva che il TAR, limitandosi al controllo di legittimità dell'atto dell'AGCM, aveva omesso di valutare il comportamento della società ricorrente sanzionato dall'AGCM. Sosteneva inoltre che la sanzione applicata era illegittima. In particolare affermava che il contenuto della norma che definiva l'illecito non era stato determinato dal legislatore e che l'AGCM aveva il potere di determinarne il contenuto al momento della valutazione del caso di specie. Infine, lamentava la mancanza di «piena giurisdizione» del giudice amministrativo nel sistema nazionale.

18. Con sentenza del 16 marzo 2006 il Consiglio di Stato rigettò il ricorso della società ricorrente. Osservò

che la competenza del giudice amministrativo è limitata ad un controllo di legittimità, ma che l'accesso alla giustizia non ne era limitato in quanto il giudice amministrativo poteva valutare gli elementi di prova raccolti dall'AGCM. Inoltre il Consiglio di Stato ricordò che quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, il giudice amministrativo non ha il potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente. Tuttavia può accertare se l'amministrazione abbia fatto un uso adeguato dei suoi poteri. Per quanto riguarda la sanzione, il Consiglio di Stato ricordò che il proprio controllo era di piena giurisdizione dal momento che esso poteva accertare l'adeguatezza della sanzione all'infrazione commessa, e, se necessario, sostituire la sanzione.

19. Il Consiglio di Stato stabilì che il controllo del giudice amministrativo era compatibile con la Costituzione.

20. Il 10 luglio 2006 la società ricorrente propose ricorso per cassazione.

21. Con sentenza depositata il 17 marzo 2008 la Corte di cassazione dichiarò tale ricorso inammissibile. La Suprema Corte confermò la decisione del Consiglio di Stato e sostenne che, per quanto riguarda le decisioni dell'AGCM, il controllo esercitato dai giudici amministrativi era un controllo di piena giurisdizione poiché il giudice amministrativo può accertare la veridicità dei fatti che hanno motivato la sanzione. Tuttavia, quando l'amministrazione ha un potere discrezionale, il giudice amministrativo non ha il potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, ma può controllare la razionalità e la coerenza del potere esercitato dall'amministrazione. Secondo la Corte di cassazione, la questione sollevata dalla società ricorrente non riguardava la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, ma il suo esercizio. In questo caso, il giudice amministrativo aveva correttamente esercitato il proprio potere di valutazione dei fatti.

22. In conclusione, ricordando che esercitava solo una competenza di natura giurisdizionale, la Corte dichiarò inammissibile il ricorso della società ricorrente.

## II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI PERTINENTI

23. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è una «autorità indipendente» creata dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (legge per la tutela della concorrenza e del mercato - «la legge»). In quanto autorità indipendente, essa ha lo status di ente pubblico e le sue decisioni vengono prese a norma di legge senza alcuna possibilità di ingerenza da parte del governo. Tale autorità ha la funzione di deliberare sulle pratiche e le intese restrittive della libera concorrenza, nonché sulle pubblicità ingannevoli e comparative. Inoltre è incaricata di dirimere i conflitti di interesse in applicazione della legge n. 215 del 20 luglio 2004.

24. Legge n. 287 del 10 ottobre 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato:

### Articolo 2 - Intese restrittive della libertà di concorrenza

«1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

- a. fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
- b. impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c. ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d. applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- e. subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.»

### Articolo 15 - Diffide e sanzioni

«1. Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio (...), determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione.

2. In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

2-bis. L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.»

### **Articolo 33 - Competenza giurisdizionale**

«1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio.»

25. Il diritto interno pertinente all'epoca dei fatti

Ai tribunali amministrativi sono attribuiti tre tipi di giurisdizione:

- a. La giurisdizione generale di legittimità;
- b. La giurisdizione speciale estesa al merito;
- c. La giurisdizione speciale esclusiva;
- d. Le autorità amministrative indipendenti (AAI).

#### **A. La giurisdizione generale di legittimità**

La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo è di tipo generale. Il giudice amministrativo è competente per tutte le questioni relative alla legittimità di un atto amministrativo che ha leso un interesse legittimo salvo che la controversia non sia riservata alla competenza delle altre giurisdizioni speciali (Corte dei conti, Tribunale superiore delle acque pubbliche, Commissione tributaria).

Nella giurisdizione di legittimità, l'oggetto della controversia è costituito dal provvedimento contestato e non dal rapporto giuridico che ha dato origine alla controversia. Sotto questo punto di vista, la giurisdizione di legittimità differisce dalla giurisdizione esclusiva. È opportuno aggiungere che il controllo del giudice amministrativo, anche se limitato alla tutela degli interessi legittimi, può essere esteso incidenter tantum (con effetto limitato al caso in esame), a questioni pregiudiziali ed accessorie relative ai diritti soggettivi, la cui risoluzione è necessaria rispetto alla questione principale.

Il giudice amministrativo, nella giurisdizione di legittimità, può pronunciare con effetto costitutivo [sic] sentenze di annullamento degli atti amministrativi illegittimi quando i fatti non corrispondono a quelli che l'amministrazione ha preso in considerazione per l'adozione del provvedimento. Tuttavia, il giudice non può sostituirsi all'autorità amministrativa ed adottare, al suo posto, la misura richiesta dal ricorrente. Al riguardo, la giurisdizione di legittimità differisce dalla giurisdizione estesa al merito. Oltre ai casi espressamente definiti dalla legge, il giudice amministrativo non ha il potere di ordinare all'amministrazione di adottare determinate misure.

#### **B. La giurisdizione estesa al merito**

La giurisdizione estesa al merito dei tribunali amministrativi sostituisce un'eccezione. Essa può essere esercitata solo per le materie strettamente previste dalla legge. Tali materie non possono essere estese per analogia a causa della natura eccezionale delle norme che prevedono la giurisdizione estesa al merito. Quest'ultima consente al giudice di esaminare non solo la legittimità, ma anche il merito dell'atto

amministrativo in questione, interferendo in un'area solitamente sottratta alla competenza del giudice amministrativo.

La competenza estesa al merito differisce da quella di legittimità per i poteri più ampi che sono riconosciuti al giudice amministrativo. Ciò implica un esame più esteso dei fatti, senza le limitazioni proprie della giurisdizione di legittimità. In particolare è consentito al giudice di verificare in modo autonomo i fatti, di valutare la corrispondenza tra il provvedimento e le esigenze prese in considerazione dalla legge e di determinare con precisione l'esatta portata del principio di diritto stabilito da una decisione.

Al giudice sono conferiti anche ampi poteri di indagine: oltre ad esercitare i poteri tipici della giurisdizione di legittimità, può ordinare tutte le misure istruttorie, secondo quanto stabilito dal regolamento di procedura. In generale sono consentiti tutti i mezzi di prova ammissibili nel contenzioso civile, purché siano compatibili con le caratteristiche del processo amministrativo. Sono ammissibili, in particolare, la prova testimoniale, le ispezioni, le perizie e ogni altra indagine che possa portare all'accertamento dei fatti.

Il giudice non solo può annullare l'atto amministrativo contestato, ma anche riformarlo e sostituirlo o sostituirsi all'autorità amministrativa nell'adozione del provvedimento e, quindi, adottare nuove misure. Il giudice può anche esaminare tutte le questioni relative all'indennizzo. Inoltre, può pronunciare una sentenza di condanna al pagamento della somma di cui l'amministrazione è responsabile.

L'ambito principale della giurisdizione estesa al merito è il giudizio di ottemperanza. Il giudice amministrativo, mediante un commissario ad acta, sostituisce l'amministrazione inadempiente nell'adozione delle misure necessarie per soddisfare la richiesta del ricorrente.

### **C. La giurisdizione esclusiva**

La giurisdizione esclusiva amministrativa è stabilita dalla legge sui TAR e da altre leggi relative a materie per le quali la competenza del giudice amministrativo non è limitata agli interessi legittimi, ma si estende anche ai diritti soggettivi.

Per quanto riguarda i poteri istruttori, il legislatore ha attribuito al giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, degli strumenti analoghi a quelli riconosciuti al giudice ordinario. L'articolo 7 della legge n. 205 del 2000 ha introdotto la possibilità di utilizzare i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile e di ricorrere inoltre alle perizie.

Nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, esistono da una parte le sentenze di annullamento, con le quali il giudice elimina il provvedimento lesivo della posizione giuridica del ricorrente; dall'altra sono previsti dei giudizi di valutazione per risolvere i problemi relativi all'esistenza di una situazione giuridica soggettiva. In caso di annullamento di un atto amministrativo, il giudice indica delle direttive all'amministrazione.

Nel caso in cui accolga il ricorso per motivi di merito, il giudice può modificare o sostituire l'atto.

Quest'ultimo, inoltre, può emettere delle sentenze di condanna che obbligano l'amministrazione ad adottare un determinato comportamento. L'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998 consente attualmente di ordinare la restitutio in integrum.

Sebbene il potere di disapplicazione sia previsto solo per i giudici ordinari secondo la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 154 del 1992 e 799 del 1993), il giudice amministrativo può, anche d'ufficio, impedire l'applicazione degli atti amministrativi in contrasto con le norme di livello superiore, purché non costituiscano l'oggetto della contestazione.

### **D. Le autorità amministrative indipendenti (AAI)**

Non esiste alcuna disposizione di legge che conferisce in linea generale al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti; al contrario, sono le varie leggi riguardanti tali autorità ad attribuire al giudice amministrativo la competenza nel contenzioso che le coinvolge. Tali autorità, infatti, godono di una particolare posizione di indipendenza.

