

MARIA CONCETTA D'ARIENZO

Ricercatore confermato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Motorie e del Benessere dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

m.darienzo@uniparthenope.it

CRISI E RISCATTO DELLE FUNZIONI «SERVENTI» DEGLI ORDINI E DEI COLLEGI PROFESSIONALI

CRISIS AND REVALUATION OF «SERVING» FUNCTIONS OF PROFESSIONAL BODIES AND ASSOCIATIONS

SINTESI

Prendendo spunto da alcune vicende recenti il cui esito potrebbe condizionare l'esistenza e la permanenza in vita degli Ordini e dei Collegi professionali, il saggio partendo dall'evoluzione concettuale e normativa di ente pubblico evidenzia le peculiarità e le caratteristiche degli stessi che assumono una specifica rilevanza sia sotto il profilo organizzativo che della disciplina sostanziale e processuale applicabile. In un momento storico particolarmente delicato nel quale essi rivendicano la loro identità e il proprio ruolo portando avanti con forza e determinazione la specifica *mission* loro affidata in contrapposizione con chi al contrario anche di recente ne ha auspicato la soppressione e la conseguente contestuale liberalizzazione delle professioni sia per la scarsa qualità dei servizi sia per l'assenza di adeguate garanzie per gli iscritti, il lavoro focalizza l'attenzione su alcuni profili connessi alla natura giuridica ed alla specifica *mission* loro affidata.

Avvalorando la nozione, il significato e gli effetti che discendono dalla qualificazione di ente pubblico, lo studio rivaluta la doppia legittimazione degli Ordini e dei collegi professionali ad impugnare provvedimenti lesivi in proprio e nell'interesse degli iscritti, evidenziando che non osta - di regola - a tale riconoscimento il conflitto di interessi con i singoli professionisti o associati beneficiari dell'atto impugnato, né alcun limite se non l'ambito delle questioni concernenti le attività rientranti nella disciplina, nelle prerogative e nei poteri degli stessi. Il lavoro ammette la possibilità per l'Ordine professionale di contestare ai dirigenti il reato di cui all'art. 323 c.p. e sulle conseguenze derivanti dalla distrazione dei prelievi a carico degli iscritti per il finanziamento di attività estranee a quelle dell'Ente o per il perseguimento di scopi ultronei rispetto a quello istituzionale o per favorire il perpetrarsi di irregolarità, illegittimità e/o altri illeciti. Infine si focalizza sugli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici alla luce dei reciproci rapporti tra detti enti esponenziali, le altre Pubbliche Amministrazioni e l'ANAC, riconoscendo che a fronte di vizi particolarmente gravi ed evidenti del provvedimento lesivo dell'affidamento riposto dal professionista incaricato,

l'omessa pronuncia sull'istanza di riesame proveniente dall'Ordine professionale configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della P.A., nonché lesiva del principio di leale cooperazione tra PP.AA. Senza sottovalutare il ruolo propulsivo e di stimolo all'attività di controllo sugli atti adottati dalle altre pubbliche amministrazioni svolta dell'ANAC che si sostanzia nel potere di intervenire sulla qualità della decisione amministrativa anche in funzione deflattiva del contenzioso.

ABSTRACT

Taking inspiration from some recent events which could affect the existence and survival of professional bodies and associations and starting from the conceptual and normative evolution of «public body», the essay highlights their peculiarities and characteristics assuming a specific relevance both from an organizational point of view and from the applicable substantive and procedural law.

In a particularly delicate historical moment in which professional bodies and associations claim their identity and their role by carrying out with force and determination the specific mission, in contrast to people which called also recently for their suppression and for the consequent simultaneous liberalization of professions, arguing both the service poor quality and the lack of adequate guarantees for members, the work focuses attention on some profiles connected to the legal nature and to the specific mission entrusted to them.

Confirming the notion, the meaning and the effects deriving from the qualification of «public body», the study re-evaluates the double legitimacy of professional association and bodies to challenge harmful measures in their own right and in the interest of the members, highlighting that the conflict of interests with every professional or member taking advantage of the disputed act generally does not impede such legitimacy, which is exclusively hindered by the problems concerning the activities falling within the professional's or member discipline, prerogatives and powers. The study admits that the professional associations have the power to charge the managers with the crime referred to in article 323 of the Italian Criminal Code and underlines the consequences deriving from the misappropriation of the funds paid by the members to finance activities being extraneous to the Entity activity, to pursuit purposes different from the institutional ones or to favor the perpetration of irregularity, illegitimacy and/or other illicit. Finally, the research focuses on transparency, fairness and good faith requirements in public procurement, in the light of mutual relations between the professional bodies, the other Public Authorities and National Anti-Corruption Authority, recognizing that in presence of particularly serious and evident provision defects undermining the trust placed by the professional in charge, the failure by the professional association to adjudicate in the request for review constitutes a negligent conduct, which is contrary to the fundamental rules of

public Authorities correctness and good performance adversely affecting the principle of loyal cooperation.

Nevertheless, it has to be underestimated the propulsive stimulating role to the control the acts adopted by the other Public Authorities carried out by the National Anti-Corruption Authority, which essentially consists in the power to affect the quality of administrative act, also with the aim to reduce the administrative litigation.

PAROLE CHIAVE: Ordini e collegi professionali, natura giuridica e relativa disciplina; interesse e legittimazione ad agire; obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici, poteri di intervento e di controllo sugli atti amministrativi.

KEYWORDS: *Professional bodies and associations, legal nature and related rules, interest and legitimacy to the judicial appeal, transparency requirements, fairness and good faith in public procurement, control and power to affect the administrative act.*

INDICE: 1. Ordini e Collegi professionali: problemi definitivi e le ricadute sulla individuazione della disciplina sostanziale e processuale concretamente applicabile. - 2. Notazioni in materia di interesse a ricorrere e legittimazione ad agire. - 3. Applicabilità dell'art. 323 c.p. ai dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali. - 4. Obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici. - 5. Conclusioni.

1. Ordini e Collegi professionali: i problemi definitivi e le ricadute sulla individuazione della disciplina sostanziale e processuale concretamente applicabile

Una recentissima ed interessante sentenza del TAR Piemonte¹ ha dichiarato illegittima la scelta dell'Ordine Professionale dei Tecnici Sanitari di Radiologia Medica di incorporare nella quota annuale di iscrizione all'Albo riversando sui professionisti il costo pro capite della polizza assicurativa collettiva stipulata dall'Ordine o dalla Federazione, ritenendola attività estranea alle prerogative di detti enti e non rientrante nel concetto di spese necessarie al funzionamento dello stesso. Si è osservato, infatti, che essi per legge possono esclusivamente negoziare con le compagnie assicurative «*le condizioni generali*» delle polizze assicurative da offrire «*in convenzione ai propri iscritti*» (art. 3, comma 5 lett e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138), ferma restando la libertà di adesione e di scelta della compagnia assicurativa di fiducia che si desumono altresì dal combinato disposto degli artt. 1372 e 1411 cc.

In attesa degli ulteriori sviluppi della vicenda in appello e di altri giudizi simili pendenti innanzi al TAR Lazio, la decisione offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni su questioni essenziali connesse all'esistenza (ed alla

¹ TAR Piemonte, sez. II, 3 gennaio 2019, n. 16.

permanenza in vita) dei Collegi e degli Ordini professionali, intercettando altresì il problema della sussistenza o meno del controllo di gestione da parte della Corte dei conti, in un momento storico tra l'altro molto delicato in cui essi rivendicano la loro identità e il proprio ruolo portando avanti con forza e determinazione la specifica *mission* di tutela delle professioni, in contrapposizione all'opinione di chi ne auspica invece la soppressione entro il 2020, sia in considerazione della scarsa qualità dei servizi offerti ai cittadini sia per l'assenza di adeguate garanzie per gli iscritti fortemente penalizzati dai tributi, dalla società e dalle logiche del mercato².

In attesa di una Riforma di sistema che preveda la revisione della pressione fiscale, la sburocratizzazione delle procedure, iniziative concrete ed incentivi per lo sviluppo che siano frutto di confronto e interazione costante tra politica e professionisti, il presente lavoro analizza i profili connessi alla natura giuridica, alle caratteristiche, ai ruoli e alle funzioni di detti Enti e problematiche connesse ad un tema di grande rilevanza pratica oltre che teorica che spaziano dalla individuazione dei fini pubblici a tutela dei propri iscritti, ai poteri di vigilanza sul corretto esercizio della professione (ivi compresa la facoltà di irrogare sanzioni disciplinari), dalla verifica dell'assolvimento dei doveri e degli obblighi imposti agli iscritti dalla normativa vigente, agli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici nei rapporti tra la stazione appaltante ed il professionista iscritto all'Albo dall'attività propulsiva, di stimolo e di controllo sugli atti adottati dalle altre PP.AA. a tutela dei propri iscritti alla tutela del prestigio della professione.

² La contestazione è originata da un esposto alla Commissione europea da parte di un ingegnere di Salerno che lamentava l'impossibilità di versare i contributi (o almeno le ritenute) INARCASSA sul corrispettivo incassato come Onorevole alla Camera dei Deputati, nonostante la rinuncia alla pensione elettiva, i continui e vani solleciti indirizzati all'Ordine professionale di appartenenza, agli uffici e il ricorso al TAR Campania. Tale vicenda che a livello nazionale e locale non ha prodotto esiti significativi, al contrario ha suscitato particolare interesse nella Commissione UE che ha stigmatizzato le modalità di accesso, le caratteristiche, le prerogative ed i privilegi per contrasto con la normativa europea, al punto da imporne l'abolizione e la contestuale liberalizzazione delle professioni nell'interesse dei professionisti e degli utenti del servizio. Si è osservato, infatti, che gli ordini professionali si riducono a *lobby* di danaro e centri di potere che di fatto ostacolano l'iniziativa e sacrificano le esigenze dei giovani professionisti e inoltre che in un mercato già fortemente condizionato dalla concorrenza a basso costo, dalla crisi economica, dalla riduzione dei fatturati e nel quale per molte professioni regolamentate l'offerta supera abbondantemente la domanda, al di là degli ostacoli dovuti a rigidi schemi formalistici ed istituzionali, il dato più preoccupante è rappresentato dalla mentalità corrente della società che garantisce l'effettività dei diritti ed il consolidamento dei privilegi di pochi a scapito dello sviluppo economico e sociale dei più deboli, in assenza di adeguati controlli e verifiche.

L'indagine deve necessariamente partire dalla individuazione del concetto di ente pubblico che se in altri contesti è apparso scontata in base ad una nozione apparentemente consolidata e sulla scorta di «*indici sintomatici*» della loro esistenza a prescindere dal riconoscimento legislativo espresso o tacito, così non è stato per i collegi e gli ordini professionali³ per i quali al contrario si sono posti numerosi dubbi interpretativi e questioni applicative di difficile risoluzione.

A ben vedere, le questioni più controverse e significative originano dalla “crisi” della categoria tradizionale (*id est*: ente pubblico) che ha indotto il legislatore nazionale e, soprattutto, europeo ad individuare, accanto agli enti pubblici tradizionali, enti definiti «*a cavallo*», caratterizzati, cioè, dalla compresenza della veste esteriore di soggetti privati e dall'essenza pubblicistica per la natura dei fini perseguiti e dei poteri esercitati, pur senza attribuire esplicita prevalenza al profilo formale né a quello sostanziale⁴.

Ciò, evidentemente, in virtù di una scelta ben precisa sostanziata nella elaborazione di un nuovo concetto di ente pubblico di natura variabile e ibrida,

³ Locuzione con la quale in generale si suole identificare gli enti sottoposti al controllo dei vari Ministeri ed aventi il compito di vigilare sulla professionalità degli iscritti all'Albo professionale che in quanto tali sono tenuti all'osservanza delle norme di comportamento dettate dal codice deontologico, all'obbligo della formazione continua, e sono altresì soggetti alla verifica della permanenza dei requisiti di accesso oltre che al versamento della quota di iscrizione annuale.

⁴ In argomento, cfr., V. CERULLI IRELLI, *Problemi della individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul parastato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 626 ss.; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1979, p. 23 ss.; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 91; M. S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in AA. VV., *Riordinamento degli enti pubblici e funzione delle loro avocature*, Napoli, Jovene, 1974, p. 35; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, p. 136 ss. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Nel diritto editore, 2018, p. 91 ss. e spec. p. 178 ove è chiarito che per effetto della proliferazione dei modelli di amministrazione «(...) tanto nel contesto europeo che in quello nazionale va progressivamente affermandosi (accanto all'ente pubblico classico di cui agli artt. 97, co. 2, Cost. e 4 della l. 20 marzo 1975, n. 70 cd. legge sul parastato) una nozione di ente pubblico “a geometrie variabili” in base al quale il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è più fisso e immutabile, bensì si adatta a seconda dell'istituto, del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad essa sottesa». Non a caso, quindi, sia le qualificazioni legislative che i cd. indici sintomatici di cui si è detto si sono rivelati tutt'altro che risolutivi onerando il giudice di fare chiarezza e «mettere a sistema» diversi profili della vasta materia. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 67 li qualifica «centri di riferimento» o anche «centri di potere». Su questi temi, cfr., L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 468. In giurisprudenza, Corte cost., 7 aprile 1988, n. 396. 21 aprile 2011, n.153; 15 febbraio 2000, n. 59; 19 dicembre 2003, n. 363; 23 luglio 2013, n. 229; 25 novembre 2013, n. 26283.

pertanto non definibile a priori, e di una nozione dal carattere sostanzialmente elastico e teleologico, e quindi per sua natura mutevole con riferimento ai diversi istituti, in base ai fini perseguiti ed in applicazione della logica dell'effetto utile di cui all'art. 4 TFUE.

