

Pubblicato il 30/11/2016

N. 05035/2016REG.PROV.COLL.
N. 05568/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5568 del 2016, proposto da:

Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Teatro dell'Elfo S.C. Impresa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Beniamino Caravita Di Toritto, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

nei confronti di

Ente Autonomo Teatro Stabile di Genova, Associazione Teatro Biondo Stabile di Palermo, Fondazione Teatro Due, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza 28 giugno 2016, n. 7479 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, Sezione II-*quater*.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Teatro dell'Elfo S.C. Impresa Sociale;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2016 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Fabio Tortora, Giuseppe Albenzio, Beniamino Caravita di Toritto e Ilia Massarelli dell'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTO

1.– Il Teatro dell'Elfo s.c. Impresa Sociale (d'ora innanzi anche solo Teatro) ha partecipato alla procedura per l'assegnazione di un contributo a valere sul fondo unico per lo spettacolo (FUS), conseguendo l'assegnazione di una somma pari a euro 1.059.092,00.

Il Teatro ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio: *i*) il decreto del Direttore generale spettacolo, 12 giugno 2015, n. 538, del predetto Ministero; *ii*) il decreto del Ministero dei beni e delle attività Culturali e del Turismo 1° luglio 2014, che ha fissato i criteri e le modalità di erogazione, liquidazione e anticipazione dei contributi. In particolare, il ricorrente ha dedotto che il decreto ministeriale del 2014 avrebbe natura regolamentare, con la conseguente illegittimità dello stesso per mancato rispetto delle modalità procedurali che presiedono alla formazione degli atti regolamentari. Nello specifico, il ricorrente ha poi prospettato censure afferenti alle modalità concrete di riparto dei finanziamenti, lamentando l'avvenuta decurtazione dell'entità del finanziamento rispetto a quello assegnato nel 2014 (che ammontava a euro 1.125.000,00)

2.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 28 giugno 2016, n. 7479, ha accolto il ricorso. In particolare, si è affermato che l'art. 9 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91 (Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo) non prevede che il decreto 1° luglio 2004 abbia natura non regolamentare, con la conseguenza che, alla luce dei criteri sostanziali di identificazione degli atti normativi, deve

ritenersi che tale decreto abbia natura regolamentare. Esso, pertanto, rileva il primo giudice, avrebbe dovuto seguire il procedimento prefigurato dalla legge 23 agosto 1988, n. 400 del 1998 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri).

Nel merito dei criteri di distribuzione dei fondi il Tribunale amministrativo ha ritenuto che essi fossero illegittimi perché non assegnano il giusto rilievo al parametro qualitativo dello spettacolo.

Il primo giudice ha dichiarato assorbite le altre censure proposte dal ricorrente.

3.– L'amministrazione statale ha proposto appello.

3.1.– Si è costituito in giudizio il ricorrente di primo grado, chiedendo il rigetto dell'appello. Con successiva memoria, la parte ha rilevato come non possa applicarsi nella fattispecie in esame l'art. 24, comma 3-*sexies*, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113 (Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio), introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2016, n. 160, il quale ha interpretato l'art. 9, comma 1, del d. l. n. 91 del 2013, nel senso che i decreti da esso previsti hanno natura non regolamentare. In via subordinata, la difesa della parte appellata ha rilevato che qualora si dovesse ritenere che tale norma sia applicabile la stessa sarebbe costituzionalmente illegittima per violazione degli articoli 3, 24, 97, 102, 111, 117, primo comma, Cost.

3.2.– La Sezione, con ordinanza 21 luglio 2016, n. 2972, ha accolto la domanda cautelare e sospeso l'efficacia della sentenza impugnata, rilevando che *«alla luce di un complessivo bilanciamento degli interessi, occorre dare preminenza a quello volto ad assicurare la continuità nell'esercizio delle attività oggetto di finanziamento pubblico»*.

4.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 13 ottobre 2016.

DIRITTO

1.– La questione posta all'esame della Sezione attiene all'individuazione della natura giuridica del decreto del Ministero dei beni e delle attività Culturali e

del Turismo ministeriale 1° luglio 2014, che prevede nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo.