Il controllo del giudice amministrativo è limitato ad una valutazione tecnica degli atti dell'autorità (potere discrezionale tecnico).

La giurisprudenza è consolidata per quanto riguarda la portata del potere del giudice nei confronti della autorità indipendenti: il controllo del giudice copre, senza limiti, l'intero esercizio del potere delle autorità amministrative indipendenti. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515).

Per quanto riguarda le sanzioni dell'AGCM per le pratiche restrittive della concorrenza, la competenza del giudice amministrativo è estesa al merito ai sensi dell'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, applicabile in base all'articolo 31 della legge n. 287 del 1990. Pertanto il giudice può annullare l'atto amministrativo e modificarlo per quanto riguarda la sanzione.

## **IN DIRITTO**

### **I. SULL'ADDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 § 1 DELLA CONVENZIONE**

26. La società ricorrente lamenta di non aver avuto accesso a un tribunale ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione che, nella sua parte pertinente, recita:

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.»

27. Il Governo si oppone a questa tesi.

#### A. Sulla ricevibilità

##### 1. Tesi delle parti

28. Il Governo solleva in primo luogo una eccezione relativa alla incompatibilità *ratione materiae* del ricorso con la Convenzione. Sostiene che l'elemento penale dell'articolo 6 § 1 della Convenzione non è da prendere in considerazione nel caso di specie.

29. Per quanto riguarda i primi tre criteri della giurisprudenza Engel e altri c. Paesi Bassi, (8 giugno 1976, serie A n. 22), il Governo afferma anzitutto che le decisioni dell'AGCM a livello nazionale rientrano tra le «sanzioni amministrative» e non tra le «sanzioni penali». Inoltre, le condotte anticoncorrenziali sono sanzionate non sulla base del diritto penale ma sulla base della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato.

30. Per quanto riguarda il secondo criterio il Governo osserva che lo scopo perseguito dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 è quello di preservare la libera concorrenza sul mercato. Ricorda che tale legge non si applica alle società che gestiscono servizi di interesse economico generale o che esercitano una attività in regime di monopolio sul mercato. Detta legge, pertanto, non pregiudica gli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale. Inoltre, il Governo ricorda che le norme procedurali previste dalla suddetta legge sono diverse dalle leggi penali.

31. Quanto al terzo criterio relativo alla natura e al grado di severità della «sanzione», il Governo sostiene che lo scopo principale della misura è quello di impedire la prosecuzione di una particolare attività in violazione della concorrenza e che la sua applicazione è solo eventuale. Per questi motivi il Governo sostiene che l'effetto dissuasivo della sanzione coesiste con un effetto riparatore. Per quanto riguarda la severità della sanzione il Governo ritiene che debba essere proporzionale al peso economico della società ricorrente, una società multinazionale con una grande potenzialità finanziaria.

32. Secondo il Governo la causa *Société Stenuit c. Francia* (rapporto della Commissione del 30 maggio 1991, serie A n. 232 A) non è applicabile al caso di specie. Ricorda che in varie cause contro la Russia (OOO Neste St. Petersburg, ZAO Kirishiavtoservice, OOO Nevskaya Toplivnaya, ZAO Transservice, OOO Faeton, OOO PTK-Service c. Russia, nn. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01, 69058/01, decisione del 3 giugno 2004) la Corte ha ritenuto che l'articolo 6 non fosse applicabile.

33. La società ricorrente contesta le argomentazioni del Governo. Ritiene che la decisione dell'AGCM sia equivalente ad una decisione sulla fondatezza di una accusa in materia penale.

34. Anzitutto, la società ricorrente ricorda che, per quanto riguarda la natura della sanzione, le indicazioni fornite dal diritto interno hanno un valore relativo. In effetti, l'obiettivo della decisione impugnata è quello di mantenere la libera concorrenza nel mercato italiano. Il fatto che l'AGCM, intervenendo nel caso di specie, abbia disciplinato il mercato relativo ad un prodotto specifico fornito da alcune società farmaceutiche, non può ridurre la portata della legge n. 287 del 1990. Creando l'AGCM, avente statuto di autorità amministrativa indipendente, il legislatore ha voluto assicurare il controllo sulle intese restrittive della concorrenza e sugli abusi di posizione dominante.

35. Secondo la società ricorrente, nel sistema economico italiano, basato sulla libertà del commercio e dell'industria, l'AGCM riveste una funzione fondamentale, in quanto è volta a garantire la creazione di un regime di concorrenza credibile per le aziende. Infatti, i mercati possono contribuire all'efficienza economica solo se la legge garantisce agli operatori la libertà di fissare i prezzi, il libero accesso al mercato, ma anche l'assenza di abusi di posizioni dominanti da parte di chi la detiene. L'AGCM è responsabile del rispetto di questo equilibrio. La legge n. 287 del 1990 incide così sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (si veda, *mutatis mutandis*, *Stenuit c. Francia*, sopra citata, § 64).

36. Per quanto riguarda la gravità della sanzione, la società ricorrente osserva che essa ammonta a sei milioni di euro, una somma per lei eccessivamente elevata. Inoltre, è stata costretta a pagarla pochi mesi dopo la sua imposizione. Come affermato dalla stessa AGCM questa misura doveva costituire un deterrente

per qualsiasi società farmaceutica. La società ricorrente contesta l'affermazione del Governo italiano secondo la quale la sanzione inflitta dall'AGCM sarebbe solo eventuale. I fatti della causa dimostrano che l'AGCM ha voluto identificare la sanzione con una somma importante attribuendole un carattere prettamente punitivo. A sostegno della sua tesi la società ricorrente sottolinea che il carattere punitivo di questo tipo di infrazione [sic] si evince anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (si vedano, tra le altre, le cause Lottomatica S.p.A. e altri, sentenza n. 6469/07, SOGEC s.r.l. e altri, sentenza n. 695/08 e Cinema Orchidea s.r.l., sentenza n. 697/08). In queste cause, il giudice amministrativo ha sottolineato che la sanzione «antitrust» è «tipicamente punitiva». Nella causa RIVOIRA S.p.A. e altri, sentenza n. 1006/08, il Consiglio di Stato ha ribadito l'esigenza che la sanzione abbia «un'adeguata efficacia dissuasiva». Nella sentenza n. 5050 del 5 marzo 2010, la Corte di cassazione ha sottolineato l'aspetto punitivo delle sanzioni «antitrust». Infine, l'AGCM, nella sua relazione annuale del 30 aprile 2008, ha ribadito il carattere dissuasivo della sanzione.

37. In conclusione, la decisione dell'AGCM di infliggere alla società ricorrente una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro deve essere considerata, secondo la società ricorrente, rispetto alla Convenzione, come una decisione sulla fondatezza di una accusa penale (si veda, *mutatis mutandis*, *Stenuit c. Francia*, sopra citata, § 65).

## 2. Valutazione della Corte

38. La Corte ricorda la sua giurisprudenza consolidata, secondo la quale è necessario, per determinare se esista o meno un'«accusa penale», tenere conto di tre criteri: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della «sanzione» (*Engel*, sopra citata). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché l'articolo 6 § 1 trovi applicazione rispetto alle parole «accusa penale», è sufficiente che l'infrazione in questione sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione o abbia esposto l'interessato ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella «materia penale». Ciò non preclude l'adozione di un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non porta ad una conclusione chiara sull'esistenza di un'«accusa penale» (*Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e *Zaicevs c. Lettonia*, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX (estratti)).

39. La Corte constata anzitutto che le pratiche anticoncorrenziali contestate nel caso di specie alla società ricorrente non costituiscono reato secondo il diritto italiano. Le condotte anticoncorrenziali sono infatti sanzionate non sulla base del diritto penale, ma della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 di tutela della concorrenza e del mercato. Tuttavia, ciò non è determinante ai fini dell'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione, poiché le indicazioni fornite dal diritto interno hanno un valore relativo (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 52, serie A n. 73).

40. Per quanto riguarda la natura dell'infrazione, sembra che le disposizioni delle quali è stata contestata la violazione alla società ricorrente fossero volte a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha il compito di vigilare sugli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa incide sugli interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (*Stenuit c. Francia*, sopra citata, § 62). Inoltre va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati. Si può dunque concludere che la sanzione inflitta era basata su norme aventi uno scopo sia preventivo che repressivo (*mutatis mutandis*, *Jussila*, sopra citata, § 38).

41. Per quanto riguarda la natura e la gravità della sanzione «che può essere inflitta» alla ricorrente (*Ezeh e Connors c. Regno Unito* [GC], nn. 39665/98 e 40086/98, § 120, CEDU 2003-X), la Corte constata che essa non poteva essere sostituita con una pena detentiva in caso di mancato pagamento (a contrario, *Anghel c. Romania*, n. 28183/03, § 52, 4 ottobre 2007). Tuttavia, sottolinea che l'AGCM ha inflitto nel caso di specie una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, sanzione avente natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta. Inoltre, la Corte osserva che la ricorrente sottolinea che la natura punitiva di tali infrazioni risulta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

42. Alla luce di quanto precede e tenuto conto dell'elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale (*Öztürk* sopra citata, § 54, e, a contrario, *Inocêncio c. Portogallo* (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I).

43. Del resto, la Corte ricorda anche che, a proposito di alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario e aventi poteri sanzionatori, essa ha deciso che l'articolo 6, nel suo

aspetto penale, si applica in particolare alle decisioni del Consiglio della concorrenza (Lilly c. Francia (dec.), n. 53892/00, 3 dicembre 2002), del Consiglio dei mercati finanziari (Didier c. Francia (dec.), n. 58188/00, 27 agosto 2002) e della Commissione bancaria (Dubus S.A. c. Francia, n. 5242/04, § 36, 11 giugno 2009).