Il che ha consentito di scindere i piani e, quindi, ad esempio, di considerare un ente privato per quanto concerne gli aspetti dell'organizzazione ed i profili attinenti alla scelta del modulo organizzativo, pubblico invece per quelli che si riconnettono al potere, ai compiti ed alle funzioni che possono essere esercitati e svolti da soggetti privati⁵.

Ad oggi, la «relatività» è l'elemento maggiormente qualificante la nozione di ente pubblico⁶ che non ha perso nel tempo la sua importanza e la sua polisemicità nel diritto interno ed in quello europeo.

In assenza di una definizione generale nella legge⁷ che infatti contempla diverse PP.AA. fornendo altrettante nozioni, più o meno «inclusive» e distinte

⁵ Sulla rilevanza oggettivamente pubblicistica degli enti in considerazione delle funzioni esercitate e sulle conseguenze di tale qualificazione, cfr. F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 418. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000, p. 347; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 171 ss.; ID., *Enti pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2230. Sulla perdurante necessità di operare una netta distinzione in base alla natura pubblica o privata degli enti per far luce sul concetto di ente pubblico, cfr., L. FERRARA, *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*, 2006, 321; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.; V. CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 84 ss.; A. CATELANI, *La distinzione fra enti pubblici e privati e le caratteristiche giuridiche della pubblica amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001, 883 ss. Sulle caratteristiche e le peculiarità dei Collegi e degli Ordini professionali, cfr., G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 408 ss.; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 963 ss.

⁶ La nozione di ente pubblico che non è più universale, di carattere ontologico, ma una nozione variabile di carattere teleologico; ne consegue che l'ente non è mai pubblico o privato in assoluto, ma è pubblico o privato se in base allo scopo perseguito dalla legge nel disciplinare un certo istituto, sia più compatibile la scelta della natura pubblicistica o della natura privatistica.

⁷ A titolo meramente esemplificativo, cfr., art. 1 co. 2 del d.l. 30 marzo 2001, n. 165, cd. Testo Unico sul Pubblico Impiego (Finalità ed ambito di applicazione): «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

Solo nella l. 7 agosto 1990 n. 241 si rinvencono diverse nozioni di ente pubblico. Cfr., art. 1 co. 1 ter (Principi generali dell'attività amministrativa) «I soggetti privati preposti all'esercizio di

in base al settore di riferimento, al fine perseguito ed al proprio ambito di operatività, ma accomunate dal medesimo regime giuridico sostanziale (che contempla poteri, privilegi ed immunità, ma anche limiti procedimentali, limiti legati ai controlli sugli atti, sugli organi, sulla gestione delle finanze, ecc., in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico), e processuale (la devoluzione alla giurisdizione del G.A. delle controversie in cui la P.A. esercita in prevalenza un potere pubblico), la Costituzione, all'art. 97 ne disciplina il profilo organizzativo sancendo, rispettivamente, il principio di riserva di legge nella creazione degli enti pubblici, nella organizzazione degli stessi e, infine, il principio del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego⁸.

Ciò posto sul piano più generale, è vieppiù evidente che la qualificazione dei Collegi e degli Ordini professionali, ora come allora, è decisiva tanto per i profili organizzativi, quanto ai fini della individuazione della disciplina sostanziale ad essi applicabile, nonché degli aspetti processuali (legittimazione a ricorrere avverso atti o provvedimenti adottati da altre PP.AA.) e del riparto di

attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge»; art. 29 co. 1 (Ambito di applicazione della legge) «1. Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche»; art. 23 (Ambito di applicazione del diritto di accesso) «1. Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24».

Ancora, indicazioni specifiche si rinvencono nel Codice dei Contratti pubblici e nel c.p.a., (cfr., art. 3 co. 25 e co. 28 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ss.mm. ii. in combinazione con l'art. 133 c.p.a.).

L'art. 3 co. 25 (Definizioni) testualmente recita: «Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti»; art. 3 co. 28 del d.lgs. n. 50/2016 citato, ove si legge: «Le "imprese pubbliche" sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

- a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;
- b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;
- c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa»; art. 7 co. 2, c.p.a. ove si legge: «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

⁸ Ci si intende riferire, in particolare, ai co. 2 e 4 della citata disposizione le cui previsioni, per completezza espositiva, qui si riportano: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»; «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

giurisdizione nei giudizi che a vario titolo coinvolgono detti enti aventi ad oggetto provvedimenti da questi adottati (ad esempio, la delibera di decadenza dall'incarico di consigliere) o atti che incidono sull'organizzazione degli stessi⁹, storicamente qualificati dalla giurisprudenza «enti pubblici associativi non economici ad appartenenza necessaria»¹⁰, ponendone in luce le peculiarità e la principale caratteristica che consiste nella duplice natura di ente pubblico ed esponenziale della categoria rappresentata in base alla quale essi «sono legittimati ad impugnare in sede giurisdizionale gli atti lesivi non solo della sfera giuridica dell'ente come soggetto di diritto, ma anche degli interessi della categoria dei soggetti appartenenti all'ordine o al Collegio, di cui l'ente ha la rappresentanza istituzionale»¹¹.

In passato, l'assenza di una definizione che ne sottolineasse la specificità, le peculiarità della loro configurazione, della forma istituzionale e della loro irrinunciabile autonomia organizzativa e finanziaria ha creato non pochi problemi interpretativi ed applicativi puntualmente evidenziati da una parte della giurisprudenza nazionale¹², dalla CGUE¹³ ed invocati dagli stessi Ordini

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1165 ha escluso la legittimazione «ad impugnare i provvedimenti attinenti all'organizzazione del pubblico impiego, esulando dalle loro funzioni il "controllo" di coloro che prestino alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni attività lavorative di contenuto corrispondente a quella della libera professione». Essi, infatti, «hanno il compito istituzionale di provvedere alla tutela dell'attività svolta o da svolgere da parte degli iscritti, ma non sono titolari di poteri disciplinari o organizzativi, quando si tratti di pubblici dipendenti, anche se questi abbiano una qualifica omonima o simile a quella degli iscritti all'ordine (Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 1993, n. 918; sez. V, 20 agosto 1996, n. 929)».

¹⁰ Cfr., *ex multis*, Corte. cost., 24 ottobre 2005; 3 novembre 2005 n. 405; Cass., SS. UU., 3 novembre 2009 n. 23209; 24 giugno 2009 n. 14812; 27 gennaio 2009 n. 1874; 12 marzo 2008 n. 6534; 11 giugno 2001 n. 7872; Cass., 18 dicembre 1990 n. 12010; 14 marzo 1990 n. 2079; SS. UU., 19 marzo 1979 n. 1582. Cons. Stato, 27 ottobre 2003, n. 4061; sez. III, 11 giugno 2000 n. 139; sez. VI, 15 dicembre 1999 n. 2088; C.G.A.R.S., 1° luglio 1999 n. 298; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999 n. 1156; sez. IV, 23 ottobre 1998 n. 1378.

¹¹ Così, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6011 e 7 marzo 2001, n. 1339.

¹² Corte Cass., 14 ottobre 2011, n. 21226 ha giustificato la sottrazione degli Ordini professionali al controllo della Corte dei Conti per l'impossibilità di ricondurre gli enti nella generica nozione di P.A. assoggettandoli alla medesima disciplina in quanto essa «non consente l'automatica attribuzione di un identico significato a concetti giuridici non del tutto coincidenti, seppur rappresentati nei medesimi termini definitivi (...) nel nostro ordinamento non esiste una definizione unitaria di pubblica amministrazione, mentre al contrario è emerso in sede dottrinarie l'orientamento secondo il quale si dovrebbe parlare non di pubblica amministrazione ma di pubbliche amministrazioni, vale a dire con una diversificazione del concetto in relazione alle singole discipline del settore pubblico ed ai non coincidenti fini in vista dei quali il detto concetto dovrebbe essere utilizzato».

¹³ Corte Giust., 12 settembre 2013, C-526/11 in *Urb. e app.*, n. 1/2014, p. 13 ss. con nota di Mameli ha stabilito che gli Ordini professionali non costituiscono un organismo di diritto pubblico ai sensi della Direttiva 2004/18/CE per la considerazione che «un organismo come un ordine professionale di diritto pubblico, non soddisfa il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica (...) né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica». (Sull'argomento, cfr., R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Gli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, spec. § 9.1).

professionali per sottrarsi agli obblighi in materia di trasparenza ed anticorruzione, riferibili soprattutto alle caratteristiche dimensionali e strutturali in ipotesi con esse incompatibili.

Gli enti, infatti, ad ulteriore sostegno della non applicabilità *tout court* delle norme *de quibus*, puntando sulla natura «ibrida»¹⁴, sulle competenze istituzionali,

Nello stesso senso, cfr., Reg. UE n. 549/2013 (SEC 2010) che inserisce le «*organizzazioni professionali o di categoria*» non nel settore delle pubbliche amministrazioni, ma nel settore ben diverso delle «*Istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie*» (S 15, par. 2.129 e 2.130). In precedenza il Reg. UE n. 2223/1996 aveva espressamente ricompreso nel settore gli «*organismi senza scopo di lucro dotati di personalità giuridica al servizio delle famiglie, che sono produttori privati di altri beni e servizi non destinabili alla vendita*» (par. 2.88).

Ciò in quanto la nozione di *operatore economico* adottata nelle direttive del 2004 per indicare i soggetti ammissibili alle gare, non era sovrapponibile, perché più ampia, all'omonima categoria vigente nell'ordinamento nazionale (art. 3 co. 19 e 22 e art. 34 Codice appalti). Di qui l'esclusione di taluni soggetti, benché qualificabili come operatori economici (tra cui gli enti pubblici non economici) dalla partecipazione alle gare per l'assenza di determinate caratteristiche (fine lucrativo, regime di imputazione degli effetti del contratto, responsabilità personale e patrimoniale, capacità all'esercizio di attività d'impresa etc.), secondo un orientamento piuttosto restrittivo che solo di recente è stato ribaltato dalla giurisprudenza nazionale (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009 n. 3897; 11 luglio 2008 n. 3499; TAR. Veneto, 26 giugno 2006 n. 1899; TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002 n. 1206) al fine di adeguarsi agli obblighi imposti dai Trattati ed alle sentenze della Corte di Giustizia UE (cfr., C.G.U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, in C-305/08, CoNISMA c. Regione Marche; 18 dicembre 2007, in C-357/06, Frigerio L. & C. Snc c. Comune di Triuggio e nei confronti di Azienda Servizi Multisettoriali Lombarda – A.S.M.L. SpA con cui la Corte ha adottato un approccio di tipo sostanziale ammettendo la partecipazione alle gare da parte degli enti pubblici sulla base di una nozione più ampia di operatore economico che prescinde totalmente dal riscontro di indici o delle caratteristiche formali di cui si è detto, al fine di favorire la massima partecipazione e la concorrenza, non potendosi giustificare forme di esclusione a priori. Tale interpretazione è stata condivisa dall'Autorità di Vigilanza nel parere 22 ottobre 2009, n. 119). Nulla osta, quindi, a che un Ordine professionale partecipi ad una gara per l'affidamento di un servizio di ricerca scientifica in concorrenza con altri soggetti privati offrendo dietro corrispettivo la prestazione in favore di altra Amministrazione se ciò è compatibile con la finalità istituzionale. La Corte, infatti, ha chiarito che a tal fine è del tutto irrilevante la forma giuridica di ente pubblico che è ammesso a partecipare alla gara di appalto e non può beneficiare di affidamenti diretti, a meno che l'Ente non sia impossibilitato ad erogare la prestazione anche al di fuori della gara perché l'attività richiesta non può essere svolta o se essa è incompatibile con la sua forma giuridica.

¹⁴ Sovente, come in questo caso, il ricorso alla riqualificazione di enti di natura ibrida si è rivelato uno sforzo inutile e dannoso o, semplicemente, «*un modo improprio di impostare il problema*» (così, in dottrina, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 175 ss., secondo cui «*in un sistema caratterizzato dalla moltitudine delle figure soggettive incaricate della cura degli interessi generali, la questione sembra allora porsi in termini opposti: verificare quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. (...) Si tratta, in altri termini, di costruire un regime congruo all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici. Ciò impone di valutare, regola per regola, a seconda della sua ratio, se ed in quale misura debba applicarsi al soggetto ordinato in forme privatistiche*»). L'assenza di parametri predeterminati ha generato incertezze sul piano della disciplina ed i vuoti legislativi sono stati colmati dalla giurisprudenza che nel tempo ha elaborato i principi generali della materia a prescindere dalle classificazioni e dall'individuazione dei criteri distintivi o di indici di

sulle peculiarità e la relativa difficoltà definitoria e su tutti gli altri fattori interni ed esterni alla complessità del fenomeno giuridico, hanno fatto leva, altresì, sulla mancanza di dirigenti e funzionari che avrebbero dovuto redigere il Piano di Prevenzione della corruzione e predisporre il Portale della trasparenza, ecc., all'uopo osservandosi che se, in generale, le divisioni burocratiche generano conflitti, nel caso di specie, il cumulo delle funzioni (di controllore e controllato) in capo allo stesso soggetto (consigliere dell'Ordine) certamente non favorirebbe la concorrenza, il merito, l'uguaglianza, alimentando invece tutti quei fattori che offrono terreno fertile per scandali, abusi, corruzione creando le condizioni per creare nuovi o consolidare antichi privilegi, laddove invece, gli Ordini professionali, al pari dei soggetti privati che esercitano pubbliche funzioni, sono tenuti ad assicurare lo stesso livello di tutela e di efficienza nell'attività svolta al pari delle altre PPAA., dovendo assicurare il rispetto dei medesimi criteri e principi di economicità, efficienza, imparzialità e trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario con i medesimi livelli di garanzia.

