

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato esclude il cumulo tra risarcimento del danno ed emolumenti di carattere indennitario erogati da enti pubblici

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 23 febbraio 2018, n. 1)

«[...] La questione posta all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato attiene alla valenza del principio della cd. *compensatio lucri cum danno* (di seguito anche solo *compensatio*) nella fase di determinazione del danno cagionato dal datore di lavoro pubblico ad un proprio dipendente.

In particolare, si tratta di accertare se la somma spettante a titolo risarcitorio per lesione della salute conseguente alla esalazione di amianto nei luoghi di lavoro sia cumulabile con l'indennizzo percepito a seguito del riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio ovvero se tale indennizzo debba essere decurtato dal risarcimento del danno.

[...] La soluzione della questione all'esame della Plenaria presuppone la previa individuazione dei titoli delle obbligazioni che vengono in rilievo e della loro natura, nonché dei soggetti del rapporto obbligatorio.

6.1.– Il primo titolo dell'obbligazione risarcitoria è regolato dall'art. 2087 cod. civ., applicabile anche in ambito pubbli-

cistico, il quale prevede che *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”* [...].

In relazione alla natura di tale obbligazione, è controversa la sua riconducibilità alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Il prevalente orientamento seguito dalla Corte di Cassazione, che questo Collegio condivide, ritiene che la responsabilità del datore di lavoro abbia natura contrattuale e rinvenga la propria fonte nel contratto di lavoro che, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., è integrato dalla norma di legge, sopra riportata, che prevede doveri di prestazione finalizzati ad assicurare la tutela della salute del lavoratore [...].

Sul piano funzionale, la norma in esame, anche in presenza di un danno non patrimoniale, impone che il risarcimento del danno, in attuazione delle regole della

causalità giuridica, venga corrisposto con finalità esclusivamente compensative. Il legislatore non ha autorizzato, infatti, la previsione di forme di danni punitivi [...].

6.1.1.– Il titolo della seconda obbligazione è regolato dall'art. 68 del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 [...], il quale prevede(va) che *“per le infermità riconosciute dipendenti da causa di servizio è a carico dell'amministrazione la spesa per la corresponsione di un equo indennizzo per la perdita dell'integrità fisica eventualmente subita dall'impiegato”*. Il decreto del Presidente della Repubblica 3 maggio 1957, n. 686 [...] dispone(va) che l'indennità si determina secondo equità ed essa è *“ridotta della metà se l'impiegato consegua anche la pensione privilegiata”* e, inoltre, va dedotto *“quanto eventualmente percepito dall'impiegato in virtù di assicurazione a carico dello Stato o di altra pubblica amministrazione”*. Per i dipendenti degli enti pubblici la relativa disciplina è contenuta nell'art. 32 del decreto del Presidente della Repubblica 26 maggio 1976, n. 411 (Disciplina del rapporto di lavoro del personale degli enti pubblici di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70).

Il procedimento per ottenere tale indennità è stato disciplinato, dapprima dal decreto del Presidente della Repubblica 20 aprile 1994, n. 349 e, successivamente, dal decreto del Presidente della Repubblica 29 ottobre 2001, n. 461.

[...] Deve ritenersi [...] che l'indennità in questione ha natura sostanzialmente analoga a quella risarcitoria da illecito contrattuale, per le seguenti ragioni.

Sul piano strutturale, la nozione di “indennità” è normalmente collegata ad una condotta che integra gli estremi di un atto lecito dannoso, in quanto tale autorizzato dal sistema.

La nozione di “indennità” è però compatibile anche con una condotta che integri gli estremi di un atto illecito, in quanto tale vietato dal sistema.

Si può trattare, in questi casi, di un illecito che non è conseguenza della violazione di un dovere di prestazione o protezione di matrice contrattuale ovvero della violazione di un dovere generale del *neminem laedere* di matrice extracontrattuale ma di un dovere contemplato da una specifica disposizione di legge. Il sistema delle fonti delle obbligazioni, cui si è fatto cenno in premessa, consente di costruire modelli di responsabilità che si fondano su requisiti oggettivi e soggettivi diversi (cfr. Cass civ., sez. II, 16 dicembre 2015, n. 25292)

Nella fattispecie in esame, questo Collegio ritiene che le riportate norme di disciplina della materia prevedano un'indennità che può essere conseguenza sia di un atto illecito sia di un atto lecito dannoso.