44. Tenuto conto dei vari aspetti della causa, ed avendo esaminato l'importanza di ciascuno di essi, la Corte ritiene che la sanzione inflitta alla società ricorrente sia di natura penale e che l'articolo 6 § 1 sia applicabile nel suo aspetto penale. Di conseguenza, è opportuno rigettare l'eccezione sollevata dal Governo in merito alla inapplicabilità *ratione materiae* dell'articolo 6 della Convenzione.

45. La Corte constata che il ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 della Convenzione e rileva che esso non incorre in nessun altro motivo di irricevibilità. È dunque opportuno dichiararlo ricevibile.

## B. Sul merito

### 1. Argomentazioni delle parti

46. Il governo rileva anzitutto che i giudici amministrativi nazionali esercitano la loro giurisdizione in termini di legittimità e che la portata del loro controllo è indicata nella sentenza di Consiglio di Stato depositata in cancelleria il 16 marzo 2006. Nel caso di specie il giudice amministrativo godeva di una giurisdizione esclusiva che gli ha permesso di conoscere tutta la controversia senza distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi.

47. Il Governo afferma che i giudici nazionali hanno proceduto ad un esame approfondito nel merito. Il fatto che il controllo del giudice amministrativo sia definito controllo di «legittimità» non significa che esso si limiti all'aspetto formale della controversia. Ricorda che il TAR limita il suo controllo alla ragionevolezza della decisione e alla coerenza tecnica della stessa, senza sostituire la sua valutazione tecnica a quella dell'amministrazione. Il giudice amministrativo può esaminare la fondatezza e la proporzionalità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione.

48. Il governo sottolinea inoltre che il Consiglio di Stato ha rigettato le argomentazioni della società ricorrente poiché il controllo giurisdizionale sulla sanzione inflitta è «pieno e particolarmente accurato». In particolare, il giudice amministrativo può annullare le valutazioni tecniche che non sono ragionevoli, logiche e coerenti e può annullare il provvedimento amministrativo in questione. Nel caso di specie, i giudici amministrativi avevano il potere di annullare le ingerenze dell'AGCM e il controllo esercitato sulla sanzione pecuniaria poteva, se del caso, portare ad una riduzione dei suoi effetti.

49. Il Governo richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato che riconosce che, per quanto riguarda le valutazioni tecniche dell'AGCM, il giudice amministrativo deve basarsi su regole e conoscenze tecniche analoghe a quelle cui l'Amministrazione ha ricorso. Inoltre il controllo del giudice può anche riguardare l'analisi effettuata dall'AGCM e quindi portare ad una riconsiderazione delle sue scelte tecniche.

50. Per queste ragioni, il Governo chiede alla Corte di rigettare il ricorso.

51. La società ricorrente ritiene che in questo caso i giudici amministrativi abbiano effettuato solo un controllo di legittimità e che questo tipo di controllo non le consenta di presentare le sue contestazioni davanti ad un «giudice» che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 6 § 1 della Convenzione. Ricorda che, nel caso di una misura proveniente da un organo non giurisdizionale, come l'AGCM, la Corte richiede che la decisione sia soggetta ad un controllo ulteriore da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito che soddisfi le garanzie di cui all'articolo 6 della Convenzione (si veda, tra le altre, Öztürk c. Germania, sopra citata, § 56). Tuttavia, in questo caso, il controllo del giudice amministrativo si è limitato a verificare che la AGCM abbia usato il suo potere discrezionale in maniera coerente con la legge n. 287 del 1990 (si veda, *mutatis mutandis*, Obermeier c. Austria, 28 giugno 1990, § 70, serie A n. 179).

52. La società ricorrente sottolinea che il controllo giurisdizionale del TAR è «debole» e che vi è stata «certamente una perdita di efficacia della difesa, dal momento che è vietato al giudice procedere ad un controllo intrinseco». Inoltre, fa notare che, secondo il TAR, il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle della AGCM, ma può applicare solo le norme individuate dalla AGCM e non può modificare le caratteristiche dell'indagine né, di conseguenza, la decisione.

53. Infine, secondo la società ricorrente la Corte di cassazione ha ritenuto che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, ma può solo verificare la logicità e la coerenza del potere esercitato

dall'amministrazione. Secondo la Corte di cassazione, la questione sollevata dalla società ricorrente non concerneva la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, ma il suo esercizio.

54. Il fatto che i giudici amministrativi abbiano limitato il controllo alla legittimità dell'atto non ha permesso di esaminare il merito della decisione adottata dalla AGCM, in quanto i giudici amministrativi nazionali non potevano sostituirsi all'AGCM né modificare la qualificazione giuridica dei fatti operata dalla stessa.

55. Su questo punto, la società ricorrente osserva che il contenuto delle norme che definiscono l'infrazione non è determinato dal legislatore («norma penale in bianco») e che la l'AGCM ha il potere di determinare il contenuto al momento della violazione del caso. Ora, un semplice controllo di legittimità, chiamato anche controllo «debole», da parte del giudice ha come conseguenza una notevole riduzione delle garanzie e non può fornire una protezione adeguata contro l'arbitrario.

56. In conclusione, la società ricorrente è convinta di non aver mai beneficiato di un sindacato da parte di un giudice dotato di piena giurisdizione, che avrebbe giudicato nel merito dell'accusa penale diretta nei suoi confronti (si veda, *mutatis mutandis*, *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, § 32, serie A n. 89, e *Stenuit c. Francia*, sopra citata, § 72).

## 2. Valutazione della Corte

57. La Corte osserva che i motivi di ricorso della società ricorrente riguardano il diritto di accesso a un giudice avente piena giurisdizione e il controllo giurisdizionale, presumibilmente incompleto, della decisione amministrativa resa dalla AGCM.

58. In questo caso, la sanzione contestata non è stata inflitta da un giudice dopo un procedimento nel contraddittorio delle parti, ma dalla AGCM. Se conferire alle autorità amministrative il compito di perseguire e punire le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, va sottolineato, tuttavia, che il soggetto interessato deve essere in grado di impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti davanti ad un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6 (*Kadubec c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, e *Čanádý c. Slovacchia*, n. 53371/99, § 31, 16 novembre 2004).

59. La conformità con l'articolo 6 non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena (*Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria*, sentenza del 23 ottobre 1995, serie A nn. 328 A-C e 329 A-C, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito (*Chevol c. Francia*, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, e *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004).

60. Nel caso di specie, la società ricorrente ha avuto la possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al TAR di Roma e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte, tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione (*Predil Anstalt S.A. c. Italia* (dec.), n. 31993/96, 8 giugno 1999).

61. La Corte ricorda, innanzitutto, che il concetto di «giudice» ai sensi dell'articolo 6 § 1 viene conferito ad un organo avente piena giurisdizione e che soddisfa una serie di requisiti quali l'indipendenza rispetto al potere esecutivo e alle parti interessate (si vedano, tra le altre, le sentenze *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, § 95, serie A n. 13; *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, 23 giugno 1981, § 55, serie A n. 43; *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, § 64, serie A n. 132, e soprattutto la sentenza *Beaumartin c. Francia*, 24 novembre 1994, § 38 e 39, serie A n. 296 B).

62. D'altronde, la Corte ricorda che la natura di un procedimento amministrativo può differire, sotto diversi aspetti, dalla natura di un procedimento penale nel senso stretto della parola. Se queste differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione (*Valico S.r.l. c. Italia* (dec.), n. 70074/01, CEDU 2006 III).

63. La Corte rileva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente, Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dalla AGCM. Inoltre il Consiglio di Stato ha ricordato che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale,

anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri.

64. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze della causa, l'AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico.

65. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il TAR ed il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla (si veda, a contrario, *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 28, 4 marzo 2004).

66. In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo «esterno» sulla coerenza logica della motivazione della AGCM, ha respinto un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa.

67. La decisione della AGCM è stata sottoposta al controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nel caso di specie non può essere rilevata alcuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

#### **PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE,**

1. Dichiara, all'unanimità, il ricorso ricevibile;
2. Dichiara, con 6 voti contro 1, che non vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione;

Fatta in francese, poi comunicata per iscritto il 27 settembre 2011, in applicazione dell'articolo 77 §§ 2 e 3 del regolamento.

Stanley Naismith  
Cancelliere

Françoise Tulkens  
Presidente

Alla presente sentenza è allegata, conformemente agli articoli 45 § 2 della Convenzione e 74 § 2 del regolamento, l'esposizione delle seguenti opinioni separate:

- opinione concordante del giudice Sajó;
- opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque.

#### **OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE SAJÓ** (Traduzione)

Come la maggioranza dei miei colleghi ho concluso che, nel caso di specie, non vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione. Tuttavia, mi sembra necessario sottolineare che, nel valutare la natura del controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative adottate dalle autorità indipendenti, è importante seguire le considerazioni espresse dal giudice Pinto de Albuquerque nell'opinione dissenziente. Il motivo per cui non sono riuscito a concordare con lui è puramente fattuale. È vero che la legge attualmente in vigore e alcune sentenze interpretative italiane non hanno incoraggiato i giudici ad esercitare un reale controllo giudiziario. Apparentemente, questo contesto giuridico ha permesso solo un'analisi formale (un controllo di legittimità o un «controllo giurisdizionale debole»). Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha eseguito de facto un'analisi nel merito che ha risposto ai requisiti di cui all'articolo 6. Inoltre, il Consiglio di Stato aveva il potere di annullare la decisione amministrativa che ha inflitto la sanzione penale. Certo, procedendo a un controllo nel merito, ha utilizzato una terminologia che induce a pensare ad un controllo giurisdizionale debole, ma il Consiglio di Stato sembra non aver agito come aveva annunciato di voler fare. Ai fini dell'articolo 6, quello che conta è che i diritti sanciti dalla Convenzione siano stati effettivamente tutelati e non la terminologia imposta dalla legislazione «interpretata» dal Consiglio di Stato.