Ciò in quanto «*gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*»¹⁵; perseguono fini istituzionali aventi «*schietto carattere pubblicistico perché attinenti all'interesse di tutta la collettività*»¹⁶; di conseguenza, l'azione, assoggettata a continue verifiche e controlli, non è mai libera nel fine, ma anzi costantemente indirizzata al perseguimento dell'interesse pubblico da parte di tali soggetti il cui tratto distintivo comune è rappresentato dalla capacità di auto-organizzarsi attraverso propri regolamenti o statuti, dalla titolarità di funzioni e poteri amministrativi, e dalla conseguente soggezione alla disciplina sostanziale e processuale prevista per gli enti pubblici.¹⁷

riconoscimento che hanno progressivamente perso la loro validità e credibilità. Permangono, tutt'ora, problemi interpretativi ed applicativi connessi alla eccessiva differenziazione degli enti pubblici. Cfr., in proposito, E. CASSETTA, S. FOIÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino, Utet, 2000, p. 436 ss.; G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove epifanie*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2005, 51 ss., C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 303. Il rischio è che la nozione di ente pubblico finisca per essere «*derubricata a mera ed irrilevante etichetta formale*» (F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 428), laddove al contrario ad essa «*non può rifiutarsi, almeno fino a prova in contrario, un proprio significato e propri effetti*» (G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, cit., 367).

¹⁵ D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 226.

¹⁶ Così, C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1974.

¹⁷ Cfr. A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2001, spec. 55 e 276 ss. A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005.

Prova ne sia che anche la legge 11 gennaio 2018, n. 3¹⁸, nel Capo II dedicato alle Professioni sanitarie all'art. 4 (rubricato «*Riordino della disciplina degli Ordini delle professioni sanitarie*») che definisce gli Ordini e le relative Federazioni nazionali: «*a) (...) enti pubblici non economici (ch)e agiscono quali organi sussidiari (e non più ausiliari) dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale*», rimarcandone la natura e le caratteristiche, il ruolo e le funzioni, l'autonomia patrimoniale, finanziaria, regolamentare e disciplinare¹⁹.

Senza tralasciare una delle novità più significative destinate indubbiamente ad incidere sull'organizzazione dell'attività di detti Enti, vale a dire il recente Regolamento UE 2016/279 sulla protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation – GDPR*) il quale - nel richiamare spesso e (forse) impropriamente il principio di *accountability* riferendolo a tutto il sistema di *governance* dei dati che quindi nei fatti assume un significato ben più ampio e complesso rispetto all'esigenza di responsabilizzare il Titolare o il Responsabile del trattamento nelle attività e/o nelle scelte da assumere al fine di assicurare la massima protezione dei dati, ricomprendendo al contempo i concetti di trasparenza, responsabilità e *compliance* – trova applicazione anche nei confronti degli enti pubblici non economici a carattere associativo, come in effetti si desume dall'art. 37, lett. a) del GDPR.

La disposizione, infatti, impone l'obbligo di nomina del DPO alle «*autorità pubbliche*», categoria in cui rientrano a pieno titolo anche gli Enti in questione in quanto esercenti un potere autoritativo che si traduce nel potere di adottare atti incidenti nella sfera giuridica degli iscritti.

¹⁸ Recante «*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*» pubblicata in G.U. 31 gennaio 2018, n. 25. Il d.l. Lorenzin, noto per lo più per aver reintrodotto l'obbligo vaccinale ai fini dell'iscrizione agli asili nido ed alle scuole di infanzia, ha inteso altresì completare l'iter di revisione ed integrazione nell'ordinamento delle professioni sanitarie e la contestualizzazione nel concetto di salute dell'area delle professioni socio-sanitarie, trasformando i collegi in ordini professionali ed istituendo albi ed ordini mancanti, per la necessità di adeguare e armonizzare il quadro normativo all'evoluzione scientifica e tecnologica del comparto sanitario colmando così il *gap* con gli altri Paesi europei ed extraeuropei. Alquanto significativamente entrando nel merito della natura degli ordini professionali il provvedimento ne sottolinea i tratti caratteristici (prerogative e poteri) il regime giuridico e gli effetti dell'attività svolta, prevedendo al contempo un aumento della pena in caso di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.).

¹⁹ La tesi era stata sostenuta in precedenza da Cass. SS.UU., ord. 3 novembre 2009, n. 23209 all'uopo invocando l'art. 6, co. 3, d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139 che qualifica espressamente il Consiglio nazionale e gli ordini territoriali «*enti pubblici non economici a carattere associativo*».

Come si avrà modo di chiarire in seguito, essi operano sia nell'interesse generale sia nell'interesse degli iscritti e, pertanto, istituzionalmente svolgono principalmente attività di trattamento e monitoraggio regolare e sistematico su larga scala dei dati della categoria rappresentata curando la tenuta e l'aggiornamento degli Albi e degli elenchi, indispensabile per l'espletamento dei compiti istituzionali, nonché alle opportune verifiche del rispetto degli obblighi deontologici e della formazione continua obbligatoria. Ad ulteriore conferma di quanto appena detto, giova inoltre richiamare il WP 29 *«che tranne quando sia evidente che un soggetto non è tenuto a nominare un Responsabile della Protezione dei dati, (...) raccomanda a Titolari e responsabili di documentare le valutazioni compiute all'interno dell'azienda o dell'ente per stabilire se si applichi o meno l'obbligo di nomina di un DPO, così da poter dimostrare che l'analisi abbia preso in esame correttamente i fattori pertinenti»* onerando *«le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento (Ordini professionali) o responsabili del trattamento (interni o esterni all'Ente dotato di nuovi compiti e “corresponsabile” insieme con il titolare del trattamento di eventuali danni a terzi e destinatario di eventuali sanzioni amministrative)»* di elaborare codici di condotta *«destinati a contribuire alla corretta applicazione del (...) regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento»* (cfr. art. 40 del Regolamento Privacy).

Su tali premesse, è ora possibile affrontare alcuni profili della vasta materia connessi all'esercizio del *«munus publicum»* loro affidato, tra cui la legittimazione ad agire di detti enti esponenziali della categoria unitariamente considerata²⁰, la sussistenza del controllo di gestione da parte della Corte dei conti, l'operatività del disposto di cui all'art. 323 c.p. nei confronti dei dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali, agli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici con un accenno ai reciproci rapporti tra i suddetti Enti pubblici e l'ANAC.

2. Notazioni in materia di interesse a ricorrere e legittimazione ad agire degli Ordini e dei Collegi professionali

Chiarito, quindi, sotto il profilo definitorio, che l'Ordine professionale è espressione di un gruppo sociale – professionale (in quanto ad esso è affidata la tutela del gruppo di appartenenza, nonché della dignità della funzione individualmente esercitata dai singoli, il prestigio di cui essa ed i suoi operatori

²⁰ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 luglio 2018, n. 1358; 13 luglio 2018, n. 1421. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614.

devono essere circondati nel contesto sociale, dal quale dipende – di conseguenza – l'affidamento dei terzi e la garanzia di un corretto e adeguato esercizio dell'attività professionale) e rileva quale ente esponenziale di tale gruppo e dei suoi interessi, se ne deduce altresì che esso rientra a pieno titolo nel novero delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. per indicare uno dei tanti tipi di organizzazione o comunità che rappresenta l'essenza stessa della società pluralistica *«frappone(ndosi) tra l'individuo e lo Stato»*²¹.

Ciò posto, invertendo l'ordine delle questioni che si intendono affrontare, occorre sgombrare il campo da alcuni equivoci di fondo, riempiendo gli spazi vuoti e dissipando i dubbi preesistenti concernenti ciascuno dei profili trattati che neanche la nozione più chiara ed esaustiva possibile avrebbe potuto eliminare.

Giova, in primo luogo, evidenziare che gli Ordini professionali in quanto enti pubblici ad appartenenza necessaria (cui è affidata una *«rilevante parte della tutela del diritto di difesa»*²² oltre che la tenuta degli albi professionali, la tutela della professione anche attraverso procedimenti disciplinari e la formazione continua, il controllo del possesso e la permanenza dei requisiti in capo al professionista e la garanzia del corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività) e titolari *ex lege* di funzioni pubblicistiche²³ e di specifici poteri (di autorganizzazione, rappresentativo, dispositivo, disciplinare, di redazione e proposta delle tariffe e di liquidazione dei compensi a richiesta dei professionisti)²⁴ che esercitano in regime di monopolio²⁵ agiscono tramite l'emanazione di atti amministrativi, ivi compresi

²¹ Così, R. BIN, *Formazioni sociali*, in www.robertobin.it; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Editori vari, 1989.

²² TAR Lazio, sez. III, 6 maggio - 24 settembre 2015, n. 11391.

²³ Utilizzando un'espressione di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911-12, pp. 650-651, si potrebbe dire che gli Ordini professionali *«ha(nno) per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione»* mirando a *«(...) soddisfare bisogni sentiti da una pluralità di persone che il diritto reputa in un determinato momento storico e in determinate contingenze debba esercitarsi dallo Stato o direttamente o indirettamente a mezzo di altra personalità»*. Pertanto è legittimo ritenere che sia proprio la funzione a permeare di sé l'ente ed i compiti attribuitigli direttamente dalla legge. Non a caso, tra gli indici rivelatori individuati dalla giurisprudenza figura *«la partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri o alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche»* che è particolarmente significativo in quanto, a differenza di altri *«meramente formali»* assume un marcato connotato sostanziale.

²⁴ Cfr., in proposito, Cons. Stato, sezione per gli atti normativi, 27 ottobre 2003, n. 4061.

²⁵ In tempi non sospetti la dottrina ha affermato che *«gli Ordini e i Collegi professionali sono, nell'ordinamento italiano, enti pubblici o, per usare una terminologia tradizionale, enti ausiliari della pubblica amministrazione e, solitamente, agiscono tramite l'emanazione di atti amministrativi»* (così, G. BARONE, *Ordine professionale od ordine confessionale?*, in giustamm.it, n. 2/2009. Nello stesso senso, F. MERUSI,

quelli a carattere sanzionatorio, come ad esempio, la decadenza dalla carica di consigliere che costituisce estrinsecazione di un potere connotato da amplissima discrezionalità, idoneo ad incidere su una carica elettiva. Tale provvedimento, per le sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, non può che soggiacere alla disciplina sostanziale e processuale prevista per gli atti amministrativi della stessa natura. In particolare, trattandosi della misura afflittiva più grave, l'apprezzamento delle circostanze addotte ad esempio a giustificazione delle assenze alle sedute del Consiglio non si risolve in «un'attività meramente ricognitiva dell'avvenuto verificarsi di presupposti antecedentemente tipizzati dal legislatore»²⁶, bensì a condotte esplicate nell'esercizio dell'attività la cui valutazione è rimessa all'Ente.

Così, a titolo meramente esemplificativo, con specifico riferimento a condotte quali l'astensionismo dalle sedute consiliari, così come l'omesso svolgimento delle attività individuali di carattere propulsivo, conoscitivo e di controllo che incidono sia sul buon funzionamento dei lavori consiliari, sia sul grado di affidabilità e credibilità del singolo responsabile nei confronti del gruppo di appartenenza e degli stessi elettori per aver assunto atteggiamenti ritenuti non partecipativi, né dialettici né democratici, si evidenzia che se, da un lato, la mancanza, l'inconferenza o l'estrema genericità delle giustificazioni addotte a fronte di un comportamento manifestamente grave è tale da impedire qualsiasi accertamento sulla fondatezza, serietà e rilevanza dei motivi, dall'altro, ferma restando l'ampia facoltà di apprezzamento dell'organo consiliare delle circostanze addotte a giustificazione delle assenze, è evidente che le stesse vanno interpretate restrittivamente e con estremo rigore, data la limitazione che la decadenza comporta all'esercizio di un *munus publicum*.

In ogni caso, per quanto qui importa, non vi è motivo di dubitare della natura provvedimento dell'atto che, proprio in quanto va ad incidere su una carica elettiva, costituisce estrinsecazione di un potere connotato da amplissima discrezionalità e richiede, altresì, un onere motivazionale per così dire "aggravato", il che rileva sia ai fini dell'impugnazione dinanzi al giudice munito di giurisdizione (il G.A., appunto) e della sindacabilità con riferimento a profili di arbitrarietà o di manifesta irragionevolezza (in caso di mera genericità della motivazione e di palese inadeguatezza allo scopo, unitamente alla riscontrata

Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente e "quasi vigente", in *Dir. amm.*, 2005, 3, 449 ss.).