In particolare, si tratta di stabilire se si è in presenza di un atto normativo con valenza regolamentare ovvero di un atto amministrativo generale. Nel primo caso il predetto decreto, come affermato dal primo giudice, deve ritenersi illegittimo per un vizio di procedura, con la conseguente caducazione degli atti consequenziali di ripartizione delle risorse finanziarie e obbligo di ripetizione del procedimento nel rispetto delle modalità previste dalla legge per gli atti regolamentari. Nel secondo caso, il decreto sarebbe stato, invece, adottato in conformità alla normativa che regola la formazione degli atti amministrativi generali.

2.– La risoluzione della presente controversia rende opportuna la previa ricostruzione del quadro costituzionale e legislativo di riferimento, nonché l'indicazione dei criteri di identificazione degli atti normativi.

3.– Sul piano costituzionale, lo spettacolo rientra nella materia concorrente della *«promozione e organizzazione di attività culturali»*, di cui all'art. 117, comma 3, Cost., che ricomprende *«tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura, senza che vi possa essere spazio per ritagliarne singole partizioni come lo spettacolo»* (Corte cost. n. 255 del 2004).

Ne consegue che lo Stato può fissare soltanto i principi fondamentali della materia mentre spetta alle Regioni adottare la normativa di dettaglio.

Lo Stato, qualora ravvisi l'esistenza di esigenze unitarie, può, però, pur in presenza di materie (esclusive o) concorrenti regionali, “chiamare in sussidiarietà” funzioni regionali o degli enti locali e, in ossequio al principio di legalità, dettare la relativa disciplina. In questo caso, la giurisprudenza costituzionale ha delineato un preciso procedimento che deve essere seguito ai fini del giudizio di conformità a Costituzione, stabilendo, tra l'altro, che occorre assicurare la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione, con la conseguenza che la legislazione

statale *«può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà»* (sentenza n. 303 del 2003).

La successiva giurisprudenza costituzionale è stata costante nel ritenere che *«nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi, anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) »*, e dunque nell'impossibilità di prefigurare un coinvolgimento delle Regioni nella fase di adozione dell'atto legislativo è necessario coinvolgerle nella fase di attuazione della legge statale (Corte cost. n. 6 del 2004 e successiva giurisprudenza costante almeno fino alla sentenza n. 251 del 2016, che ha affermato, a Costituzione invariata, un principio opposto per le leggi delega quando *«il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse»*).

3.1.– La Costituzione contempla un sistema delle fonti “chiuso”, attribuendo, salvo il potere normativo riconosciuto agli enti locali in particolari materie, alla legge, in senso formale o sostanziale, la esclusiva legittimazione alla produzione di norme, con la conseguenza che spetta al legislatore il potere discrezionale di assegnare un'eventuale funzione regolativa di dettaglio ad ulteriori atti normativi che dovranno rispettare il principio di legalità. Il testo costituzionale non contempla una “riserva di competenza” per l'esercizio delle funzioni regolamentari. L'unico vincolo previsto per i regolamenti statali e regionali attiene al rispetto di precise modalità di riparto tra i due livelli istituzionali di governo: lo Stato ha competenza regolamentare soltanto in presenza di materie attribuite alla sua competenza esclusiva; le Regioni hanno competenza nelle materie concorrenti o residuali (art. 117, sesto comma, Cost.).

4.– Sul piano legislativo, la legge 30 aprile 1985, n. 163 (Nuova disciplina degli interventi dello Stato a favore dello Stato) ha istituito il Fondo unico per lo

spettacolo *«per il sostegno finanziario ad enti, istituzioni, associazioni, organismi ed imprese operanti nei settori delle attività cinematografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante, nonché per la promozione ed il sostegno di manifestazioni ed iniziative di carattere e rilevanza nazionali da svolgere in Italia o all'estero»* (art. 1).

Tale legge conteneva una predeterminazione delle percentuali di riparto del fondo di finanziamento fra le diverse forme di spettacolo (musica e danza, cinematografia, teatro di prosa, spettacoli circensi e viaggianti).

La successiva legislazione si è sviluppata nel senso di seguito indicato.

L'art. 1, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2003, n. 24 (Disposizioni urgenti in materia di contributi in favore delle attività dello spettacolo), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 17 aprile 2003, n. 82, ha previsto che: *«in attesa che la legge di definizione dei principi fondamentali di cui all'articolo 117 della Costituzione fissi i criteri e gli ambiti di competenza dello Stato, i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo, previsti dalla legge 30 aprile 1985, n. 163, e le aliquote di ripartizione annuale del Fondo unico per lo spettacolo sono stabiliti con decreti del Ministro per i beni e le attività culturali non aventi natura regolamentare»*.