#### **OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE PINTO DE ALBUQUERQUE**

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato («l'AGCM») ha condannato la società ricorrente ad una sanzione amministrativa pecuniaria di 6 milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test per la diagnosi del diabete. La condanna era fondata sulla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 per la tutela

della concorrenza e del mercato. I giudici amministrativi chiamati di volta in volta ad esaminare la causa, fra cui il tribunale amministrativo del Lazio («il TAR»), il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, hanno rigettato i ricorsi della società ricorrente.

2. Condivido l'opinione della maggioranza secondo la quale, nel caso di specie, è applicabile l'articolo 6 della Convenzione. È opinione consolidata che tale «sanzione amministrativa pecuniaria» competa al diritto amministrativo e si distingua nettamente dalle sanzioni del diritto penale (sulla natura e l'importanza delle sanzioni amministrative nell'ambito del movimento di depenalizzazione nel diritto italiano e la cosiddetta «teoria formale» di distinzione tra le sanzioni amministrative e le sanzioni penali, si vedano, tra altre, Giorgio Colla e Gianfranco Manzo, *Le Sanzioni Amministrative*, Milano, Giuffrè, 2001 pp. 79-107, Casetta, *Illecito amministrativo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Volume VIII, Torino, UTET, 1993, pp. 89-90, e Aldo Travi, *Sanzioni Amministrative e Pubblica Amministrazione*, Padova, CEDAM, 1983, pp. 11-87). Tuttavia, l'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione, sotto il suo profilo penale, ai procedimenti amministrativi e giudiziari in causa è evidente, visto il carattere repressivo e preventivo della sanzione amministrativa pecuniaria. La sanzione presentava una carattere repressivo in quanto mirava a sanzionare un comportamento contrario alla legge. Sotto un altro profilo, aveva anche un carattere preventivo, perché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare in futuro la condotta censurata. Inoltre, l'ampiezza dei quantum fissati dalla legge, nonché la gravità dell'importo effettivamente inflitto, concorrono alla conclusione già enunciata circa l'applicabilità dell'articolo 6.

3. Mi dissocio tuttavia dalla maggioranza per quanto riguarda la conclusione che non vi è stata alcuna violazione di tale articolo. A mio parere, i giudici amministrativi italiani non hanno esercitato, nel caso di specie, un vero potere di controllo di «piena giurisdizione» sulle decisioni di condanna adottate dalla AGCM.

4. I giudici nazionali hanno definito esattamente e ripetutamente l'estensione delle loro competenze di controllo nei confronti della decisione della AGCM. Secondo la loro interpretazione della legge italiana applicabile prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura amministrativa, i giudici di diritto amministrativo non possono «esercitare un potere sostitutivo che arrivi al punto di rimpiazzare con la propria valutazione tecnica dei fatti quella dell'autorità amministrativa». Ciò significa che il nucleo del giudizio è sottratto alla giurisdizione dei tribunali italiani amministrativi. La decisione che stabilisce la responsabilità in realtà spetta alle autorità amministrative indipendenti e non ai tribunali amministrativi.

5. Alla base di questa interpretazione del diritto nazionale vi è la sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002 del 23 aprile 2002, che armonizza e consolida una giurisprudenza già enunciata nelle sentenze precedenti del Consiglio di Stato n. 699 del 9 aprile 1999, n. 1348 del 14 marzo 2000, n. 1671 del 20 marzo 2001, n. 4118 del 26 luglio 2001, n. 5287 del 6 ottobre 2001, e n. 5733 dell'8 novembre 2001. Secondo la giurisprudenza precedente definita nelle sentenze nn. 1348, 1671, 4118 e 5733, il giudice amministrativo poteva solo esercitare un controllo sui vizi tradizionali di incompetenza, violazione della legge ed eccesso di potere commessi dalle autorità amministrative indipendenti, senza disporre di alcun potere di verifica sulle valutazioni di merito fatte dall'amministrazione. Inoltre, la sentenza n. 699 aveva già riconosciuto l'estensione della competenza del giudice amministrativo al potere discrezionale dell'amministrazione, in particolare su valutazioni tecniche discutibili. La sentenza n. 5287 aveva infine introdotto la famosa distinzione tra controllo «forte», che si traduce in una sostituzione del giudice amministrativo alla valutazione tecnica da parte dell'amministrazione, e controllo «debole», limitato ad una valutazione della ragionevolezza e della coerenza tecnica del provvedimento amministrativo.

Riassumendo la giurisprudenza precedente, la sentenza n. 2199/2002 ha definito chiaramente i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo riguardo alle decisioni della AGCM. Il Consiglio di Stato ha descritto la procedura decisionale seguita dalla AGCM, riconoscendo l'esistenza di quattro fasi distinte: 1) la «valutazione dei fatti», 2) la «contestualizzazione» della norma di tutela della concorrenza che, riferendosi a «concetti giuridici indeterminati» (come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza), necessita di una esatta individualizzazione degli elementi dell'infrazione contestata; 3) la comparazione dei fatti con il parametro già contestualizzato, e 4) l'applicazione delle sanzioni. Secondo il Consiglio di Stato, il giudice amministrativo ha pieni poteri di controllo sulla prima e seconda fase della procedura amministrativa decisionale, ma ha un potere molto limitato nelle altre fasi in cui entra in gioco la discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Così, il potere di controllo del giudice include la «veridicità» degli elementi di fatto, il che presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dalla AGCM e dalla difesa. Può anche valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte. Tuttavia non può che effettuare un controllo «debole» sulle altre fasi della procedura decisionale amministrativa, dato che la AGCM esercita «almeno in parte, un'attività discrezionale tecnica» e che «le valutazioni tecniche

della AGCM non si basano su regole scientifiche, precise e indiscutibili, ma sono il risultato di scienze inesatte e discutibili (soprattutto di carattere economico) cui corrispondono concetti giuridici indeterminati».

La sentenza menzionata del Consiglio di Stato è stata confermata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005, che ha consolidato la giurisprudenza secondo la quale «il limite individuato dal giudice amministrativo attiene alla possibilità (esclusiva) di esercitare un controllo cosiddetto di tipo «forte» sulle valutazioni tecniche opinabili, cioè alla possibilità di esercitare da parte del giudice un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'amministrazione».

La Corte di Cassazione non ha lasciato dubbi sulla sua posizione di principio in materia di sanzioni amministrative applicate dalla AGCM: «va ribadito il principio che questa Corte ha già affermato, e cioè che la giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché esclusiva, resta giurisdizione di legittimità e non si estende al merito (...). Pertanto correttamente il Consiglio di Stato ha ritenuto che i provvedimenti dell'A.G.C.M. sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito».

6. Questa interpretazione «debole» del potere di controllo giurisdizionale è stata seguita dal TAR nella sentenza del 3 dicembre 2003, dal Consiglio di Stato nella sentenza del 16 marzo 2006, ed infine dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 17 marzo 2008.

Utilizzando le parole del Consiglio di Stato, il TAR ha rilevato che il controllo sulle decisioni della AGCM riguardava esclusivamente vizi di legittimità. Nella sentenza, il TAR ha affermato che «allorché, peraltro, viene dedotto il vizio di eccesso di potere, il giudice può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e a questa riservate. Tale affermazione, in linea con i principi che regolano la giurisdizione generale di legittimità, assume un rilievo specifico in relazione ai limiti che incontra l'accertamento dei fatti posti a fondamento dell'impugnato provvedimento». Il TAR ha sottolineato che il suo controllo era pieno per quanto riguarda la valutazione dei fatti accertati e l'applicazione della sanzione. Tuttavia, per quanto riguarda la qualificazione giuridica dei fatti operata dall'AGCM, l'esame del TAR è stato limitato esclusivamente alla legittimità della condanna. In particolare il TAR ha affermato che, nella seconda e terza fase del procedimento logico seguito dall'Autorità, «si pone un tipo di controllo giurisdizionale «debole», nel quale, cioè, il giudice si limita ad effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione assunta, senza sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella della AGCM». In questo contesto, il TAR ha ammesso che «si perde sicuramente qualcosa in tema di effettività della tutela, atteso che si nega in radice la possibilità di consentire al giudice un controllo intrinseco». Inoltre, il TAR ha affermato che il giudice «non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'Autorità (ad esempio, in sede di individuazione del mercato); parimenti il giudice non può sostituire la specificazione del parametro normativo violato a quella dell'Autorità, né può modificare l'impostazione dell'indagine e quindi del provvedimento, ma solo verificarne la legittimità» (pp. 14-18 della sentenza del 3 dicembre 2003).

Nella sentenza del 16 marzo 2006, il Consiglio di Stato ha richiamato ancora una volta il suo parere secondo cui «il sindacato del giudice amministrativo (...) non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato» all'operato dell'Autorità» (p. 19 della sentenza del 16 marzo 2006).

La Corte di Cassazione italiana ha confermato questo ragionamento, affermando che «non è consentito al Consiglio di Stato un controllo cosiddetto «forte» sulle valutazioni tecniche opinabili, ossia l'esercizio da parte del giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la valutazione tecnica opinabile del medesimo giudice a quella dell'Amministrazione» (pag. 22 della sentenza del 17 marzo 2008).