²⁶ Così, Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4496.

omissione della comunicazione di avvio procedimentale), sia ai fini del ritiro dell'atto in autotutela²⁷.

Sotto altro profilo, è noto che essi nella predetta qualità, i suddetti Enti «*assumono, nel rispetto dell'integrità funzionale dell'Ordine, la rappresentanza esponenziale della professione*»²⁸ e sono legittimati ad agire in giudizio in quanto titolari dell'interesse qualificato e differenziato alla correttezza dell'azione amministrativa e al corretto svolgimento dell'attività professionale da parte degli iscritti all'Albo.

In proposito, la giurisprudenza anche di recente ha ribadito che «*affinché possa riconoscersi agli enti esponenziali una tutela processuale, gli interessi di cui sono portatori devono distinguersi tanto da quelli della collettività di riferimento quanto dagli interessi dei singoli associati dovendosi accertare in concreto che la rappresentatività dell'ente*

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4433 ha chiarito che «*La decadenza dalla carica, intesa quale misura sanzionatoria, non può riguardare il deliberato astensionismo di un consigliere comunale che venga esercitato in un contesto di dialettica politica di documentata conflittualità, tra maggioranza ed opposizione*». Ancor più di recente, cfr., TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 aprile 2018, n. 925 che ha annullato il provvedimento di decadenza dalla carica ex art. 43 TUEL per mancata partecipazione alle sedute consiliari affermando che è illegittima la decadenza dall'incarico politico per cause generiche, ribadendo che *in subiecta materia*, non vi può essere spazio per alcun automatismo ma occorre verificare la veridicità e la serietà delle giustificazioni addotte dall'interessato.

Premettendo che la protratta astensione dalla partecipazione alle sedute del Consiglio può determinare la revoca dell'incarico quando mostrano con ragionevole deduzione un atteggiamento di disinteresse per motivi futili o inadeguati rispetto agli impegni assunti, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento gravato nella parte in cui ha ritenuto insufficiente la produzione delle copie dei certificati medici in luogo degli originali e la motivazione addotta a sostegno dello stesso fondata sulla affermata incertezza, genericità dei certificati medici, alcuni dei quali postumi, nonostante fossero stati redatti dal medico specialista riportando puntualmente la diagnosi e la prescrizione del necessario periodo di riposo facendo fede fino a querela di falso.

Le medesime considerazioni valgono per l'esercizio del potere disciplinare, come è stato ribadito di recente in una recente decisione dal Tribunale dell'Unione europea ove si legge testualmente: «*In ogni caso, anche se, in tali circostanze, non è necessario prendere definitivamente posizione sulla questione della misura in cui l'esercizio, da parte dell'Ordine, del suo potere disciplinare, si ricolleggi all'esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri, cosicché esso fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, occorre ancora precisare che l'esistenza di una siffatta prerogativa non può offrire una protezione assoluta nei confronti di qualsiasi affermazione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in quanto l'esercizio manifestamente improprio di un siffatto potere configurerebbe, in ogni caso, uno sviamento di tale potere*» (Tribunale UE, causa T-90/11, sentenza del 10 dicembre 2014, ONP, punto 207).

²⁸ Con specifico riferimento al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, giova richiamare l'art. 24 della L. 31 dicembre 2012 n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) ove si legge «*Il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia*».

*sia tale da consentirgli di intervenire a tutela di un interesse da considerarsi, non come semplice sommatoria degli interessi dei singoli associati, ma come interesse proprio dell'associazione in quanto tale, in virtù di precise disposizioni statutarie che prevedano espressamente la tutela di determinati interessi da considerarsi conformi a quelli del gruppo sociale di riferimento; occorre accertare anche che l'interesse tutelato in sede giurisdizionale dall'associazione non sia conflittuale, neanche in potenza, con quello anche solo di uno dei consociati, oppure che non vengano tutelate le posizioni giuridiche solo di parte dei consociati stessi*²⁹.

Generalmente si ritiene che la legittimazione degli Ordini professionali ad impugnare provvedimenti amministrativi per la tutela dell'interesse generale dell'intera categoria rappresentata deriva dal ruolo ricoperto e dalla pienezza dei poteri di vigilanza e di controllo che ad essi fanno capo e nei limiti in cui i provvedimenti gravati non esulino dalle attività svolte e dalle funzioni di vigilanza e di controllo; che essa non può essere limitata in ordine alle censure proponibili dai detti ordini, valutabili tuttavia ai fini dell'accertamento della sussistenza di un interesse a ricorrere; che il ricorso proposto dagli ordini

²⁹ La legittimazione attiva degli Ordini professionali discende dai compiti ad essi affidati, tra cui in particolare spicca il ruolo di vigilanza e di controllo dell'osservanza della legge professionale e delle disposizioni concernenti l'esercizio della professione, coesenziali alla realizzazione dei fini istituzionali e, all'uopo, intimare la cessazione di comportamenti illeciti o illegittimi provenienti da terzi, assumendo le iniziative del caso con i mezzi e le modalità ritenute più opportune.

Cons. Stato, sez. III, 28 novembre 2013, n. 5691. Più di recente, Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, cit. Su tali presupposti, di recente il TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 luglio 2018, n. 1421 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal Presidente regionale dell'Associazione Nazionale Dentisti Italiani e dai Presidenti delle Commissioni Albo odontoiatri istituite nei Consigli dell'Ordine dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri delle Province di Vibo Valentia, Crotona, Cosenza, Catanzaro e Reggio Calabria avverso il Decreto adottato dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del Servizio Sanitario Regionale Calabria a seguito della riscontrata carenza del requisito negativo dell'assenza di potenziali conflitti tra la tutela del citato interesse e gli appartenenti alla categoria professionale odontoiatrica (*contra*, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10 ha riconosciuto la legittimazione ad impugnare anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto di interessi tra ordine professionale e singoli professionisti beneficiari dell'atto impugnato. Nella specie, l'Ordine aveva impugnato la procedura di evidenza pubblica per violazione del principio della par condicio tra i partecipanti alla gara, e di cui di fatto aveva beneficiato un solo iscritto.

Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1165 ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di legittimazione attiva per la considerazione che «*le prerogative degli Ordini e dei Collegi professionali vanno poste in stretta correlazione con i compiti ad essi affidati dall'ordinamento giuridico (tenuta di albi, esercizio dell'azione disciplinare, predisposizione dei compensi)*» e, di conseguenza, «*non potrebbero essere estese sino al punto da ipotizzare un interesse a sindacare le determinazioni delle pubbliche amministrazioni aventi per oggetto la selezione dei propri dipendenti, che svolgano attività pur di contenuto corrispondente a quella di una libera professione*».

Sulla legittimazione a ricorrere degli Ordini professionali, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4854; 14 febbraio 2012, n. 718; 8 febbraio 2011, n. 861; 12 agosto 2011, n. 4776.

professionali, invero, può essere accolto solo allorché si contesti la legittimità di un provvedimento amministrativo che si assume lesivo degli interessi della categoria di professionisti rappresentati e, in via generale, se dall'accoglimento di quest'ultimo derivi un'utilità, anche strumentale, per il ricorrente; che gli ordini professionali non possono impugnare i provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi di un iscritto, essendo riconosciuta loro, in tal caso, solo una legittimazione ad intervenire; che gli stessi, invece, non sono legittimati ad impugnare i provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti i titoli di idoneità professionale per lo svolgimento di pubbliche funzioni, né possono dolersi del titolo di studio o degli altri requisiti d'ammissione ai pubblici concorsi che la stessa pubblica amministrazione richieda ai propri dipendenti, in ragione della loro preparazione professionali.

Ciò posto, si rendono necessarie alcune precisazioni in punto di legittimazione attiva e interesse a ricorrere.

Sovente, infatti, alquanto frettolosamente i giudizi proposti dai Collegi o dagli ordini professionali si sono conclusi con la declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza della legittimazione a ricorrere, stante l'ipotetica inutilità della sentenza costitutiva di arrecare alcun vantaggio al ricorrente³⁰, in spregio

³⁰ In tempi ormai remoti la giurisprudenza ha chiarito che l'indagine sull'interesse a ricorrere innanzitutto si sostanzia in un giudizio di utilità e sull'accertamento della esistenza ed attualità della lesione subita (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 1981, n. 113), nonché sull'idoneità della sentenza di accoglimento del ricorso ad arrecare un qualche vantaggio al ricorrente (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 1979, n. 25). In dottrina, cfr., E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, p. 82. G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3, 400 ss. Di recente, A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1-2, 1 ss.; ID., *L'effettività della giustizia amministrativa*, in L. Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, 51 ss.

Contestando quell'impostazione tendente ad identificare l'interesse legittimo con l'interesse a ricorrere, M. DEL SIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, p. 185 ss., ha osservato: «Vero è che l'interesse legittimo non si esaurisce nell'interesse a ricorrere, poiché l'aspetto processuale non è in grado di dar conto della valenza sostanziale della posizione giuridica.(...) L'accertamento della titolarità dell'interesse legittimo non comporta affatto il perseguimento o la conservazione del bene della vita, ottenibile solo a seguito del corretto esercizio del potere. L'interesse a ricorrere è, infatti, distinto e diverso dall'interesse legittimo, in quanto, come è noto, collegato all'eventuale utilità ricavabile dall'accoglimento del ricorso, sicché l'accertata titolarità della situazione giuridica soggettiva, benché illegittimamente violata, non implica necessariamente la sussistenza di un interesse a ricorrere». La dottrina, in argomento, è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, 38; S. SATTA, *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 160; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1958; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1962; E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, 3-4, 349; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, Maggioli, 1983; P.M. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 1, 107 ss.; ID., *Usi ed abusi giurisprudenziali in materia di interesse strumentale a ricorrere*, in *Il Foro Amm.*, 1987, p. 2917 ss.; A. ROMANO, *La situa-*

alla tendenza - tutt'ora in atto e che sembra destinata a prendere il sopravvento - ad ampliare gli spazi di legittimazione per sottoporre a controllo giurisdizionale gli atti amministrativi illegittimi al fine di “conformare” ed orientare l'azione dell'amministrazione per perseguire la “giustizia della funzione pubblica”³¹.

Quindi, *nulla quaestio* per quanto riguarda la legittimazione dell'Ente ad impugnare provvedimenti amministrativi immediatamente lesivi per la tutela dell'interesse generale, né, evidentemente, per l'intervento adesivo dipendente sotto forma di intervento *ad adiuvandum* nel giudizio intrapreso dagli iscritti per la tutela di un interesse diverso ma connesso con quello fatto valere dal ricorrente principale al fine di trarre quell'utilità che solo il processo amministrativo è in grado di assicurare al di là di quella spettante al

zione legittimante al processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 7, p. 511 ss. e in *Studi per il centenario della quarta sezione*, vol. II, Roma, 1989, 513 ss.; R. VILLATA, *Interesse ad agire*, II, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, 1 ss.; ID., *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)* in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, 1 ss.; S. TASSONE, *Brevi note sul concetto di interesse strumentale*, in *Giur. it.*, 1992, CXLII, III, 1219; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 285; S. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; R. LOMBARDI, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2181; L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004; ID., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 688 ha, in proposito, rilevato che «non è affatto chiaro in giurisprudenza se valga anche nel diritto amministrativo la regola – propria del processo ordinario – per cui la legittimazione discende dall'affermazione della posizione sostanziale» evidenziando come l'«impropria utilizzazione giurisprudenziale di quelle che tradizionalmente si ritengono condizioni dell'azione consegna nelle mani del giudice amministrativo strumenti di regolazione dell'accesso al giudizio che – per quanto utilizzati sapientemente e con risultati pratici ordinariamente condivisibili – non paiono convincenti dal punto di vista della protezione costituzionale del diritto di azione (propendendo per la diffusione e l'affermazione) di modelli di giurisdizione oggettiva non coerenti con il modello costituzionale descritto dall'art. 24».

³¹ Il virgolettato è di P. QUINTO, *L'interesse legittimo anfibio nell'Europa del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr., TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 16 aprile 2015, n. 289; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 23 febbraio 2015, n. 678; TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 febbraio 2015, n. 2984; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2256; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 21 maggio 2015, n. 1723; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 14 marzo 2014, n. 162; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5255; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5487; 19 giugno 2014, n. 3114; sez. III, 7 luglio 2014, n. 3441; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 4 gennaio 2012, n. 639. Sui caratteri del giurisdizione e sui suoi riflessi sull'interesse a ricorrere anche in un'ottica comparata, cfr., A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *JUS*, 2008, 2-3, 409 ss.; M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in federalismi.it, n. 3/2017 e in in M.A. SANDULLI, F. FRANCIOSI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di L. Mazzaroli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 339 ss.; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, 99 ss.; ID., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 3, 711 ss.

professionista che è l'unico legittimato a proporre l'azione in quanto titolare dell'interesse lesivo.