In particolare, la prima ipotesi, che rileva in questa sede, ricorre nel caso in cui la lesione dell'integrità fisica subita dal dipendente sia causata dalla condotta *contra ius* del datore di lavoro che non ha adottato le cautele necessarie ed idonee a proteggere la sfera giuridica del lavoratore. Si tratta di una responsabilità che può prescindere dal dolo o dalla colpa.

La seconda ipotesi ricorre nel caso

in cui sussiste solo una connessione con l'attività lavorativa senza che sia individuabile un comportamento illecito del datore di lavoro. In tale caso, però, non si pone un problema di concorso di responsabilità con possibile cumulo dei rimedi, in quanto, non venendo in rilievo un illecito, non può trovare applicazione l'art. 2087 cod. civ.

Sul piano funzionale, la finalità perseguita, in ogni caso, è quella di compensare la sfera giuridica del lavoratore leso sia pure attraverso un meccanismo, come appena sottolineato, strutturalmente differente da quello risarcitorio.

Il "bene protetto" è anche in questo caso l'integrità psico-fisica del dipendente ed essa costituisce non l'occasione ma la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale. Non può, pertanto, ritenersi, anche alla luce dell'evoluzione del sistema giuslavoristico e delle forme di tutela della persona, che l'indennità in esame sia assimilabile alle "altre" indennità corrisposte in costanza di rapporto. Il risultato cui era pervenuta l'Adunanza Plenaria, con le sentenze citate, considerava, infatti, il lavoratore esclusivamente come prestatore di attività "destinatario" in quanto tale di diverse indennità e non anche come "persona" protetta dal relativo contratto.

6.2.– I soggetti che vengono in rilievo si inseriscono in un "rapporto obbligatorio bilaterale" in cui compare una sola parte responsabile ed obbligata ed una sola parte danneggiata.

L'Amministrazione statale è, infatti, l'unico soggetto che deve corrisponde-

re sia l'indennità prevista dalle leggi sopra indicate sia la somma risarcitoria in qualità di datore di lavoro pubblico. Ed è questa la principale diversità rispetto alla questione posta all'esame delle Sezioni unite.

6.3.– L'analisi congiunta dei profili sin qui esaminati relativi ai titoli e ai soggetti delle obbligazioni che vengono in rilievo conduce a ritenere che le somme corrisposte non possono essere cumulate.

Tale esito interpretativo si fonda su talune ragioni (6.3.1.), è confermato dall'esistenza di alcune fattispecie (6.3.2.) e non è contraddetto (6.3.3.) dalle argomentazioni difensive della parte appellata.

6.3.1.– Sul piano della struttura degli illeciti, la presenza di una condotta unica responsabile che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito, aventi entrambe finalità compensativa del medesimo bene giuridico, in capo allo stesso soggetto determina la nascita di rapporti obbligatori sostanzialmente unitari che giustifica l'attribuzione di una, altrettanto unitaria, prestazione patrimoniale finalizzata a reintegrare la sfera personale della parte lesa.

In questi casi, l'applicazione delle regole della causalità giuridica impone che venga compensato e liquidato soltanto il danno effettivamente subito dal danneggiato, senza che le suddette attribuzioni possano cumularsi tra di esse.

Non si tratta, pertanto, di applicare la regola della compensatio nella sua versione "tradizionale", che presuppone che la medesima condotta determini un "dan-

no” e un “vantaggio”. Come già esposto, tale regola non ha una sua autonomia ed è riconducibile alle tecniche di determinazione del danno che, nella specie, trovano applicazione in modo ancora più lineare e diretto. In questo caso, infatti, la medesima condotta ha determinato solo “danni” e dunque effetti pregiudizievoli, con la conseguenza che occorre evitare il “cumulo di voci risarcitorie” e non “il cumulo di danno e di lucro”.

Sul piano della funzione degli illeciti, il riconoscimento del cumulo implicherebbe l’attribuzione alla responsabilità contrattuale di una funzione punitiva. L’esistenza, infatti, di un solo soggetto responsabile e obbligato comporterebbe per esso l’obbligo di corrispondere una somma superiore a quella necessaria per reintegrare la sfera del danneggiato con ingiustificata locupletazione da parte di quest’ultimo. Tale risultato, contrariamente a quanto sostenuto dall’appellato, non può ammettersi in quanto manca una espressa previsione legislativa che contempra un illecito punitivo e dunque che autorizzi un rimedio sovracompenso e non sarebbe nemmeno configurabile una duplice causa dell’attribuzione patrimoniale.