7. Il giudice amministrativo non ha sostenuto i principi sopra esposti in astratto. Li ha applicati in concreto. Nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno agito in linea con il sindacato giurisdizionale «debole», secondo cui al giudice non è consentito effettuare un controllo indipendente ed esteso sulla decisione amministrativa. Il TAR ha riassunto i principi di questa giurisprudenza in modo chiaro e li ha applicati in maniera rigorosa (vedere pagine 14-17 della suddetta sentenza del 3 dicembre 2003). Dopo aver affermato i principi della sua giurisprudenza, il Consiglio di Stato ha più volte sostenuto in concreto il limite gnoseologico del proprio potere, dicendo che «la sezione osserva che le doglianze svolte dalle parti appellanti non sono idonee a scalfire le conclusioni raggiunte dall'Autorità, da scrutinare nell'alveo del sindacato non sostitutivo del merito delle valutazioni tecniche di cui si è detto al precedente paragrafo 4 (vedere pagina 31 della sentenza del 16 marzo 2006). In un altro estratto sulla questione di diritto

fondamentale relativa all'esistenza di una linea di demarcazione tra distribuzione diretta e indiretta, il Consiglio di Stato si dimette deliberatamente dai suoi poteri riconoscendo che «non risulta infine persuasiva, sempre alla luce del descritto ambito riservato al sindacato giurisdizionale, la pretesa segmentazione tra distribuzione diretta ed indiretta» (vedere pagina 34 della sentenza del 16 marzo 2006).

Ripetendo la motivazione della condanna amministrativa, spesso con le stesse espressioni e frasi, i giudici amministrativi hanno dato un beneplacito formale e hanno realizzato un controllo «interno» che non costituisce una garanzia reale e pratica per i soggetti già condannati. Una lettura attenta dei motivi della decisione sui fatti rivela che la sentenza del TAR contiene più di 60 citazioni e riferimenti ai paragrafi della decisione dell'AGCM, e quella del Consiglio di Stato più di quaranta citazioni e riferimenti al suddetto testo. Gli organi giurisdizionali non fanno che ripetere uno dopo l'altro gli argomenti già sostenuti dall'AGCM, rinviando con notevole enfasi ai paragrafi della decisione amministrativa. La presunta analisi degli argomenti del ricorso della società è stata semplicemente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica «indiscutibile» e incontestabile della AGCM. In definitiva non vi è stata alcuna valutazione indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente.

In conclusione, il controllo del giudice amministrativo è stato solo formale, perché non ha analizzato il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, vale a dire la valutazione tecnica dei fatti contestati alla ricorrente. La ricorrente è stata privata di un'analisi autonoma dei motivi del suo ricorso

8. Per la Corte non è necessario che l'organo o la persona che ha inflitto una sanzione rispetti appieno i requisiti di cui all'articolo 6, se la sanzione può essere soggetta a un controllo a posteriori da parte di un «tribunale» che abbia le garanzie del presente articolo ed eserciti «la piena giurisdizione» sul caso (si veda la sentenza chiave Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, § 56, serie A n. 73, che ha esaminato per la prima volta le violazioni amministrative, Ordnungswidrigkeiten codice tedesco della strada, ed è stata confermata dalle sentenze Schmutz c. Austria, 23 ottobre 1995, § 34, serie A n. 328 A, Umlauf c. Austria, 23 ottobre 1995, § 37, serie A n. 328 B, Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995, § 42, serie A n. 328 C, Pramstaller c. Austria, 23 ottobre 1995, § 39, serie A n. 329 A, Palaoro c. Austria, 23 ottobre 1995, § 41, serie A n. 329 B, e Pfarrmeier c. Austria, 23 ottobre 1995, § 38, serie A n. 329 C, che hanno trattato gli illeciti amministrativi, Verwaltungsübertretungen codice austriaco della strada e, nel caso Pramstaller, diritto austriaco delle costruzioni civili; lascio da parte la questione spinosa di stabilire se la nozione di «piena giurisdizione» nel diritto penale debba essere soggetta ad un trattamento giuridico differente, persino meno esigente, rispetto a quello previsto nella materia penale; su questo problema vedere gli argomenti di F. Sudre, nota in Cass.com., 29 aprile 1997, Ferreira c/DGI, JCP, 1997, ed. G, II, 22935).

La nozione di «piena giurisdizione» in materia penale ha una portata ampia e limitata in quanto comprende non solo il controllo del quid delle sanzioni amministrative (le sanzioni inflitte erano previste dalla legge?) e del quantum delle sanzioni amministrative (le sanzioni erano proporzionali alla gravità dei fatti?), ma anche della realtà dell'illecito amministrativo (le persone hanno, con atti od omissioni, commesso consapevolmente un illecito punito dalla legge?). La giurisdizione estesa al merito richiede che il giudice vada al di là del semplice controllo degli errori manifesti (o «illogici», «incoerenti», «irragionevoli») di valutazione e possa scartare gli errori di valutazione che non sono manifesti (o «illogici», «incoerenti», «irragionevoli»). L'intero processo di valutazione delle prove, di qualificazione dei fatti, di interpretazione della legge applicabile e di quantificazione delle sanzioni rispetto alla gravità dell'infrazione può essere annullato e rifatto dal giudice, indipendentemente dalla natura fissa o variabile della sanzione prevista dalla legge, perché il giudice non ha alcun dovere di sottoporre il caso alle autorità amministrative. In termini classici, il ricorso di «piena giurisdizione», non è una semplice reformatio della decisione amministrativa contestata, ma piuttosto una revisio della causa. In altre parole la causa viene rimandata al giudice amministrativo.

Così la limitazione dell'ambito di applicazione della giurisdizione amministrativa del ragionamento del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione è logicamente insostenibile. Essa svuota il controllo giurisdizionale sui fatti oggetto della decisione di condanna del suo contenuto reale e pratico (circa l'importanza di salvaguardare il contenuto effettivo, reale e pratico del diritto di accesso a un giudice, vedere Jean François Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, p. 339, Walter Goolwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren*, MRK und IPBPR Kommentar, Berlin, de Gruyter, 2005, p. 304, e Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München, Beck, 2009, p. 355).

La giurisdizione «piena» è giustamente caratterizzata dalla sua natura esaustiva, poiché essa può e deve

comprendere tutti gli aspetti sia di fatto che di diritto della responsabilità per il presunto illecito. La giurisdizione non è «piena» se non è esaustiva. La «pienezza» della giurisdizione implica necessariamente la sua esaustività. Nella logica pura, sono contraddittorie le proposizioni che presentano qualità incompatibili, come ad esempio: il giudice controlla pienamente la decisione amministrativa ma non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della decisione amministrativa. Per un'implicazione logica elementare, una sola di queste proposizioni è vera, l'altra è falsa. In questo caso, è la seconda parte della frase nell'esempio ad essere falsa.

Seguendo l'interpretazione «debole», i fatti sono realmente accertati dalle autorità amministrative e, in pratica, possono essere contestati dalle persone condannate davanti ad un «tribunale». Così, le autorità amministrative decidono in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del contesto economico del comportamento sanzionato e la definizione di concetti giuridici indeterminati. L'applicazione di concetti giuridici fondamentali come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese che limitano la concorrenza è effettivamente sottratta al controllo giurisdizionale. Il giudice amministrativo si converte in questo modo in un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative.

Pertanto, il contenzioso sulle sanzioni amministrative non concerne l'eccesso di potere perché un ricorso avverso un eccesso di potere non soddisfa i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione. Come sostengono Delmas-Marty e Teitgen-Colly, il ricorso per eccesso di potere è caratterizzato da una «mancanza di controllo in termini di punizione» (si veda Delmas-Marty e Teitgen-Colly, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 124). Bisogna riconoscere un ampio ricorso alla giurisdizione estesa al merito e alla sostanza di tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l'attribuzione di responsabilità per un illecito amministrativo, seguendo l'esempio della giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca stabilita dalla sentenza del 14 ottobre 1958 sulla compatibilità della *Bussgeldverfahren* con la *Grundgesetz*, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che la costituzionalità di questa procedura è stata garantita dal fatto che «i tribunali sono abbastanza liberi nella determinazione e valutazione giuridica dei fatti e possono anche determinare a loro discrezione il quantum della sanzione ad esclusione della *reformatio in pejus*» (vedere la dottrina tedesca uniforme, Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Auflage, München, Beck, pp. 351 e 668, Rebmann, Roth e Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, annotazione 2 al § 65, e Wolfgang Ferner, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar*, Band 1, Köln, Luchterhand, annotazione 1 al § 67, e nella dottrina francese, Romain Tinière, *La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, luglio-agosto 2009, pp. 735-737, e Catherine Mamontoff, *La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives*, in *Revue française de droit administratif*, 15, sett.-ott.1999, pp. 1009-1015).

L'ampiezza del concetto di giurisdizione estesa al merito per le sanzioni amministrative è confermata anche dall'articolo 31 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato che prevede la giurisdizione estesa al merito (nel testo inglese, *unlimited jurisdiction*) della Corte di giustizia sulle condanne della Commissione per violazione delle norme a tutela della libera concorrenza. Tale giurisdizione estesa al merito include il potere della Corte di giustizia di sostituire la propria valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione, e di farlo anche in assenza di un errore significativo della Commissione (vedere, circa gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, Florian Schmidt, *Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.144-163, Taehi Hwang, *Das Sanktionensystem des europäischen Kartellrechts nach der VO 1/2003*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp. 105-106, e Melchior Wathelet et Jonathan Wildmeersch, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233).