Rispetto ad esso, quindi, l'Ente assume in giudizio una posizione accessoria e subordinata (o dipendente), che tuttavia non gli impedisce di trarre comunque un vantaggio, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso principale, «*se ed in quanto non miri ad eludere i termini di impugnazione da parte di chi risulti titolare di una posizione tutelabile con una propria autonoma impugnativa*»³² in applicazione dei principi generali in materia di impugnazione degli atti amministrativi³³ e in un sistema che non ammette forme di legittimazione processuale straordinaria, in assenza di una espressa previsione

³² Così, Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2275. In precedenza, TAR Veneto, sez. II, 19 gennaio 2004, n. 133. Più di recente, TAR Lombardia, 18 giugno 2014, n. 1592.

³³ Sui presupposti e le condizioni di ammissibilità dell'intervento nel processo amministrativo, cfr., di recente, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5596; sez. VI, 13 agosto 2018, n. 4939 hanno confermato un indirizzo ormai consolidato secondo cui è inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato nel processo amministrativo da chi sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che deve essere azionato mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali.

La dottrina in argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., P. DEL PRETE, *Studi sul litisconsorzio nel processo amministrativo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università di Bari, 1942, 5, 81 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, 8^a ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 266 ss.; A. ROMANO, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247; F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738 ss.; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, in *Trattato del processo civile*, Napoli, Morano ed., 1963, p. 258; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, p. 148; F. BENVENUTI, *Giudicato* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 893 ss., (spec. 907 ss.); ID., *Parte* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 962 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 216 ss.; L. COSSU, *Litisconsorzio. II) Diritto Processuale Amministrativo*, in *Enc. giur.*, Milano, 1988, 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1997, 118 ss.; M. D'ORSOGNA, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 381 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 271; M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in AA.VV., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 187. Tra i contributi più recenti, cfr., E. PICOZZA (a cura di), *Il processo amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2009, pp. 146-147; G. SIGISMONDI, *Le impugnazioni*, in *Il Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 222; A. ZITO, *Le impugnazioni*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 432 ss.; S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 61 ss.; G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2017, p. 715 ss. Sui reciproci rapporti tra il ricorso principale e l'intervento, cfr., TAR Veneto, sez. II, 14 febbraio 2013, n. 221; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1640. A proposito delle differenze tra l'intervento adesivo dipendente e il litisconsorzio del soggetto interveniente che al contrario fa valere un interesse autonomo, benché connesso o collegato con la domanda principale, cfr., TAR Campania, Napoli, sez. I, 7 gennaio 2013, n. 153; TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 luglio 2012, n. 6028.

di legge che la giustifichi ma che parallelamente deve fare i conti con le esigenze mutevoli della società civile caratterizzata dall'emersione di interessi sempre nuovi per i quali si pone il problema di assicurare una tutela giurisdizionale anche, eventualmente, superando i rigidi schemi della legittimazione processuale imposti dal processo amministrativo.

Sul piano squisitamente organizzativo, è indubitabile la legittimazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ad impugnare atti concernenti l'organizzazione degli uffici giudiziari del circondario nel quale opera, in qualità di ente esponenziale per la tutela dell'interesse degli iscritti al Foro all'efficienza del servizio giudiziario, in considerazione del grave nocumento prodotto dal provvedimento di riduzione del personale di magistratura, nella misura in cui esso determina in termini oggettivi e inevitabili, gravi disfunzioni organizzative e funzionali aggravando la già critica situazione preesistente caratterizzata dal cronico sottodimensionamento dell'organico rispetto alle esigenze degli uffici e da tempi di attesa di definizione dei giudizi in corso già piuttosto lunghi, con il rischio di accumulare ulteriori ritardi nella trattazione dei procedimenti nuovi e di ricadute negative sull'efficienza di tutto il Tribunale.

È questo un caso emblematico in cui il ricorrente agisce nella qualità di Presidente p.t. dell'Ordine professionale e in qualità di iscritto all'Ordine per le conseguenze negative che il provvedimento impugnato produce sul funzionamento e sull'organizzazione degli uffici giudiziari in cui svolge la propria attività la cui crescente inefficienza si ripercuote sulle potenzialità lavorative.

La legittimazione ad impugnare si desume chiaramente dai principi generali sulle condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, comma primo, della Costituzione e dall'art. 100 c.p.c., nella misura in cui l'interesse processuale presuppone una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale; inoltre, per pacifica giurisprudenza, la legittimazione ad impugnare sussiste *«anche quando si tratti di perseguire comunque vantaggi di carattere strumentale, giuridicamente riferibili all'attività di competenza professionale della categoria rappresentata»*³⁴ (...) *«con il limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli Ordini medesimi»*³⁵.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2002, n. 391; 30 settembre 2013, n. 4854.

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6447.

Vero è che, tuttavia, la necessaria omogeneità della rappresentanza di interessi di fatto tutt'ora rappresenta un ostacolo al riconoscimento della legittimazione ad agire degli Ordini professionali in caso di conflitto anche potenziale di interessi tra e con i professionisti rappresentati³⁶.

Sul punto occorre chiarirsi, innanzitutto dando atto del fatto che sulla questione non c'è affatto unanimità di vedute, registrandosi al contrario numerosi contrasti soprattutto in seno al Consiglio di Stato ove è stata sostenuta anche la tesi opposta secondo cui la legittimazione sussiste anche nei casi in cui si configura un conflitto di interessi tra l'ordine professionale e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato che l'ordine assuma lesivo dell'interesse istituzionalizzato della categoria³⁷.

In quest'ottica è stata estesa la legittimazione degli Ordini ad impugnare atti della procedura di evidenza pubblica, se l'interesse fatto valere è quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* dei partecipanti, nonostante che di fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista³⁸. Ad avviso dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è appunto all'interesse istituzionalizzato che occorre far riferimento, tra cui vi è anche quello di «assicurare il pieno rispetto della *par condicio* nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi non può negarsi la legittimazione a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti, docenti, ecc.), si ritiene possano operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità. (...) E, invero, gli Ordini agiscono in giudizio nell'interesse delle categorie professionali e, pertanto, non possono (...) farsi paladini della tutela della concorrenza e del mercato in generale, ma solo della tutela della concorrenza e del mercato per le attività di competenza delle categorie professionali rappresentate»³⁹.

È su tali premesse che va rivalutata la cd. «doppia» legittimazione degli ordini professionali (ad impugnare atti lesivi «non solo della propria sfera giuridica come soggetto di diritto, ma anche degli interessi di categoria dei soggetti appartenenti all'Ordine»⁴⁰ ed in base alla considerazione che, a rigore, l'Ente costituisce un autonomo centro di imputazione di interessi rispetto, com'è evidente, alla

³⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2011, n. 2033; sez. V, ord. 19 ottobre 2009, n. 5171; Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2009, n. 1473; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2178; sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1940; sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7792; sez. V, 17 luglio 2004, n. 5138; sez. VI, 21 aprile 2004, n. 2281; sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505; sez. V, 15 settembre 2001, n. 4919; 7 marzo 2001, n. 1339; sez. VI, 9 ottobre 2000, n. 5388; 3 giugno 1996, n. 624.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 710; sez. V, 7 marzo 2001 n. 1339 e 3 giugno 1996 n. 624.

³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002 n. 391; sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339 cit.

³⁹ Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. Terza Ter, 17 novembre 2015, n. 13020.

generalità dei consociati e, soprattutto, per quanto qui importa, ai singoli iscritti, l'interesse a ricorrere e la legittimazione attiva dell'uno e degli altri andrebbero tenuti ben distinti.

Diversamente opinando, infatti, l'interesse *proprio* dell'Ente rischia di risultare pressoché assorbito da quello dei singoli professionisti e recessivo rispetto ad esso ogni qual volta la tutela di posizioni soggettive *proprie* in caso di violazione di norme poste a tutela della professione «*contrastata*» con quelle di singoli associati o di gruppi di associati⁴¹, laddove invece la legittimazione attiva dei Collegi e degli Ordini professionali dovrebbe incontrare l'unico «*limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli Ordini medesimi*»⁴².

Ne consegue, quindi, che il conflitto di interessi ostativo alla legittimazione dell'ente esponenziale potrebbe ritenersi integrato «*solamente nella circostanza che il soggetto rappresentativo, a monte, abbia in concreto assunto la cura, come collettivo di un interesse (a conseguire determinati vantaggi, sia pure di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla intera categoria) che invece già in astratto divide la categoria in posizioni diverse, e pertanto non potrebbe dirsi unitario (essendo in questo caso anche astrattamente ipotizzabile il conflitto di interesse con i singoli professionisti o associati beneficiari dell'atto impugnato)*»⁴³.

Prova ne è che di recente il Consiglio di Stato⁴⁴ nel confermare integralmente la sentenza n. 352 del 2011 pronunciata dal TAR Potenza che aveva annullato il provvedimento comunale di affidamento di un incarico di progettazione, esecuzione e direzione dei lavori impugnato da tre ordini professionali per violazione del principio di non discriminazione nelle procedure negoziate che non ammette limitazioni di accesso al mercato «*ratione loci*», ovvero in base all'ubicazione territoriale o operativa dei partecipanti alla gara, ha ribadito la legittimazione ad impugnare da parte degli Ordini professionali «*nonostante che in fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista*»⁴⁵. Ciò in quanto, evidentemente, come sottolineato di recente dal TAR Molise⁴⁶, l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi tra Ordine professionale e singoli iscritti, per essere idonea a escludere la

⁴¹ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2012, n. 686.

⁴² TAR Lazio, Roma, sez. III, 17/04/2014, n. 4188. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006.

⁴³ In questo senso, cfr., Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8404. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2148 (conforme, 12 agosto 2011, n. 4776).

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3469.

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, cit.

⁴⁶ TAR Molise, sez. I, 28 settembre 2016, n. 370. Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002 n. 391, cit.

legittimazione processuale dell'Ente, va valutata in astratto, essendo all'uopo insufficiente la circostanza, giuridicamente insignificante, che alcuni professionisti possano beneficiare del provvedimento che l'Ordine assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria⁴⁷.

3. Applicabilità dell'art. 323 c.p. ai dirigenti degli Ordini e dei Collegi professionali

Un problema diverso è rappresentato dalla possibilità o meno per l'Ordine di contestare ai dirigenti il reato di cui all'art. 323 c.p. Sulla questione si è pronunciata di recente la Corte d'Appello di Salerno⁴⁸ che ha confermato la sentenza di condanna emessa dal Tribunale, all'uopo rilevando che uno degli imputati (Presidente del Collegio direttivo del Collegio dei Geometri) all'epoca dei fatti aveva agito in qualità di pubblico ufficiale dell'ente pubblico non economico al fine di procurare un vantaggio alla figlia approfittando del suo ruolo apicale in seno al Collegio.

Ricorrevano evidentemente, nella specie, gli elementi costitutivi dell'illecito, anche in considerazione della posizione e del ruolo che concretamente l'imputato ha avuto nella vicenda. Vero è che, tuttavia, che la decisione e la soluzione adottata si innestano in un quadro normativo e fattuale molto più complesso che impone comunque una integrazione ed un ulteriore chiarimento, anche alla luce dei rapporti intercorrenti tra l'Ente ed il personale (dirigenti, titolari degli uffici, responsabile del procedimento) e nella consapevolezza che i ruoli non devono (o non dovrebbero) coincidere onde evitare il prodursi o il perpetrarsi di illegittimità, abusi, corruzione, ecc.

Giova, in proposito, esaminare sinteticamente i rapporti tra l'art. 6 *bis* della legge n. 241/90 che affronta il tema della prevenzione dei conflitti di interesse e l'art. 323 c.p. evidenziando il carattere prescrittivo del dovere di astensione riconducibile agli «*altri casi previsti*» cui si riferisce l'art. 323 c.p. Sotto il profilo oggettivo, la portata della disposizione è più ampia di quella della norma penale dell'abuso d'ufficio, dato che annovera al suo interno anche i conflitti potenziali, mentre, sul piano soggettivo è più ristretta, posto che a fronte della specifica individuazione dei destinatari degli obblighi di segnalazione ed astensione, l'art. 323 c.p. genericamente fa riferimento al

⁴⁷ Nello stesso senso, cfr., Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 710; sez. V, 7 marzo 2001 n. 1339, cit.

⁴⁸ Corte App. Salerno, sez. pen., 20 giugno 2017, n. 758.

pubblico ufficiale ed all'incaricato di pubblico servizio⁴⁹. La previsione di un concetto lato di conflitto di interessi, affrontato anche nella sua dimensione soltanto potenziale, se si spiega nell'ambito amministrativo per la necessità di prevenire ogni possibile collusione tra privati e pubblici funzionari e tra interessi privati ed interessi pubblici, non è tale da estendere la portata applicativa della sanzione penale di cui all'art. 323 c.p. Opinare diversamente significa ledere i principi di legalità e di tassatività delle fattispecie penali, visto che l'abuso d'ufficio è circoscritto alle situazioni di conflitto d'interesse attuali.

C'è da dire, comunque che, da un confronto anche sommario tra le disposizioni in commento emergono *ictu oculi* i punti di debolezza della disciplina pubblicistica.

In primo luogo l'omessa indicazione sia di una sanzione apposita per la violazione del duplice obbligo di astensione e di segnalazione posto a carico del responsabile (unico) del procedimento e dei titolari degli uffici del procedimento, cui devono aggiungersi anche i dirigenti preposti alla vigilanza dei primi i quali, ricevendo la segnalazione sono solidalmente obbligati alla trasparenza e a porre rimedio alle situazioni di conflitto; inoltre, qualche perplessità suscita il riferimento alle situazioni anche solo potenziali di conflitto di interessi, laddove sul versante penale l'art. 323 c.p. trova pacificamente applicazione con riguardo alle ipotesi effettive e concrete, nella parte in cui punisce l'omessa «*asten(sione) in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (...)*».