In definitiva, nella fattispecie in esame l’accertata finalità compensativa di entrambi i titoli delle obbligazioni concorrenti e del conseguente meccanismo risarcitorio, nonché la semplicità del rapporto che evita le possibili complicazioni ricostruttive connesse al funzionamento della surrogazione, impedisce che possa operare il cumulo tra danno e indennità.

6.3.2.– Questo esito interpretativo trova conferma sia in fattispecie legalmente previste sia in talune fattispecie così come interpretate dalla Corte di Cassazione.

In relazione alle prime, è sufficiente menzionare l’art. 2-bis della legge n. 241 del 1990 che, in caso di comportamento illecito dell’amministrazione conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento, dispone che l’istante ha diritto sia, sussistendone i presupposti, al risarcimento del danno sia ad un indennizzo “per il mero ritardo”, aggiungendo, sul presupposto della medesima finalità della misura riparatoria contemplata, che “in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento”.

In relazione alle seconde, la Cassazione ha affermato che, in presenza di un danno da emoderivati infetti, il Ministero può essere ritenuto responsabile, ricorrendo ai presupposti previsti dall’art. 2043 cod. civ., per omessa vigilanza. La legge 25 febbraio 1992, n. 210 prevede la corresponsione da parte del Ministero della sanità di un “indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati”. La Cassazione ha affermato che l’indennizzo corrisposto al danneggiato deve essere integralmente scomputato dalle somme corrisposte a titolo di risarcimento “posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del me-

desimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione” (Cass. civ., sez. un. , 11 gennaio 2008, n. 584; nello stesso senso, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2014, n. 26152).

6.3.3.– Questo esito interpretativo non è inciso dalle seguenti argomentazioni difensive della parte appellata.

In relazione alla espressa previsione da parte della normativa di settore sull'equo indennizzo dei fattori che sono idonei a ridurre l'indennità da corrispondere e che non ricomprenderebbero la somma corrisposta a titolo di risarcimento del danno (art. 50 del d.p.r. n. 686 del 1957), deve rilevarsi come non si possa ritenere che essi siano gli unici rilevanti. Ciò in quanto, alla luce dei principi generali che regolano la materia, sarebbe stata necessaria una esplicita previsione idonea ad assegnare carattere di esclusività ai divieti di cumulo.

In relazione alla impossibilità di applicare la regola della compensatio al danno non patrimoniale per la sua natura che escluderebbe la stessa astratta possibilità di una riparazione, in base a “criteri convenzionali”, dell'interesse personale leso, deve rilevarsi come anche tale voce di danno abbia una finalità compensativa e debbano essere previste modalità risarcitorie idonee ad evitare ingiustificati arricchimenti. La “non patrimonialità” del bene leso e soprattutto delle conseguenze derivanti dal fatto lesivo non esclude la possibilità che si proceda, in via equitativa e con l'ausilio di meccanismi tabellari

da calare sempre nell'ambito di processi personalizzati che valorizzino le peculiarità del caso concreto, ad una determinazione quantitativa degli effetti economici negativi subiti dal soggetto leso. In altri termini, la particolare natura del pregiudizio alla persona non esclude che si provveda ad una sua quantificazione.

In tale ottica, se si ammettesse la possibilità di cumulare somme dovute anche a titolo diverso la conseguenza sarebbe quella di assegnare una valenza punitiva al danno risarcibile in contrasto con la più volte enunciata regola della finalità compensativa in assenza di una espressa previsione legislativa.

7.– La decisione dell'intera controversia, ai sensi dell'art. 99, comma 4, comporta l'accoglimento dell'appello.

In via preliminare deve rilevarsi come la regola della compensatio, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte privata resistente, non può ritenersi applicabile soltanto a rapporti futuri e non anche a quelli in corso.

Gli enunciati giurisprudenziali hanno, infatti, natura formalmente dichiarativa. La diversa opinione “finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione” (Cons. Stato, Ad. Plen. , 2 novembre 2015, n. 9).

Affinché un orientamento del giudice della nomofilachia possa avere efficacia solo per il futuro devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti:

“a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte” (così Cass. civ., 11 marzo 2013, n. 5962).