9. La discussione sulla compatibilità dell'interpretazione «debole» dei poteri di controllo giurisdizionale con il regime convenzionale non si limita all'articolo 6 della Convenzione e deve essere condotta a un livello più profondo. Questa interpretazione pone anche seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (articolo 7 della Convenzione) (a questo proposito, si vedano le considerazioni di Catherine Mamontoff, op. cit., pp. 1010 e 1021). In termini di principi, l'applicazione delle sanzioni pubbliche travalica le tradizionali funzioni dell'amministrazione e compete solo a un giudice. Se la verifica delle condizioni di fatto per l'applicazione di una sanzione pubblica fosse riservata a un organo amministrativo, senza un successivo controllo rigoroso da parte dei giudici, tali principi sarebbero

completamente disattesi. L'accettazione di un diritto «pseudo-penale» o di un diritto penale «a due velocità», in cui l'amministrazione esercita un potere di punizione, infliggendo a volte delle sanzioni pecuniarie estremamente severe, senza applicare le tradizionali garanzie del diritto e della procedura penale, avrebbe due conseguenze inevitabili: l'usurpazione da parte delle autorità amministrative della prerogativa del potere giudiziario di punire e l'affidamento della tutela delle libertà individuali ad una amministrazione onnipotente. Se ragioni di efficienza e complessità tecnica della moderna funzione amministrativa possono giustificare l'attribuzione di un potere sanzionatorio alle autorità amministrative, tuttavia esse non possono giustificare che la pubblica amministrazione abbia l'ultima parola sull'esercizio del potere punitivo. L'auspicabile processo di depenalizzazione non può diventare un assegno in bianco rilasciato all'amministrazione.

Bisogna che, al termine della procedura sanzionatoria amministrativa, ci sia un giudice al quale gli amministrati possano rivolgersi per chiedere giustizia, senza alcun limite.

Il principio sotteso all'interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei giudici amministrativi resta il potere discrezionale dell'amministrazione, anche nel campo delle sanzioni amministrative (si veda l'estratto citato della sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002). Questa posizione di principio è insostenibile. Se vi è un settore in cui l'assoluta discrezionalità del potere amministrativo non può essere ammessa in uno stato di diritto, è quello delle sanzioni amministrative. Lo stato di diritto, che si basa sul primato delle libertà individuali, è per sua natura incompatibile con la libera discrezionalità in materia di sanzioni amministrative. L'interpretazione «debole» dei poteri dei giudici amministrativi in questo settore può essere intesa solo come un residuo dello Stato di polizia intrinsecamente in contrasto con le libertà individuali.

10. Infine, bisogna aggiungere che il Governo non contesta il fatto che l'AGCM non è un'autorità giudiziaria. La discutibile «indipendenza» delle autorità amministrative indipendenti non è sufficiente per convertirli in «tribunali» ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, date le carenze del procedimento amministrativo istruttorio dinanzi alle autorità amministrative. La pretesa natura «quasi giudiziaria» di alcune autorità amministrative, combinata ad una procedura amministrativa che segue parzialmente le regole del giusto processo, non può compensare un controllo giurisdizionale meno esteso.

11. Di fronte alla contraddizione eclatante tra la giurisprudenza della Corte e le argomentazioni sviluppate dai giudici nazionali nelle loro sentenze successive, la conclusione è inevitabile: la ricorrente non ha avuto l'opportunità di presentare le sue contestazioni ad un «tribunale» che abbia i requisiti previsti all'articolo 6 della Convenzione. Data la natura non giudiziaria dell'AGCM e la portata limitata della giurisdizione amministrativa prevista in astratto ed esercitata in concreto dalle autorità giudiziarie nazionali, vi è stata violazione dell'articolo 6.

12. Una nota di ottimismo per concludere: l'interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei tribunali amministrativi sulle sanzioni imposte dalle autorità amministrative è stata infine abolita dal nuovo codice di procedura amministrativa, che prevede esplicitamente nell'articolo 134, lettera c) la «giurisdizione estesa al merito» dei tribunali amministrativi per le sanzioni pecuniarie amministrative, ivi comprese quelle imposte dalle autorità amministrative indipendenti. Dal momento dell'entrata in vigore del nuovo codice, i giudici amministrativi italiani potranno controllare in totum le decisioni di applicazione delle sanzioni amministrative. Il legislatore italiano ha riconosciuto l'errore e si è avviato sulla strada giusta.

## Itinerari a tema

- [Tutela dei diritti umani in sede di Consiglio d'Europa](#)

## Link utili

- [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali](#)

Autorità: Cassazione civile sez. un.

Data: 20/01/2014

Numero: 1013

Classificazioni: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - - Consiglio di Stato

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI	Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f.	-
Dott. SALME'	Giuseppe	- Presidente di Sez.	-
Dott. RORDORF	Renato	- rel. Presidente di Sez.	-
Dott. FORTE	Fabrizio	- Consigliere	-
Dott. MAMMONE	Giovanni	- Consigliere	-
Dott. SPIRITO	Angelo	- Consigliere	-
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere	-
Dott. TRAVAGLINO	Giacomo	- Consigliere	-
Dott. PETITTI	Stefano	- Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 7261-2013 proposto da:

ACEA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BOLZANO 332, presso lo studio dell'avvocato PERRETTINI ENZO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati TASSAN MAZZOCCO DANILO, REGGIO D'ACI ANDREA, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

e contro

SUEZ ENVIRONNEMENT S.A., FEDERUTILITY;

- intimati -

sul ricorso 7267-2013 proposto da:

SUEZ ENVIRONNEMENT S.A.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato MANZI LUIGI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati TASSAN MAZZOCCO DANILO, SCIUME' ALBERTO, CLARIZIA ANGELO, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

e contro

ACEA S.P.A., FEDERUTILITY;

- intimati -

avverso la sentenza n. 5067/2012 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 24/09/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/01/2014 dal Presidente Dott. RENATO RORDORF;

uditi gli avvocati Andrea REGGIO D'ACI, Danilo TASSAN MAZZOCCO, Massimo SANTORO dell'Avvocatura Generale dello Stato, Luigi MANZI, Alberto SCIUME', Angelo CLARIZIA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio, che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

## **Fatto**

### **ESPOSIZIONE DEL FATTO**

La società italiana Acea s.p.a. (in prosieguo Acea) e la società francese Suez Environnement s.a. (in prosieguo Suez) con separati ricorsi impugnarono dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio un provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguo Autorità Garante), in data 22 novembre 2007, aveva accertato la stipulazione da parte di dette società di un'intesa restrittiva della concorrenza ed, oltre a prescrivere comportamenti idonei ad eliminare gli effetti di tale intesa, le aveva condannate al pagamento di una sanzione pecuniaria ammontante, rispettivamente, ad Euro 8.300.000,00 ed Euro 3.000.000,00. L'intesa così sanzionata aveva preso corpo, secondo l'Autorità Garante, in occasione della comune partecipazione di Acea e Suez ad una gara indetta dal Comune di Firenze per assegnare il 40% delle quote di una società mista pubblico-privata destinata alla gestione del servizio idrico integrato di un ambito territoriale della Toscana, ed era stata poi rinforzata con la stipulazione di appositi patti parasociali.

Il Tribunale amministrativo accolse i ricorsi ed annullò il provvedimento impugnato.

L'Autorità Garante propose però appello ed il Consiglio di Stato, con sentenza resa pubblica il 24 settembre 2012, riformò la decisione di primo grado e respinse le domande di annullamento del summenzionato provvedimento sanzionatorio, rigettando nel contempo anche un appello incidentale proposto da Acea.

Il Consiglio di Stato, per quel che in questa sede interessa, ritenne che fosse corretto l'iter logico attraverso il quale l'Autorità Garante, nell'adottare il contestato provvedimento, aveva ricostruito gli estremi merceologici e geografici del mercato rilevante ai fini dell'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'intesa; e precisò, a questo proposito, che il sindacato del giudice amministrativo non si estende al merito (salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio) ma è limitato alla verifica dell'assenza, nel provvedimento impugnato, di travisamenti di fatto, di vizi logici o di errori giuridici. Il medesimo Consiglio di Stato reputò inoltre che, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, fossero consistenti gli effetti prodotti sul mercato dall'intesa anticoncorrenziale di cui si discute, in quanto: le società tra le quali l'intesa era intercorsa sono tra le maggiori operanti nel settore; la ripartizione dei mercati o delle clientele integrano gli estremi dell'intesa vietata anche qualora la quota di mercato interessata si collochi al di sotto della soglia minima che la Commissione Europea considera altrimenti rilevante; nel caso in esame, la quota di mercato contendibile da prendere in considerazione per soppesare gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale non era comunque quella formata dall'insieme dei servizi idrici integrati, ma solo quella circoscritta alle poche situazioni nelle quali l'amministrazione ha optato per l'affidamento esterno del servizio a società private o a società a partecipazione mista pubblico-privata.

Avverso tale sentenza hanno proposto separati ricorsi per cassazione, di analogo contenuto, Acea e Suez, formulando ciascuna tre motivi di censura, illustrati poi anche con memorie.

L'Autorità Garante ha resistito con altrettanti controricorsi.

## **Diritto**

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. I ricorsi proposti contro la medesima sentenza debbono esser preliminarmente riuniti, secondo quanto prescrive l'art. 335 c.p.c..

2. Come già accennato, le doglianze espresse nei due ricorsi sono di analogo contenuto: li si potrà quindi esaminare congiuntamente.