Giova, peraltro, sottolineare che la norma di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90 è confinata alla materia del procedimento amministrativo, tant'è che i doveri di astensione e di segnalazione si indirizzano principalmente al responsabile del procedimento che è appunto il soggetto le cui funzioni sono puntualmente esplicitate nell'art. 6 della stessa legge n. 241/90⁵⁰, restandone

⁴⁹ Per chiarezza espositiva ed al fine di facilitare il confronto, si ritiene opportuno riportare il testo delle norme in commento.

Art. 6-*bis*. (Conflitto di interessi):

«*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*»

Art. 323 c.p. (Abuso d'ufficio):

«*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

⁵⁰ Questi, ai sensi dell'art. 6, lett. e), «*ove abbia la competenza*» adotta il provvedimento finale, per lo più tuttavia, anzi nella normalità dei casi, si occupa dell'adozione degli atti endo-

esclusi tutti gli altri ambiti in cui può sussistere un conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 323 c.p. Ne consegue che, in caso di violazione del dovere di astensione di cui all'art. 6 *bis* della L. 241/90, non è integrato il delitto di cui all'art. 323 c.p. se il conflitto di interessi è a livello soltanto potenziale, ma sussisterà la responsabilità del pubblico funzionario esclusivamente sotto il profilo disciplinare. Al contrario, laddove il conflitto di interessi sia concretamente esistente, il pubblico funzionario incorrerà nella responsabilità penale ex art. 323 c.p. purché siano presenti gli ulteriori elementi tipici ivi previsti, in particolare il vantaggio patrimoniale ingiusto procurato intenzionalmente a sé o ad altri, ovvero il danno ingiusto cagionato intenzionalmente ad altri.

Tali considerazioni consentono di affrontare e risolvere un'altra annosa problematica concernente il controllo di gestione della Corte dei Conti sugli Ordini professionali.

La tesi negativa condivide e fa proprie le argomentazioni giuridiche esposte dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza 14 ottobre 2011, n. 21226 per escludere la giurisdizione della Corte dei Conti facendo leva sulla natura e le caratteristiche degli ordini professionali e, in particolare, sulla autonomia finanziaria degli stessi che si «*autofinanziano con i soli contributi degli iscritti, senza alcun apporto a carico del bilancio statale*»⁵¹, con la conseguenza che eventuali danni al bilancio degli stessi dai propri organi si tradurrebbero in un danno essenzialmente privato che legittima l'interessato ad impugnare l'atto o il provvedimento dannoso dinanzi all'A.G.O.⁵²

In senso contrario, giova ribadire che gli Ordini professionali «*assumono, nel rispetto dell'integrità funzionale dell'Ordine, la rappresentanza esponenziale della professione*» e sono legittimati ad agire in giudizio in quanto titolari dell'interesse qualificato e differenziato alla correttezza dell'azione amministrativa e al corretto svolgimento dell'attività professione da parte degli iscritti all'Albo; di recente la giurisprudenza contabile ha chiarito che i contributi versati dagli iscritti «*lungi dall'aver una mera ed esclusiva finalità "privata" di autofinanziamento, hanno una prevalente finalità pubblica, volta a finanziare il miglior esercizio delle funzioni*

procedimentali, mentre è il dirigente dell'unità preposta al procedimento ad adottare il provvedimento finale su cui si riversa il vizio prospettato.

⁵¹ Così, Corte conti, sez. Giur. Veneto, III, 20 gennaio 2014, n. 23. In precedenza, cfr., 19 giugno 2013, n. 326; 12 giugno 2013, n. 199.

⁵² Nella citata decisione, infatti, si legge: «[...] *Ed infatti, considerato che è incontestata la circostanza che gli ordini professionali non beneficiano di alcun contributo pubblico, non è dato comprendere quale possa essere l'interesse dello Stato (che giustificerebbe poi le eventuali iniziative conseguenti) ad esercitare un controllo sulla correttezza della gestione degli enti in questione, al semplice fine di accertarne la rispondenza fra gli obiettivi programmati ed i risultati conseguiti [...]*».

*pubbliche delle quali sono attribuitari gli ordini professionali*⁵³ (...) «*al fine di garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività*»⁵⁴; di conseguenza, ciò che conta non è tanto la natura giuridica dell'Ente di appartenenza, quanto «*la destinazione pubblica delle risorse gestite dall'ordine stesso (...), da intendersi come finalizzata al perseguimento di obiettivi meritevoli di tutela rafforzata da parte del legislatore (nonché) la imprescindibile e fondamentale funzione sociale della professione (...), orientata all'attuazione di principi costituzionali*»; se ne deduce «*il carattere pubblico del patrimonio gestito dall'ordine professionale attraverso i contributi degli associati (e del) le risorse gestite dall'ente (che) ... per il fatto stesso di entrare nel patrimonio dell'ente pubblico, destinato a fini pubblici, sono da considerarsi pubbliche (...), con la conseguenza che ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale (...) deve aversi riguardo alla natura del danno e degli scopi perseguiti*» e che «*il danno che l'ente subisce in merito a tali risorse costituisce danno al patrimonio dell'ente*»⁵⁵.

La decisione è pienamente condivisibile sia per l'iter argomentativo seguito che per le conclusioni cui è pervenuta, per la considerazione che i prelievi a carico degli iscritti, a prescindere dalla tipologia e dalla «causale», nel momento in cui vengono distratti per il finanziamento di attività estranee a quelle dell'Ente o per il perseguimento di scopi ultronei rispetto a quello istituzionale se non anche per favorire il perpetrarsi di irregolarità, illegittimità e/o altri illeciti (come ad esempio il conferimento di incarichi in assenza di una delibera del Consiglio, o su questioni non di pertinenza dell'Ordine, o per effettuare pagamenti in assenza della documentazione giustificativa e di specifica del corrispettivo professionale, ecc.) vengono impiegati per dar vita a situazioni idonee a produrre indubbiamente ed *in primis* un danno erariale allo Stato per le conseguenze derivanti dall'«*abuso di beni pubblici*» che altro non è che la manifestazione dell'eccesso di potere quale vizio tipico della funzione⁵⁶;

⁵³ Corte conti, sez. III Giur. Centr. App., 28 luglio 2016, n. 366.

⁵⁴ Corte cost., 25 ottobre 2005, n. 405.

⁵⁵ Corte conti, sez. III Giur. Centr. App., 28 luglio 2016, n. 366, cit.

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, spec. 32-33. M. S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1959, 23 ss.; G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001.

In tempi ormai remoti il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256) ha chiarito che il vizio in questione è «*finalizzato a sindacare proprio quei limiti interni alla discrezionalità amministrativa non scritti*» e quando assume la forma dello sviamento sta indicare «*contrarietà allo spirito della legge*» (Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32) pertanto occorre «*indagare se l'esercizio di potere si sia mantenuto in conformità dello scopo per quale fu conferito*», non «*sfuorviando e sorpassando le intenzioni della legge*» (Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 1893, n. 185). A proposito dello sviamento di potere, cfr., P. M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, p. 150 ss. ha evidenziato che esso consiste nella «*divergenza fra la finalità cui in concreto risulta indirizzato l'atto e la sua funzione istituzionale e tipica*» traducendosi nell'«*esercizio del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale*».

un danno patrimoniale agli iscritti nella misura in cui dal comportamento degli amministratori sia derivato un pregiudizio economico agli stessi che si sono visti ingiustamente sottrarre risorse economiche che si sarebbero potute e dovute utilizzare diversamente, un danno patrimoniale all'Ente medesimo (all'immagine, al prestigio ed al funzionamento dello stesso dal momento che la condotta illegittima e plurioffensiva altera gli equilibri interni al punto da incidere negativamente sulla produttività dei dipendenti). Ne consegue, quindi, che in coerenza con l'evoluzione della giurisdizione contabile ed in considerazione della natura pubblica delle risorse finanziarie malgestite o distratte per altri scopi, radica la giurisdizione contabile per i danni arrecati al patrimonio dell'Ente pubblico in seguito ad azioni esperite nei confronti dei soggetti cui sia imputabile la sottrazione o la *mala gestio* delle risorse.

Nella specie, il danno arrecato al patrimonio dell'Ente è riconducibile innanzitutto allo Stato oltre che agli iscritti rappresentando pertanto esso stesso un danno erariale che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità per gli effetti negativi (anche solo a livello potenziale) in termini di discredito e di lesione al prestigio e

Sulle origini ed evoluzione del vizio di eccesso di potere e sull'intensità del sindacato del G.A., cfr., L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca ed., 1889, p. 81; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Soc. editrice libraria, 1911, p. 79; A. CORPACI, *Consiglio di Stato e sistema di giustizia amministrativa. La giurisprudenza degli anni dal 1865 al 1889 in rapporto alla istituzione e agli sviluppi della giurisdizione amministrativa*, Firenze, 1988, p. 103; F.G. COCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in MAZZAROLI, L. (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, p. 117; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 433; A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 455; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. pp. 89 e 243 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 161 ss.; A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.* 2012, 5, 1229 ss.; L.R., Perfetti, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, ivi, p. 1213 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012, p. 253 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 98 ss.; C. MARZUOLI, *Voce Eccesso di potere*, in www.treccani.it (2016). Sui rapporti con gli altri vizi degli atti amministrativi, S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 101 e con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 346 ss.; M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 41. Sulla trasformazione della tecnica e del ruolo dell'eccesso di potere nella prospettiva della garanzia dei principi costituzionali e della tutela «prioritaria dei diritti rispetto al potere» (G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 184), cfr., A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 7 ss.;

all'immagine⁵⁷ per il clamore suscitato dalla vicenda sia all'interno degli uffici che nei rapporti con gli iscritti e con i cittadini, anche in considerazione del ruolo rivestito dal responsabile dell'abuso e del concreto sviluppo dei fatti.

Non a caso, la giurisprudenza ha parlato di «danno sociale»⁵⁸ per indicare il «pregiudizio complessivamente derivato all'Amministrazione (che) consta anche (...) del profilo interno, quale effetto deprimente e demotivante arrecato ai colleghi ed agenti inevitabilmente ed inconsapevolmente segnati dai riflessi del discredito suscitato verso le attività investigative di istituto pur ordinariamente e correttamente svolte»⁵⁹, cui si aggiunge il danno da disservizio provocato dalla violazione dei canoni su cui si fonda la corretta azione amministrativa che incide sull'esercizio della funzione⁶⁰.

⁵⁷ Sull'argomento, giova richiamare una sentenza della Corte dei Conti (sez. Giur. App., 9 maggio 2014, n. 6419) ove si specifica che «*il (predetto) danno può conseguire pure dalla perpetrazione di un tentato reato ai danni della P. A., poiché anche in questo caso risultano incrinata le aspettative di credibilità e di affidamento riposte dai cittadini nell'Amministrazione. Invero le fattispecie tentate non costituiscono un minus rispetto alle fattispecie consumate, bensì sono reati perfetti in cui la proibizione dei fatti descritti nelle norme incriminatrici di parte speciale viene estesa, in funzione anticipatoria rispetto alla consumazione, dalla norma di parte generale recata dall'art. 56 c.p. la stretta correlazione che lega il delitto tentato al delitto consumato, quindi, deriva proprio dall'oggetto della tutela penale, perché la norma sul delitto tentato non tutela un bene diverso da quello della norma incriminatrice primaria, ma ha per oggetto lo stesso bene. La ragione per cui si punisce il tentativo è esattamente la stessa per cui si punisce il reato consumato*». In tale tipologia di danno erariale si fanno generalmente rientrare tutte le altre forme di pregiudizio cagionato alla P.A. derivanti dalla violazione delle norme e, quindi, dalla mancata realizzazione delle specifiche finalità da esse perseguite che si è tradotta in una grave perdita di prestigio e detrimento dell'immagine nonché in una diminuzione patrimoniale, economicamente valutabili e tale da sostenere l'azione erariale.

Ciò si spiega in base alla diretta riferibilità all'Ente di appartenenza e, quindi, allo Stato degli episodi di *maladministration* che coinvolgono tali soggetti i cui atti o comportamenti esprimono i «*disvalori legati alle forme più gravi di illecito amministrativo/contabile, con evidente discredito delle istituzioni pubbliche*» inficiando non solo i rapporti individuali dipendente – cittadini, ma anche quello tra la P.A. e l'intera collettività degli amministrati, ripercuotendosi sulla fiducia riposta nelle istituzioni che risulta incrinata così come la stessa credibilità dell'ente (il virgolettato è tratto da Corte conti, sez. Giur. App., 9 aprile 2009, n. 143; sez. I Giur. App., 22 gennaio 2002, n. 16 hanno sottolineato il carattere plurioffensivo della condotta dell'agente per violazione degli artt. 2, 42, 53 e 97 Cost., nonché dell'art. 1 della l. n. 241/90 che annovera tra i principi ispiratori dell'azione amministrativa l'efficienza, l'efficacia e la trasparenza dei pubblici poteri.

⁵⁸ Così, Corte conti, sez. Giur. Reg. Lombardia, 14 marzo 2014, n. 47. Corte conti, sez. Giur. Reg. Veneto, 20 gennaio 2014, n. 25.