Nella fattispecie in esame non occorre applicare una norma processuale e nemmeno attinente al procedimento amministrativo, e, in ogni caso, non risulta che vi sia stato né un mutamento imprevedibile di orientamento in ragione anche degli indirizzi interpretativi seguiti nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione né una incidenza negativa sul diritto di azione della parte appellata.

Chiarito ciò, nella specie il Tribunale amministrativo ha ritenuto, applicando la regola del cumulo, che il ricorrente avesse diritto ad aggiungere all'indennità già percepita il risarcimento del danno non patrimoniale.

La controversia in esame deve, invece, essere risolta, in applicazione dei principi sin qui esposti, mediante l'applicazione della regola del divieto di cumulo. [...]

[...] 8.– Alla luce di quanto sin qui esposto occorre formulare il seguente principio di diritto limitatamente alla questione relativa al cumulo tra risarcimento e indennità dovute da enti pubblici e non anche, perché non rilevante, da assicuratori privati o sociali: “la presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario.»

L'imprenditore colpito da interdittiva antimafia non è idoneo a ricevere dalla pubblica amministrazione somme a titolo risarcitorio in relazione ad una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3)

«L'Adunanza Plenaria ritiene che la questione ad essa sottoposta trovi soluzione nella definizione in termini di "incapacità" ex lege dell'effetto derivante dalla interdittiva antimafia sulla persona (fisica o giuridica) da essa considerata, di modo che il ricorso per l'ottemperanza è da dichiararsi, conseguentemente, inammissibile.

[...] il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione.

[...] Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili

garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è:

- parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d. lgs. n. 159/2011);

- tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto).

[...] la finalità del legislatore è, in generale, quella di evitare ogni "esborso di matrice pubblicistica" in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali.

In sostanza – ed è questa la ratio della norma – il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l'art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi an-

timafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A..

[...] gli istituti espressamente contemplati dal legislatore (contributi, finanziamenti, mutui agevolati) rientrano tutti nella più ampia categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, di modo che lo “stesso tipo” entro il quale rientrano le “altre erogazioni” interdette, ben può essere inteso come il genus delle obbligazioni pecuniarie poste a carico della Pubblica Amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa.

L’aver inquadrato l’effetto prodotto dall’interdittiva antimafia in termini di “incapacità” rende possibile comprendere come non assuma rilievo, nel caso di specie, il problema della “intangibilità del giudicato”.

Ed infatti, se il soggetto destinatario dell’interdittiva antimafia ha una particolare forma di incapacità ex lege, come innanzi ricostruita, il problema non è più rappresentato dalla intangibilità (o meno) del giudicato che sarebbe “vulnerato” dalla ritenuta impossibilità per la Pubblica amministrazione di corrispondere le somme al cui pagamento è stata condannata con la sentenza passata in giudicato. E ciò perché l’impossibilità di erogazione non consegue ad una “incisione” del giudicato, per così dire “sterilizzandone” gli effetti, bensì consegue alla incapacità del soggetto (che astrattamente sarebbe) titolare del diritto da esso nascente a percepire quanto spettantegli.

In altri termini, l’effetto dell’interdittiva non è quello di “liberare” la Publi-

ca Amministrazione dalle obbligazioni (risarcitorie) per essa derivanti dall’accertamento e condanna contenuti nella sentenza passata in giudicato; così come essa non incide sulla sussistenza del diritto di credito definitivamente accertato, né sull’*actio iudicati*, una volta che tale diritto possa essere fatto valere da parte di chi ne ha la titolarità.

Infatti, l’obbligazione risarcitoria della Pubblica Amministrazione, definitivamente accertata in sede giudiziaria, resta intatta ed indiscutibile; né può ipotizzarsi alcuna incisione del provvedimento amministrativo (e dei suoi effetti) sul giudicato.

L’interdittiva antimafia, dunque, non incide sull’obbligazione dell’Amministrazione, bensì sulla “idoneità” dell’imprenditore ad essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito.

Il soggetto colpito dalla misura interdittiva, che pure potrebbe astrattamente essere titolare dei diritti riconosciutigli dalla sentenza passata in giudicato, risulta tuttavia essere, per ragioni diverse ed esterne, incapace ad assumere o a mantenere (per il tempo di durata degli effetti dell’interdittiva) la titolarità non già dei soli diritti accertati con la sentenza, ma, più in generale, di tutte le posizioni giuridiche comunque riconducibili all’ambito delineato dall’art. 67 del Codice delle leggi antimafia.