2.1. Il primo motivo di censura fa riferimento alla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 1, che, nella versione vigente all'epoca dei fatti di causa, faceva ricadere nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante (analogo previsione è contenuta ora nell'art. 133, comma 1, lett. 1, del c.p.a.). Secondo le ricorrenti, vuoi per le caratteristiche stesse della giurisdizione esclusiva, vuoi per il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, la citata disposizione implica che il sindacato del giudice amministrativo non debba limitarsi - come erroneamente si legge nell'impugnata sentenza - ai profili di logicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità Garante individua gli estremi di un mercato rilevante ai fini di accertare e sanzionare intese restrittive della concorrenza. Quel sindacato, al contrario, deve spingersi alla verifica dei fatti posti a base del contestato accertamento, come nel caso di specie era stato richiesto dalle odierne ricorrenti e come il giudice di primo grado non aveva mancato di fare. L'autolimitazione che il Consiglio di Stato ha imposto alla propria latitudine di giudizio integrerebbe, pertanto, un vero e proprio diniego di giurisdizione e violerebbe, di conseguenza, i limiti esterni della giurisdizione assegnata a quel giudice: donde la possibilità di denunciare tale diniego in cassazione, a norma del primo comma dell'art. 362 c.p.c..

Ove, invece, l'interpretazione che il Consiglio di Stato ha dato alla citata disposizione della L. n. 287 del 1990, art. 33 fosse reputata condivisibile, le ricorrenti chiedono che la legittimità costituzionale di tale disposizione si sottoposta al vaglio del giudice delle leggi.

2.2. Un ulteriore superamento dei limiti esterni della giurisdizione è addebitato al Consiglio di Stato nel secondo motivo di ricorso, in cui si lamenta che detto giudice amministrativo, nell'affermare la consistenza ai fini concorrenziali dell'intesa intercorsa tra le società interessate alla gestione del servizio idrico integrato nell'ambito

territoriale di cui si tratta, abbia svolto apprezzamenti autonomi e diversi da quelli posti a base dell'impugnato provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante, così finendo per invadere il campo riservato all'amministrazione.

2.3. Da ultimo le ricorrenti - sempre sul presupposto che si verta in un'ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione - si dolgono del fatto che il Consiglio di Stato abbia completamente omesso di pronunciarsi sulla loro richiesta di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea due quesiti interpretativi, rispettivamente in tema di definizione del mercato rilevante di carattere nazionale e di utilizzo da parte degli operatori dello strumento dell'associazione temporanea d'impresе nelle gare comunitarie.

Quesiti che, eventualmente, le medesime ricorrenti chiedono ora anche a questa corte di sollevare.

3. L'Autorità controricorrente ha eccepito l'inammissibilità di entrambi i ricorsi nella loro intrezza, perchè nessuna delle censure in essi espresse riguarderebbe il superamento dei limiti esterni della giurisdizione spettante al giudice amministrativo. I ricorsi, quindi, si porrebbero al di fuori dell'ambito entro il quale è consentito impugnare per cassazione le sentenze emesse da quel giudice.

Posta in questi termini, l'eccezione d'inammissibilità non coglie però nel segno, dovendosi escludere, almeno per quel che riguarda il primo motivo di ricorso, che la doglianza esuli dall'area delle questioni in materia di giurisdizione sottoponibili all'esame delle sezioni unite di questa corte; le quali hanno già in più occasioni ribadito che, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tenere conto anche del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: onde rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia concretamente erogata e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (cfr., tra le altre, Sez. un. n. 19048 del 2010 e n. 30254 del 2008).

Alla stregua di tale principio, dal quale non si ha motivo per discostarsi, è innegabile che l'assunto delle ricorrenti secondo cui il Consiglio di Stato, nel caso in esame, avrebbe omesso di esercitare con pienezza il controllo giurisdizionale che gli compete sugli atti dell'Autorità Garante, limitando tale controllo ai profili giuridici, formali e motivazionali dell'atto senza procedere anche alla dovuta verifica della sussistenza dei presupposti di fatto che ne sono alla base, non si traduce nella denuncia di un mero error in iudicando o in procedendo nel quale il giudice amministrativo sarebbe incorso. Quel che viene denunciata è sì un'errata interpretazione di legge (l'art. 33, comma 1, della citata L. n. 287), ma ciò che le ricorrenti sostengono è che tale errore ha condotto ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale: non per un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso, ma in via generale, a cagione di una male intesa autolimitazione dei poteri del giudice in questa materia. Ed è allora chiaro che - fondata o meno che sia tale doglianza nel merito - essa attiene proprio alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione, che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere.

4. Occorre dunque procedere all'esame dei singoli motivi di ricorso, cominciando ovviamente dal primo, che, come già rilevato, pone la questione dei limiti entro i quali può e deve esercitarsi il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante, impugnati a norma della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 1 (ora dell'art. 133, comma 1, lett. 1, del c.p.a.).

4.1. La questione non è nuova.

E' stato già ripetutamente affermato, anche da queste sezioni unite, che i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza (Sez. un. n. 8882 del 2005 e n. 7063 del 2008).

A questo insegnamento va data continuità, ma qualche ulteriore precisazione può essere opportuna, anche in ragione di una certa quale ambiguità insita nella suaccennata distinzione tra controllo di legittimità "debole" e "forte": una distinzione che, in via di principio, si potrebbe esser tentati di rifiutare ove si abbia a che fare con la tutela di diritto soggettivi, la quale, alla luce degli artt. 24 e 101 Cost., mal si presta ad una simile graduazione d'intensità.

Occorre ben chiarire, allora, che la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta Autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo.

Nè osta a tale conclusione il divieto per il giudice di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa: perchè di questa è dato parlare solo quando si tratta di attività dell'amministrazione che comportino margini di scelta nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, cui quell'attività deve tendere, e del modo in cui esso è destinato a contemperarsi con eventuali interessi contrastanti. In situazioni come quella in esame, viceversa, all'Autorità Garante è affidato un compito di accertamento e di applicazione della legge: un compito che ha connotati di neutralità e di oggettività ed in cui la discrezionalità amministrativa, come sopra intesa, di regola non gioca alcun ruolo.

Può accadere, invece, che giochi un ruolo importante la c.d.

discrezionalità tecnica (da intendersi nei termini che appresso si diranno), giacchè la legge che l'Autorità Garante è chiamata ad applicare fa talvolta riferimento a nozioni - quale, ad esempio, quella di mercato rilevante - che non trovano nella legge stessa una definizione in tutto e per tutto puntuale: di modo che la loro individuazione in concreto richiede un tipo di valutazione di carattere tecnico, che, tanto nei suoi presupposti generali quanto nella sua specifica applicazione ai singoli casi, può talora presentare margini di opinabilità.

E' su questo punto che occorre allora interrogarsi: se le valutazioni tecniche operate dall'Autorità Garante, al fine di conferire concreto significato e di dare attuazione al precetto legale, possano e debbano esser sindacate da parte del giudice amministrativo, in presenza di un'impugnazione sollevata dalla parte interessata, pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità.

In via di principio risulta difficile dare a tale domanda una risposta totalmente negativa. L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sè solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.

Anche in settori diversi da quello che viene ora in esame questa corte, d'altronde, ha già avuto modo di precisare che le valutazioni tecniche, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo (Sez. un. n. 10065 del 2011 e n. 14893 del 2010).

Ma questo non esaurisce certo il problema. Sarebbe davvero ingenuo supporre che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, offra sempre risposte univoche. E' vero invece - e lo si è già accennato - che sovente esso conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità. In situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto.

Se quanto appena detto è vero, in via generale, ancor più lo è nel caso particolare del sindacato sui provvedimenti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti, tra le quali va annoverata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, trattandosi di autorità cui proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza (compiti da esplicare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati).

E' fuori discussione che anche gli atti di tali autorità siano soggetti al sindacato giurisdizionale, ed è agevole comprendere la ragione per la quale, nel caso degli atti dell'Autorità Garante, il legislatore abbia fatto ricorso alla giurisdizione esclusiva, così da unificare la tutela dei diritti e degli interessi legittimi che non sempre sarebbe stato altrimenti agevole distinguere. Ma ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità - valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali -, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita.

Nè è senza significato che anche nel corrispondente scenario Europeo, mentre per un verso viene ribadito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti (cfr. Corte di giustizia 3 maggio 2012, n.285/11, Legris Industries), per altro verso si afferma che appartiene alle prerogative della Commissione di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno: di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonchè dell'esattezza materiale dei

fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere, non spettando al tribunale sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'autore della decisione di cui gli venga chiesto di verificarne la legittimità (cfr. Corte di giustizia 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06 P. GlaxoSmithKline). L'ampia corrispondenza tra le competenze riconosciute all'Autorità Garante in ambito nazionale con quelle proprie della Commissione in ambito Europeo da ragione dell'agevole trasposizione di tale principio alla fattispecie ora in esame.

4.2. Tornando, per l'appunto, all'esame della fattispecie in esame nella presente causa, giova ancora aggiungere una breve considerazione sulla nozione di "mercato rilevante" (nella duplice accezione merceologica e geografica): elemento centrale ai fini dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale, con riferimento al quale le ricorrenti imputano al Consiglio di Stato di non avere esercitato appieno il proprio compito giurisdizionale.

Si tratta, indubbiamente, di uno di quei concetti giuridici indeterminati, che sono enunciati dalla legge in termini generali, ma la cui concreta specificazione impone di far ricorso a canoni di volta desunti dal patrimonio di saperi diversi; in questo caso da quello della scienza economica, la quale ha infatti da tempo prodotto al riguardo un'ampissima elaborazione ed una vasta casistica (cui si è ispirata anche la Comunicazione 9 dicembre 1997 della Commissione Europea, in GUCE, C 372), che confermano, pur all'interno di parametri teorici ben individuati, l'estrema elasticità del concetto in relazione alle diverse possibili caratteristiche di mercato dipendenti dalla varietà delle situazioni date.