⁵⁹ Corte conti, sez. III Giur., App., 9 aprile 2009, n. 143; sez. I Giur. App., 22 gennaio 2002, n. 16, *cit.*

⁶⁰ Cfr., in proposito, Corte conti, sez. I App., sentenze nn. 532/2008; 103/2010 e 523/2012 secondo cui il danno in questione si configura allorché «*(...) l'azione pubblica non raggiunge, sotto il profilo quantitativo e/o qualitativo, quelle utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse, cosicché il disservizio determina uno spreco delle stesse e, dunque, finisce per incidere negativamente sull'efficienza, efficacia, economicità e produttività della P.A.*».

4. Obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede negli appalti pubblici

Negli appalti pubblici, un rilievo del tutto peculiare rivestono gli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede (anche) nei rapporti con l'ANAC. Problemi interpretativi si pongono con riferimento ai casi, invero tutt'altro che infrequenti di illegittimi affidamenti esterni negli atti e nella procedura di gara e/o altre vicende caratterizzate da anomalie e illegittimità nell'operato della P.A.

Si riporta, a titolo meramente esemplificativo, una vicenda particolarmente eclatante che ha avuto per protagonista un architetto il quale lamentava che il Ministero dei Lavori Pubblici - Provveditorato Interregionale OO.PP. per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata si sarebbe appropriata dei suoi progetti e avrebbe poi illegittimamente effettuato una procedura aperta per il conferimento del relativo incarico di progettazione, senza procedere all'affidamento diretto.

Nella specie, il MIBACT ed il Ministero LL.PP., con Decreto Interministeriale avevano approvato *ex art. 1, comma 338, L. 208/2015*, gli interventi di conservazione, manutenzione, restauro e valorizzazione dei beni culturali e, in particolare, di quelli ecclesiastici. Con successivo Decreto Interministeriale sono poi stati assegnati i relativi fondi per l'esecuzione degli interventi approvati e finanziati per i quali il professionista, progettista incaricato da detti Enti e dalla Curia Arcivescovile, aveva redatto i progetti generali di intervento regolarmente approvati dalla Soprintendenza e dal Ministero LL.PP. in anni pregressi, finalizzati alla detta approvazione ed al finanziamento.

A seguito di ciò, il Provveditorato Interregionale OO.PP. richiedeva alle dette Parrocchie l'invio degli elaborati progettuali, successivamente sollecitandole anche per non perdere i fondi, a cui le Parrocchie ottemperavano inviando i relativi elaborati progettuali redatti dal professionista.

Successivamente, il Provveditorato chiedeva alle Parrocchie di avere la cessione dei progetti, la disponibilità del progettista, a redigere la progettazione esecutiva ed a rinegoziare i compensi, nonché la disponibilità del professionista ad apportare le modifiche eventualmente richieste; documenti ovviamente finalizzati ad un affidamento diretto, trattandosi di incarichi di progettazione sotto soglia. Anche in tal caso, sia le Parrocchie che il progettista, ottemperavano all'istanza inviando la documentazione richiesta.

Senonché, improvvisamente, il Provveditorato restituiva gli elaborati progettuali e poi bandiva singole procedure aperte di affidamento incarichi di progettazione fattibilità, definitivi ed esecutivi, nonché di coordinamento sicurezza in fase di progettazione, relativamente agli interventi in argomento, senza procedere all'affidamento diretto al progettista senza nulla comunicargli, benché si trattasse di incarichi sotto soglia.

In proposito, si evidenzia che l'art. 36 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) prevede, al comma 2, lett. *a*), che per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si procede mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Orbene, fermo restando che la Stazione Appaltante può sempre ricorrere alle procedure ordinarie pur in presenza di incarichi sotto soglia, deve rilevarsi che nel caso di specie si evidenzia l'anomalia e la contraddittorietà del comportamento dell'Amministrazione, contrario anche ai principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti delle Parrocchie sia, soprattutto, nei confronti del progettista, oltre all'assenza di motivazione ed alla illogicità della scelta finale operata.

Infatti, l'art. 23, comma 12 del D.lgs. citato, a seguito delle modifiche di cui al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ed alla Legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Stabilità 2018), dispone che la progettazione definitiva ed esecutiva è preferibilmente affidata al medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza del procedimento, salvo motivate ragioni di affidamento disgiunto.

Inoltre, le linee guida dell'ANAC in merito agli indirizzi generali sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, emanate con Decreto 14 settembre 2016, n. 973 stabiliscono che un principio cardine di tali incarichi è quello dell'essere la progettazione definitiva ed esecutiva affidata al medesimo soggetto, in armonia con il principio di continuità nella progettazione, stabilendo che è ammissibile la partecipazione alla gara del progettista che ha redatto il progetto di fattibilità tecnica ed economica, risultando accentuato il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo solo il divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori.

Per quanto sino ad ora esposto, essendo presenti elementi di anomalia e/o illegittimità nella gestione della procedura da parte del Provveditorato, pur nella autonomia dei rispettivi poteri e competenze, e ferma restando la possibilità dell'iscritto di agire direttamente per la tutela dei suoi interessi nelle sedi opportune, l'Ordine può legittimamente e nell'ambito delle proprie

competenze contestare tali fatti al Provveditorato, a tutela del proprio iscritto ma anche del prestigio della professione, chiedendo la sospensione della procedura ed il riesame degli atti in questione, ovvero comunque chiedere di fornire chiarimenti sulla modifica della modalità di affidamento.

Nell'ipotesi descritta, giova altresì evidenziare che se è vero che la sollecitazione dell'esercizio del potere di ritiro in autotutela di un provvedimento amministrativo illegittimo, costituisce un preciso onere a carico dell'Ente pubblico in quanto ente esponenziale della categoria rappresentata che si fa portatore di forti e primari interessi pubblici ed agisce ai fini della tutela in concreto di quest'ultima, è altresì evidente che la relativa istanza è idonea a fondare l'obbligo della P.A. destinataria della stessa di provvedere, trattandosi non di una facoltà, bensì di un atto dovuto, a fronte di vizi particolarmente gravi ed evidenti del provvedimento lesivi dell'affidamento riposto dal professionista incaricato, con la conseguenza che l'omessa pronuncia sull'istanza configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della P.A., nonché lesiva del principio di leale cooperazione tra PP.AA. a conferma della valenza innovativa e rafforzata dello stesso e coerentemente con un approccio più generale secondo cui «*la leale collaborazione è un canone che regola il modo di applicare la regola legislativa, esattamente come lo sono tante altre clausole generali*»⁶¹, un principio

⁶¹ Così, R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2001, p. 6 ha aggiunto, inoltre, che «*il giudizio di leale cooperazione affonda il proprio esame sempre nel concreto, perché è necessario saggiare atteggiamenti e comportamenti reciproci delle parti in conflitto. Introduce un giudizio sul comportamento che le parti contendenti hanno di fatto reciprocamente adottato*». Trattasi, pertanto, di un principio generale, fondamentale ed immanente nell'ordinamento giuridico, che deve ispirare i rapporti tra PP.AA., nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, in quanto concorrono nella tutela di interessi primari per l'esigenza della loro piena e pronta realizzazione.

Sulle origini e l'evoluzione del principio, cfr., A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia 6-7 giugno 2003, Torino, Giappichelli, 2004, p. 416 ss.; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 865 ha sottolineato l'assenza di una disciplina organica del principio in esame, rilevando, infatti, che «*il riferimento dell'art. 120 è specifico e non estensibile, anche perché sembra ipotizzare un dovere di leale collaborazione a senso unico (un dovere delle autonomie di collaborare con lo Stato). Esso, invece, deve valere nelle due direzioni, come vincolo sia per i livelli superiori che per quelli inferiori [nonché] per la cooperazione paritaria*». R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in www.roberto.bin.it. Esso costituisce un vincolo per le PP.AA. equiordinate che agiscono in maniera coordinata per l'attuazione di una «*volontà politica unitaria, congiunta e partecipata*» (così, C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 56) «*sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa*» (Corte cost., sentenza n. 49 del 1958).

Sul presupposto, quindi, che il principio di leale collaborazione (o cooperazione) rientra a pieno titolo tra le «*norme autoreferenziali di ampia portata che rappresentano gli elementi fondamentali e generali del nostro sistema giuridico-democratico; regole giuridiche poste a fondamento di altre norme, tradotte*

fondamentale che informa l'istanza diretta ad ottenere un provvedimento dalla P.A., determinando, altresì, la formazione del silenzio inadempiuto impugnabile dinanzi al G.A.⁶².

Di tale vicenda, inoltre, l'Ordine può interessare l'ANAC per gli adempimenti di competenza, sollecitando i suoi poteri di vigilanza e di controllo, per le medesime indicate ragioni.

Tale ultima considerazione avvalorata la tesi appena sostenuta circa la configurabilità in questo caso di un obbligo di ritiro in autotutela che risulta addirittura «rafforzato» se la richiesta proviene dall'Authority, la quale se, di regola, ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm. ii.⁶³ è

esplicitamente od implicitamente in strutture prescrittive» esso opera anche nei rapporti interorganici (tra l'Ordine professionale e l'Anac) nel rispetto delle reciproche competenze che, benché formalmente separate, presentano elementi di flessibilità, di integrazione (o interferenza) specie, come in questo caso, in situazioni di sovrapposizione funzionale, convergendo, appunto, nel «dovere di collaborazione reciproca» (Corte cost., sentenza n. 168 del 1963, punto 8 del considerato in diritto) e di correttezza nell'espletamento dell'attività che deve sostanziarsi in «comportamenti coerenti e non contraddittori» (cfr., Corte cost., sentenza n. 349 del 1992; n. 110 del 1998; n. 410 del 1998 e n. 48 del 2000 e ord. n. 344 del 2000) per la risoluzione delle situazioni di illegittimità e di conflitto di interessi.

⁶² Sulla doverosità dell'annullamento d'ufficio e sulle conseguenze dell'inerzia amministrativa la dottrina è vastissima anche se fa per lo più riferimento alle istanze provenienti dagli amministratori. Tra i contributi più recenti sul tema, cfr., M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 8/2018; ID., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e sull'economia*, 2017, n. 1, 383 ss.; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, n. 20/2017; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2016, in *www.treccani.it*; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016. S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in *federalismi.it*, n. 16/2016. ID., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *Atti del convegno annuale AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Roma, in *www.aipda.org*; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa alla luce del codice dei contratti pubblici*, *ivi*; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *federalismi.it*, n.24/2015. M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi, intervento al seminario "La legge Madia e la riforma della pubblica amministrazione"*, in *federalismi.it*, n. 20/2015. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 4, 730 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 6, 21 ss.

⁶³ Si riporta per chiarezza espositiva il testo della predetta disposizione (art. 211, co. 3, come modificato dall'art. 52 della l. 21 giugno 2017, n. 96, di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50): «L'ANAC, se ritiene che la stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni,

chiamata a rendere un parere motivato non obbligatorio né vincolante e inoltre se decide di attivarsi lo fa a prescindere dalla sollecitazione del privato. In questo caso, l'aspetto peculiare è rappresentato dal fatto che essa proviene dall'Ordine professionale, con la conseguenza che l'esercizio del potere di vigilanza e di controllo che si traduce nell'emanazione del parere non costituisce una mera facoltà né ha valore di mera manifestazione di giudizio, manifestazione di un potere connotato da ampia discrezionalità dell'Autorità, bensì un obbligo di procedere e di provvedere sull'istanza (giustificato appunto dall'esigenza di prevenzione della corruzione, tutela della concorrenza e della trasparenza e ripristino della legalità della procedura) attraverso l'emanazione del parere che, ove in ipotesi fosse favorevole all'Amministrazione che ha emanato l'atto, richiederebbe l'assolvimento di un particolare onere motivazionale⁶⁴.

5. Conclusioni

Le considerazioni svolte evidenziano la complessità del sistema in cui si operano i suddetti Enti e gli esiti incerti della riforma, soprattutto all'indomani del d.m. 15 marzo 2018 che avrebbe imposto la revisione del sistema ordinistico introducendo significative novità ma che, in realtà, finisce per consolidare nel tempo le storture, le carenze e le contraddizioni della previgente normativa allontanando dagli obiettivi prefissati già nella legge n. 3/2018 (democraticità, partecipazione, equilibrio e ricambio generazionale, tutela delle minoranze, ecc.).

Ciò è ancora più sorprendente e inaccettabile se solo si considera che quest'anno cade il 70° anniversario della Carta costituzionale: riecheggia ancora chiaro nella memoria il monito lanciato in un discorso tenuto il 26 gennaio 1955 dinanzi agli studenti dell'Università Cattolica di Milano ripreso nelle successive sette lezioni sulla Costituzione da Piero Calamandrei, richiamato di recente dal Presidente della Corte dei Conti per il Piemonte in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 ricordando che «*la Costituzione può*

innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

⁶⁴ In tale ipotesi la doverosità attiene all'*an* e non al *quid* a prescindere dagli effetti che derivano dal parere per l'Amministrazione cui è indirizzato e che, eventualmente, sarà «*costretta ad avviare officiosamente il procedimento prodromico alla emanazione del dovuto provvedimento a contenuto vincolato*». (così, N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa alla luce del codice dei contratti pubblici*, cit., 2).

essere viva ed operante solo se ed in quanto conosciuta, condivisa, attuata, altrimenti resta un ideale non raggiunto, inconcluso»⁶⁵.