E, da ultimo, l’idoneità ad essere (temporaneamente) titolare del diritto non può che comportare anche l’impossibilità di farlo valere nei confronti del debitore, in particolare postulando la tutela del credito in sede giurisdizionale.

Viceversa, una volta che venga meno

l'incapacità determinata dall'interdittiva, quel diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto [...].

Né la titolarità del diritto ovvero la concreta possibilità di farlo valere, una volta "recuperata" la piena capacità giuridica, potrebbero risultare compromessi, posto che, come è noto, ai sensi dell'art. 2935 c.c. "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

[...] In conclusione, l'Adunanza Plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) "il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità ex lege, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione)

e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159".

b) l'art. 67, co. 1, lett. g) del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali", ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa.»

Nota di Lucia Di Ciommo

Con la sentenza in epigrafe, l'Adunanza Plenaria si è espressa in merito alla questione di diritto concernente la possibilità da parte della pubblica amministrazione di erogare somme di denaro, spettanti a titolo di risarcimento danno, in favore di un soggetto che sia stato destinatario – ancor prima della definizione del giudizio risarcitorio – di una informativa interdittiva antimafia, conosciuta solo successivamente alla formazione del giudicato e taciuta dal soggetto stesso; ovvero se il giudicato favorevole, una volta formatosi, obblighi in ogni caso l'amministrazione a darvi corso e a corrispondere, quindi, la somma accertata come spettante.

Per meglio comprendere la portata della pronuncia in esame, risulta necessario ripercorrere le vicende processuali in oggetto.

Nel febbraio 2014, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato riconosceva alla società ricorrente il diritto al risarcimento del danno composto dal mancato utile derivante dalla negativa aggiudicazione di un appalto.

Tuttavia, soltanto in epoca successiva alla suddetta pronuncia, si apprendeva che nel 2013 la società ricorrente era stata attinta da una informativa interdittiva antimafia, ai sensi degli artt. 84, comma 3, e 91, comma 6, d.lgs. 159/2011. Pertanto, la stazione appaltante proponeva ricorso per revocazione avverso la sentenza n. 644/2014.

In particolare, si rilevava il problema dell'effettiva eseguibilità della sentenza, stante la preclusione di cui all'art. 67, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 159/2011, in base al quale "le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: ... g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali".

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato rimetteva il ricorso all'attenzione dell'Adunanza Plenaria esponendo due questioni interpretative:

- 1) se la previsione di cui al comma 1, lett. g), dell'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto;
- 2) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata.

In via preliminare, la previsione normativa di cui alla prima questione, secondo un'interpretazione logico-sistematica, dovrebbe condurre a ritenere che il "catalogo" delle ipotesi di cui alla lettera g) sia "aperto" e che la locuzione "altre erogazioni dello stesso tipo", lungi dal 'chiudere' l'elencazione, presenti piuttosto una valenza – a detta della Adunanza – "pan-tipizzante", volta ad impedire nella sostanza l'erogazione di qualunque utilità di fonte pubblica in favore dell'impresa in odore di condizionamento malavitoso, a prescindere dalla fonte e dal tipo di tale utilità.

In secondo luogo, nella successiva questione, viene messo in risalto l'effetto del giudicato formale, laddove "in qualsiasi modo formatosi, impedisca in ogni caso all'amministrazione di sottrarsi agli obblighi da esso nascente di corrispondere una somma di denaro a titolo risarcitorio ad un soggetto attinto da un'informativa interdittiva antimafia mai entrata nella dialettica processuale, anche se precedente alla formazione del giudicato, oppure se le finalità e la ratio dell'informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione

di incapacità legale *ex lege* che produca corrispondente sospensione temporanea dell'obbligo per l'amministrazione di eseguire quel giudicato”.

Alla luce di queste coordinate interpretative, l'Adunanza Plenaria dopo aver ricostruito la natura e la ratio dell'interdittiva antimafia, ha chiarito che, quest'ultima, determina una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale (in quanto limitata e specifici rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, facendo rientrare nello stesso anche la percezione di somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa.

Inoltre, l'aver inquadrato l'effetto prodotto dall'interdittiva antimafia in termini di incapacità rende possibile comprendere come non assuma rilievo il problema della “intangibilità” del giudicato, in quanto l'interdittiva rileva sulla capacità dell'imprenditore ad essere titolare (o a persistere nella titolarità) del diritto di credito e non sulla obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione definitivamente accertata in sede giudiziaria.