Non appare seriamente dubitabile, pertanto, che la determinazione in concreto del mercato rilevante rientri, in fattispecie come quella in esame, nell'ambito di quelle valutazioni tecniche non prive di ampi margini opinabilità cui sopra s'è fatto cenno. Il relativo controllo giurisdizionale risulta perciò circoscritto entro i limiti dianzi chiariti.

4.3. In base alle considerazioni ora svolte è quindi possibile enunciare il seguente principio di diritto: "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; 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, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini".

4.4. L'impugnata sentenza del Consiglio di Stato è conforme al principio di diritto sopra enunciato.

Contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, il Consiglio di Stato non ha negato il proprio potere di accertamento dei fatti posti a base del contestato provvedimento dell'Autorità Garante. Per persuadersene è sufficiente leggere quanto scritto alla pag. 11 della sentenza impugnata, ove testualmente si afferma che "Il giudice amministrativo... deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti...". Se e come, in concreto, tale compito sia stato condotto a termine dal giudice amministrativo nella vertenza di cui trattasi - e quindi se bene o male abbia fatto il Consiglio di Stato a non dar corso agli adempimenti istruttori, ed in particolare alla consulenza tecnica, richiesta delle odierne ricorrenti - esula dal tema del preteso vizio di giurisdizione; vizio che sussisterebbe solo qualora quel giudice avesse negato in via di principio ed in termini generali di poter esercitare il controllo giurisdizionale demandatogli dalla legge, ma non anche se, per avventura, egli lo abbia esercitato male incorrendo in eventuali errori in punto di fatto o di diritto che questa corte non ha titolo per sindacare.

Parimenti condivisibile, alla stregua di quanto sopra detto, è l'ulteriore affermazione di principio dell'impugnata sentenza, secondo cui il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Autorità Garante nell'esercizio di valutazioni tecniche opinabili, quale è quella consistente nell'individuazione del mercato rilevante cui riferire l'intesa anticoncorrenziale. Non senza peraltro aggiungere che, a tal proposito, il Consiglio di Stato ha dato ampio conto nell'impugnata sentenza della conformità ai principi generali della materia dei criteri al riguardo adottati dalla Autorità Garante e della loro plausibilità con riferimento alle specificità del caso concreto (in particolare: delle peculiari caratteristiche del mercato della gestione dei servizi idrici integrati, della correttezza dell'assunto per cui tale mercato ha un ambito geografico locale sul versante della domanda e nazionale su quello dell'offerta, e della possibilità d'identificare il mercato rilevante anche in relazione ad una singola gara bandita dalla pubblica amministrazione) e, nello stimare tali criteri logici, coerenti e giuridicamente corretti, li ha evidentemente anche fatti propri.

4.5. Così interpretata, la citata disposizione della L. n. 287 del 1990, art. 33 non appare sospetta d'incostituzionalità, giacché non si evidenziano profili di ineffettualità della tutela giurisdizionale. Nemmeno può dirsi, pur con le differenze inerenti al diverso modo di esplicazione della giurisdizione, che si manifesti una significativa differenza nel livello di tutela dei diritti soggettivi affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispetto a quello altrimenti assicurato dal giudice ordinario, fatto salvo il diverso regime delle impugnazioni per cassazione, che trova però diretto fondamento nell'art. 111 Cost., u.c. (eccezioni d'illegittimità costituzionale della medesima disposizione dell'art. 33 sono già state a suo tempo dichiarate manifestamente infondate, anche sotto altri profili, da Sez. un. n. 8882/05, cit., cui si fa qui senz'altro rinvio).

5. Se col primo motivo le ricorrenti si erano dolute di un preteso rifiuto da parte del giudice amministrativo di esercitare appieno il potere giurisdizionale spettantegli, col secondo motivo esse viceversa lamentano che quel potere sia stato esercitato oltre misura, giacchè detto giudice, occupandosi del requisito della consistenza dell'intesa anticoncorrenziale, avrebbe in più occasioni sostituito la propria valutazione a quella dell'Autorità Garante.

Nei termini in cui è stato formulato, tale motivo di ricorso appare, però, inammissibile.

Occorre infatti considerare che, trattando il tema della consistenza dell'intesa, il Consiglio di Stato ha posto anzitutto l'accento su un dato emergente dallo stesso provvedimento dell'Autorità Garante, secondo cui i soggetti coinvolti nell'intesa - Acea e Suez - sono, rispettivamente, uno tra i principali concorrenti a livello nazionale ed il primo operatore a livello mondiale nel settore idrico. Donde la conseguenza che detta intesa configura una forma di "ripartizione dei mercati e della clientela" integrante una restrizione grave della concorrenza indipendentemente dal fatto che essa possa eventualmente collocarsi al di sotto della soglia dimensionale di rilevanza individuata dalla Commissione Europea nella Comunicazione 2001/C 368/07. Solo quale ulteriore ed autonoma ratio decidendi ("Inoltre, anche a tralasciare l'argomento della esclusione, razione materiae, dell'intesa de qua dal regime dei c.d. accordi de minimis,...) il Consiglio di Stato ha poi aggiunto che la quota di mercato contendibile da prendere in considerazione, per soppesare gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale, non è comunque quella formata dall'insieme dei servizi idrici integrati esistenti sul territorio nazionale, ma solo quella circoscritta alle poche situazioni nelle quali le amministrazioni hanno optato per l'affidamento esterno del servizio a società private o a società a partecipazione mista pubblico-privata.

E' unicamente a questa seconda argomentazione che le ricorrenti si riferiscono, quando lamentano che il giudice amministrativo abbia invaso la sfera di valutazione riservata all'Autorità Garante, la quale non avrebbe posto siffatte considerazioni a base del proprio provvedimento. Se pure questa doglianza fosse esatta, essa quindi non scalfirebbe l'altra autonoma ratio decidendi su cui si fonda la sentenza impugnata, e tanto basta a renderla irrilevante: perciò inammissibile anche sotto il profilo del preteso eccesso di potere giurisdizionale.

Ugualmente inammissibili, e per il resto infondate, sono le ulteriori analoghe censure di cui è cenno nel medesimo motivo di ricorso.

Inammissibili nella parte in cui solo genericamente fanno riferimento ad altre valutazioni che il Consiglio di Stato avrebbe formulato benchè esse non trovino riscontro nell'impugnato provvedimento dell'Autorità Garante, senza però evidenziarne nè la rilevanza nè l'effettivo significato; infondate nella parte in cui, con appena un minimo grado di maggiore specificità, alludono alla "valutazione degli elementi indiziari a sostegno della prova dell'intesa", giacchè l'unico di tali elementi indiziari cui nel ricorso si fa specificamente riferimento - un intervento di Suez per indurre una propria controllata a non partecipare alla gara - è invece menzionato alla pag. 23 nella sentenza impugnata tra gli indizi dei quali già l'Autorità Garante, nel paragrafo 80 del proprio provvedimento, aveva tenuto conto.

6. L'ultimo motivo di ricorso, con cui si lamenta che il Consiglio di Stato non si sia pronunciato sulla richiesta d'investire la Corte di giustizia Europea con quesiti interpretativi inerenti all'applicazione di disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che le parti interessate avevano formulato, esula dall'ambito entro cui è consentito impugnare per cassazione le decisioni del giudice amministrativo.

E' quasi superfluo ricordare che eventuali vizi di omessa pronuncia integrerebbero errores in procedendo, e non certo violazioni di norme in tema di giurisdizione.

Quanto al resto, non v'è che da richiamare il principio già altre volte espresso secondo cui, poichè la Corte di giustizia Europea, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale, il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., tra le altre, Sez. un. n.16886 del 2013). Il che rende inammissibile il terzo motivo di ricorso.

7. E' poi appena il caso di aggiungere che, proprio in quanto la cognizione della Corte di cassazione è qui limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, non sussistono neppure le condizioni perchè essa stessa prospetti alla Corte di giustizia Europea quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione.

D'altronde, in nessuno dei motivi di ricorso è prospettata in modo diretto ed esplicito un'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice nazionale rispetto al giudice Europeo, in relazione al diverso ambito di competenza attribuito all'uno o all'altro a seconda che l'intesa anticoncorrenziale si ripercuota sul solo mercato nazionale o abbia un ambito territoriale più vasto. Nè una tale questione di riparto di giurisdizione internazionale avrebbe potuto esser sollevata in questa sede, non essendo stata a suo tempo impugnata sotto questo profilo la sentenza di primo grado ed essendosi quindi ormai formato sul punto un giudicato interno.

8. Dal rigetto del ricorso consegue la condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo, dovendosi inoltre dare atto, come prescrive il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, che sussistono i presupposti per la maggiorazione del versamento del contributo unificato da parte delle medesime ricorrenti, a norma dell'art. 1-bis del citato art. 13.

**PQM**

P.Q.M.

La corte, riuniti i ricorsi, li rigetta e condanna ciascuna delle società ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 15.000,00, oltre a quelle prenotate a debito, per ognuna di esse, dando atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte di ciascuna di dette ricorrenti, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per i ricorsi proposti.

Così deciso in Roma, il 14 gennaio 2014.

Depositato in Cancelleria il 20 gennaio 2014

Note

**Utente:** Annalisa Morgese - [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) - 27.04.2014