Al fine quindi di evitare che in un quadro normativo complesso caratterizzato dal «*disordine delle fonti, dovuto allo spazio giuridico globale, (dal)la farraginosità delle norme, spesso recanti antinomie e contraddizioni*»⁶⁶ i diritti, le libertà e l'effettività della tutela giurisdizionale possano essere travolti ed azzerati, è quanto mai indispensabile valorizzare il rapporto esistente tra la collettività e lo Stato e gli altri enti pubblici, tra cui gli Ordini professionali da cui dipenderà, anche nel prossimo futuro, l'intensità e l'ampiezza della tutela degli interessi collettivi.

Se, quindi, da questo punto di vista, indubbiamente l'obiettivo non può dirsi ancora raggiunto, al contempo, l'analisi ha posto in luce altri elementi che inducono ad esprimere complessivamente una valutazione positiva nei confronti dei Collegi e degli Ordini professionali rivalutando il ruolo e le attribuzioni di tali Enti che agiscono in qualità di interlocutori dei propri iscritti, ma anche e soprattutto delle altre PP.AA. nei cui riguardi svolgono un'attività propulsiva e di stimolo, ciascuno con la propria esperienza, il proprio bagaglio culturale e a testimonianza dell'impegno nella risoluzione delle problematiche, più generali e più specifiche, che volta per volta vengono in rilievo, intervenendo sulla qualità della decisione amministrativa a tutti i livelli ed a prescindere dal grado di complicazione della stessa in funzione deflattiva del contenzioso, conformemente con le esigenze sottese alle opportunità e alle sfide della globalizzazione.

Sotto tale profilo, non va affatto sottovalutato il ruolo dei principi (e, in particolare, del principio di leale cooperazione tra PP.AA.) nel contesto in cui nascono e si sviluppano i rapporti tra le parti sociali e che infatti assume «*un valore generale e conformante*»⁶⁷.

Ciò emerge soprattutto nel settore degli appalti pubblici, ove a fronte di vizi particolarmente gravi ed invalidanti del provvedimento ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della legge n. 241/90 la facoltà di annullamento si trasforma in un atto dovuto, la cui mancanza «*configura una condotta negligente e contraria alle*

⁶⁵ Il testo è reperibile sul sito www.corteconti.it.

⁶⁶ L'espressione è tratta dalla citata Relazione del Presidente della Corte dei Conti per il Piemonte all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018.

⁶⁷ L'espressione è di A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, 2, 13.

fondamentali regole di correttezza e buon andamento della p.a., comporta(ndo) il risarcimento del danno subito dal (professionista incaricato)»⁶⁸.

Nella fattispecie esaminata, la violazione dei principi e della normativa applicabile evidenzia di per sé la natura degli interessi pubblici pregiudicati dal provvedimento, nonché la prevalenza di questi ultimi rispetto all'interesse privato, in ragione della rilevanza costituzionale dei principi e delle finalità di interesse generale ad essi sottese e presidiate dal Codice dei contratti pubblici; ne consegue, quindi, che la doverosità dell'esercizio del potere si giustifica sia per «*esigenze di legalità oggettiva e/o del buon funzionamento dell'azione amministrativa, (sia per) esigenze di tutela degli interessi del (professionista) pregiudicat(o) dal provvedimento»⁶⁹; a maggior ragione se la richiesta proviene da un soggetto pubblico, l'obbligo di ritiro dell'atto in autotutela origina, altresì, dal principio di leale collaborazione tra PP.AA. inteso come criterio chiave di valutazione dell'operato di ciascuna P.A. «*che affonda in strati più profondi dello stesso edificio costituzionale»⁷⁰ e la cui violazione non può che determinare la formazione di un silenzio impugnabile e, in caso di risposta negativa, di un provvedimento ricorribile con i mezzi ordinari. Ricorre, nella specie una vicenda del tutto peculiare l'obbligo de quo deve ritenersi sussistente «*in deroga»* alla regola generale ed alle caratteristiche del potere *de quo* (facoltatività e discrezionalità del suo esercizio)⁷¹ ed operante anche a prescindere dal rispetto del termine ragionevole e del termine decadenziale per l'impugnazione, configurandosi una di quelle «*ipotesi di annullamento d'ufficio "doveroso" o "vincolato" nell'an in (una) fattispecie di non meritevolezza dell'interesse alla stabilità (o alla stabilizzazione del rapporto giuridico)»⁷².***

⁶⁸ Così, A. GRECA, *A proposito del danno esistenza provocato dal rifiuto della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri provvedimenti illegittimi, nota a giudice di pace di Bologna, 8 febbraio 2001*, in *Giur. it.*, 2002, 537 ss.

⁶⁹ Così, G. MANFREDI, *Annullamento doveroso*, cit., 385.

⁷⁰ Così, R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, cit., 11. La dottrina in argomento è vastissima. A titolo meramente esemplificativo, cfr., S. MANGIAMELI, *Leale collaborazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2008, XVI; G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm – C.d.S.*, 2008, 4, 1332.

⁷¹ E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio (nota a sent. Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1948 n. 366)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, 562; ID., *Annullabilità e annullamento – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 484; F. Benvenuti, *Autotutela – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, Milano, Giuffrè, p. 74 ss. ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 981 ss.

⁷² Così, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 77 ss.; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 1, 1245 ss. B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, Giappichelli, 2017.

Invero, alle medesime conclusioni si giungerebbe anche all'esito della "graduazione" o del "bilanciamento" degli interessi in gioco che conduce inevitabilmente al riconoscimento della prevalenza di uno solo di essi tale per cui lo stesso costituisce una limitazione all'esercizio della discrezionalità amministrativa, trasformando la facoltà in obbligo, alla stessa stregua di quanto avviene nell'attività vincolata. Così, l'annullamento d'ufficio che di regola è espressione di un potere discrezionale nei fatti risulta assente o speso se non del tutto trasfigurato al punto da renderne obbligatorio il suo esercizio.

Richiamando un noto orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a proposito dell'annullamento doveroso dei titoli edilizi è legittimo affermare anche in questo caso che a prescindere dalla constatazione della «sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa al ripristino della legittimità violata, (tale per cui) non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi all'amministrazione per non esercitare il proprio ius poenitendi attraverso l'annullamento d'ufficio, (né per) valutare (...) il decorso del tempo (inidoneo, nell'ottica in esame, ad attenuare la prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino), né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario (il quale sarebbe per definizione insussistente, a meno di voler determinare un vero e proprio ossimoro), né – infine – l'interesse del privato destinatario dell'atto, che non potrebbe in alcun caso essere valorizzato neppure nell'ottica del legittimo affidamento»⁷³, che infatti deve considerarsi in questo caso (comunque) «recessivo al cospetto degli interessi pubblici di valore preminente»⁷⁴ pur se al cospetto di attività non tradizionalmente intese come

⁷³ Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 7 e 8.

⁷⁴ Da ultimo, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 415. Di recente, cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393 si pone sulla stessa scia di altre decisioni cui si sono uniformate numerose altre, tra cui si segnala, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2016, n. 5256; 3 ottobre 2017, n. 4580 e TAR Campania, Napoli, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3495 che espressamente richiama Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13 e 2 febbraio 2015, n. 474 ove tendenzialmente si esclude «che possa ammettersi la formazione di una forma di affidamento meritevole di tutela alla conservazione di situazioni di fatto illegittime, che la stessa definizione di legittimo affidamento - proprio in quanto sostanziale declinazione del principio di buona fede - sembrerebbe precludere, atteso che "l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore *contra legem*".».

La distinzione tra affidamento meritevole di tutela e affidamento recessivo è stata ampiamente illustrata da Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3334. Il concetto è stato ulteriormente specificato di recente da A. TRAVI, *op. cit.*, p. 8 il quale ha tra l'altro chiarito che «lo svantaggio arrecato dall'intervento dell'amministrazione rispetto alla posizione precedente del cittadino non rappresenta di per sé il fattore discriminante. Ciò fra l'altro significa che la tutela dell'affidamento non può essere ricostruita correttamente come un corollario del diritto d'impresa o di iniziativa economica, né del diritto di proprietà: che normalmente l'affidamento possa maturare rispetto a un valore patrimoniale è fuori discussione, ma non è la garanzia di questo valore che lo identifica nei rapporti con l'amministrazione». L'A. sottolinea il carattere poliedrico del principio in esame cui corrispondono diverse definizioni sovente non coincidenti, ma anzi contrastanti tra loro ed invita gli operatori e gli interpreti alla prudenza, evidenziando i rischi connessi al ricorso improprio al principio del legittimo affidamento in

assolutamente vincolate nelle quali, di regola, la valutazione della posizione del contro interessato non dovrebbe neanche essere contemplata.

Giova, in proposito da un lato, evidenziare che il decorso del termine ragionevole non costituisce di per sé un fattore ostativo all'annullamento d'ufficio, di conseguenza il principio dell'affidamento non ha valore assoluto, ma presuppone comunque un bilanciamento tra gli interessi contrapposti, di conseguenza esso non prevale sul potere di annullamento d'ufficio, traducendosi piuttosto nei casi di annullamento doveroso in un onere di motivazione rafforzato⁷⁵.

Se ne deduce che la tutela dell'affidamento presuppone l'esistenza di un interesse meritevole di tutela e che quindi non si può parlare di legittimo affidamento quando esso comunque origina da un provvedimento palesemente illegittimo (nel qual caso esso, ove in ipotesi esistente, sarebbe comunque da considerarsi «colpevole» se alla mala fede dell'amministrazione si aggiunge quella del destinatario del provvedimento favorevole ma illegittimo e pertanto inidoneo a far sorgere un affidamento meritevole di tutela)⁷⁶.

situazioni connotate da una consapevole, palese e reiterata violazione di legge che si sostanziano in atti e comportamenti posti in essere in assenza di buona fede in senso oggettivo. È evidente, pertanto, che la valutazione non può farsi in astratto, ma presuppone una valutazione in concreto, caso per caso, al fine di definire il contenuto e l'ambito di applicazione dei principi ai quali infatti «non può darsi alcun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso concreto» (così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1992).

⁷⁵ Cfr., A. TRAVI, *op. cit.*, p. 10 ha sottolineato come «Il principio di affidamento è rappresentabile forse anche nel diritto amministrativo come una “linea guida dell'argomentazione”, destinata a “combinarsi” con altre, piuttosto che come un precetto specifico e tassativo, diretto cioè ad assicurare l'irreversibilità della situazione preesistente di vantaggio, e comunque insensibile nella sua efficacia rispetto al contesto in cui ricade».

⁷⁶ Su questi temi, cfr., F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni “trenta all'alternanza”*, Milano, Giuffrè, 2001; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, 1995; E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova, Cedam, 2003, vol. I, 371 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, Cedam, 2003; D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 757 ss.; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi*, Padova, Cedam, 2012; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 853 ss. ha, in proposito, chiarito che «se l'affidamento nasce con l'emaneazione del provvedimento e non in seguito ad una condotta dell'amministrazione (inerzia) considerata di per sé come sufficiente ad originare l'affidamento stesso, esso deve necessariamente soddisfare il requisito della buona fede soggettiva».

Sulla differenza tra la nozione di affidamento e quella di buona fede si rinvia a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 25 ss.

Se ne deduce, quindi, che la fattispecie considerata individua una di quelle ipotesi di autoevidenza dell'interesse pubblico in cui l'esercizio del potere per il ripristino della legalità violata è doveroso e tutela anche il terzo in base ad una rinnovata e indubbiamente più evoluta lettura dell'art. 21^{nonies} della legge n. 241/90 che postula in alcuni casi l'«*azzeramento della discrezionalità*» e l'obbligo di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo allorquando la sua permanenza risulti «*semplicemente insopportabile*»⁷⁷.

Sull'irrelevanza dell'affidamento, derivante da mala fede, nonostante il decorso di un lasso considerevole di tempo dall'emanazione del provvedimento, cfr., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Sulla motivazione del provvedimento di demolizione dell'immobile abusivo, cfr., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2017 (con nota di P. TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia*, in *federalismi.it*, n. 1/2018); Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 908; sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3694.

⁷⁷ Così, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2549, con nota di C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2012, 2946 ss. Tra i contributi più recenti, cfr., M. IMMORDINO, *Risarcimento del danno e obbligo di annullamento della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*, in AA.VV., *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 255 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, n. 7/2017; F. FRANCIOSI, *L'annullamento di ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1173 ss.; ID., *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, relazione al convegno AIPDA, Campobasso, 8 aprile 2016, in *www.diritto-amministrativo.org*; A. PAJNO, *Conclusioni del convegno L'autotutela tra tradizione e innovazione* (consegna del premio A.M. Sandulli 2017 – Sala Vanvitelli dell'Avvocatura Generale dello Stato - Roma, 6 marzo 2017), in *federalismi.it*, n. 7/2017; M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 1 ss.; ID., *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2017, Milano, Giuffrè, 3 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* (giurisprudenza a cura di L. Droghini, R. Pappalardo e G. Stazza), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit.; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; ID., *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA. VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010. F. V. VIRZI, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2018. ; M. Allena, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo"*, in *www.federalismi.it*, cit.