Solo coloro che hanno partecipato alla gara o manifestato interesse possono impugnare le clausole non escludenti del bando

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4)

«[...] (I) Il nodo centrale da sciogliere [...] è consistito nella enucleazione dei casi in cui ci si trovi al cospetto di “clausole del bando immediatamente escludenti”. Sul punto, può ben affermarsi che la giurisprudenza maggioritaria ha fornito una risposta “ampliativa” [...] giovandosi della “clausola di aperture” contenuta nella sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003 n. 1 “non può, invece, essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incompatibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l’impossibilità per l’interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente

dall’onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all’interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione” [...]

[...] Per converso, è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l’atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva [...] e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

[...] (L) a possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, è stata configurata quale eccezione alla regola

in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione [...]. Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo.

16.7. È bene avvertire che l'orientamento espresso dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 è rimasto nella sostanza immutato, sebbene a più riprese se ne fosse invocato il superamento [...].

16.8. Sembra al Collegio che gli appro-

di raggiunti dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 non costituiscono un "passaggio" isolato od eccentrico, rispetto ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione [...] ed in riferimento al principio processuale codificato dall'art. 100 c.p.c. [...].

[...] L'Adunanza Plenaria ritiene che non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti", dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione. [...]

Conclusivamente [...]:

[...] le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.»

Nota di Azzurra Baggieri

Con l'Ordinanza di rimessione n. 5138/2017, la III Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria (che si è espressa con la Sentenza in commento) la risoluzione di diverse questioni giuridiche.

Tra queste, due meritano particolare attenzione per le importanti implicazioni sostanziali e processuali che dalla loro risoluzione derivano.

In primo luogo, l'Adunanza si è soffermata sulla carenza di legittimazione attiva in capo all'operatore economico che, pur non avendo preso parte alla gara, intenda impugnare clausole non escludenti la propria partecipazione al bando.

In secondo luogo, è stata affrontata la questione relativa al *dies a quo* a partire dal quale l'offerente possa proporre ricorso avverso le clausole non immediatamente lesive della propria situazione giuridica soggettiva, ma purtuttavia illegittime.

Occorre evidenziare che, con tale Sentenza, l'Adunanza ha confermato il proprio orientamento giurisprudenziale per entrambi i quesiti, sui quali la stessa si era già pronunciata (Sentenze nn. 1/2003, 4/2011 e 9/2014).

Ebbene, con riferimento al primo quesito giuridico, il Collegio ha ribadito la regola per la quale solo colui che abbia partecipato alla gara è legittimato a impugnare le clausole del bando ritenute illegittime, rimanendo preclusa siffatta possibilità per l'operatore economico che non abbia preso parte alla procedura selettiva.

Tale ragionamento trova la sua *ratio* in uno dei caratteri essenziali dell'interesse legittimo. Per essere inteso quale situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, l'interesse deve, infatti, essere oltre che qualificato (ovvero riconosciuto e sancito dall'ordinamento), anche differenziato. Solo in quanto diverso e più intenso rispetto alle posizioni della generalità dei cittadini, l'interesse legittimo può essere individuato e conseguentemente tutelato.

Ebbene, l'Adunanza statuisce che l'operatore economico che non ha partecipato alla gara (pur avendone avuto la possibilità) non è portatore di alcun interesse differenziato, attuale e concreto (dunque tutelabile), ma tutt'al più di un interesse ipotetico e di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione.

A tale regola generale, tuttavia, fanno eccezione, precisa il Collegio, alcune tassative ipotesi al ricorrere delle quali l'operatore economico non offerente è legittimato ad impugnare gli atti della procedura selettiva. Siffatta possibilità è prevista ad esempio quando: "*si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti*". E non potrebbe essere altrimenti, considerato che, in tale circostanza, è preclusa all'operatore del settore, con assoluta certezza, l'utile partecipazione.

Posto quanto sopra, il Collegio passa a vagliare quale sia il *dies a quo* a partire dal quale l'offerente sia legittimato ad agire in giudizio.

Sul punto viene confermato l'orientamento per il quale le clausole non preclusive della partecipazione debbano essere impugnate unitamente al provvedimento che rende certa e concreta la lesione, sino a quel momento solo paventata.

Per la sua argomentazione, l'Adunanza analizza la portata di due disposi-