L'articolo 1, comma 3, della legge 15 novembre 2005, n. 239 (Disposizioni in materia di spettacolo) ha disposto che:

- *«i decreti ministeriali di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2003, n. 24, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2003, n. 82, concernenti i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo dal vivo di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163, e successive modificazioni, sono adottati d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281»;*
- *«i decreti di cui al presente comma possono comunque essere adottati qualora l'intesa non sia stata raggiunta entro sessanta giorni dalla data della loro trasmissione alla Conferenza unificata da parte del Ministro per i beni e le attività culturali»*.

Infine, l'art. 9 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91 (Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del

turismo) ha previsto che:

- *«il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, con proprio decreto, da adottarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ridetermina, con le modalità di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 15 novembre 2005, n. 239, e con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2014, i criteri per l'erogazione e le modalità per la liquidazione e l'anticipazione dei contributi allo spettacolo dal vivo»;*
- *«i criteri di assegnazione tengono conto dell'importanza culturale della produzione svolta, dei livelli quantitativi, degli indici di affluenza del pubblico nonché della regolarità gestionale degli organismi»;*
- *«il decreto di cui al primo periodo stabilisce, inoltre, che i pagamenti a saldo sono disposti a chiusura di esercizio a fronte di attività già svolte e rendicontate».*

Da ultimo, l'art. 24, comma 3-*sexies*, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113 (Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio), introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2016, n. 160, ha espressamente disposto che il decreto ministeriale di cui all'art. 9, comma 1, del decreto-legge n. 91 del 2013 ha *«natura non regolamentare»*.

5.– I criteri di identificazione degli atti normativi, per orientamento costante, sono di tipo formale e sostanziale.

Il *criterio formale* consiste nella qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa.

La qualificazione può avvenire secondo una duplice e diversa modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso.

La prima modalità è imposta, per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400 del 1998 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), il quale prescrive che il regolamento statale deve recare l'espressa denominazione di *«regolamento»*. Tale articolo disciplina il procedimento di formazione del regolamento, che si articola nelle seguenti fasi: a) proposta di regolamento da parte di uno o più Ministri; b) parere preventivo, obbligatorio

e non vincolante del Consiglio di Stato; c) deliberazione del Consiglio dei Ministri; d) emanazione con decreto da parte del Presidente della Repubblica; e) visto e registrazione della Corte dei conti; f) pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (commi 1 e 4). Queste prescrizioni formali e procedurali, essendo poste con una legge ordinaria, possono essere modificate da una legge successiva che potrebbe, pertanto, prevedere anche atti normativi “atipici” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che sembra richiedere che la legge debba indicare espressamente la deroga eventuale al modello procedimentale disciplinato dall’art. 17 legge n. 400 del 1988). L’ “atipicità”, è bene puntualizzare, va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall’art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti.

La seconda modalità di qualificazione è demandata alla scelta che di volta in volta effettua il legislatore, che potrebbe procedere ad una espressa indicazione della natura giuridica dell’atto disciplinato ed, eventualmente, delle modalità non solo sostanziali ma anche procedurali di formazione.

Il *criterio sostanziale* valorizza la natura intrinseca dell’atto che, per essere normativo, deve avere i seguenti caratteri: *i)* generalità, intesa quale indeterminabilità a priori e a posteriori dei soggetti ai quali l’atto si indirizza; *ii)* astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; *iii)* innovatività, intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l’ordinamento.

Nella definizione della relazione tra i due criteri esposti, deve rilevarsi come quello sostanziale rivesta una posizione di preminenza, in quanto se si assegnasse al criterio formale valenza autosufficiente ai fini della qualificazione giuridica dell’atto, il rischio, come correttamente messo in rilievo dalla difesa della parte appellata, sarebbe quello di una possibile elusione delle modalità e competenze, anche costituzionali, che devono essere rispettate nell’adozione dei singoli atti. Nondimeno, il criterio formale assume

rilevanza ai fini di interpretazione dei provvedimenti da qualificare e, in particolare, di quelli che presentano un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto.

L'atto amministrativo generale, rispetto a quello normativo, si caratterizza per la circostanza che i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma certamente determinabili a posteriori (*cfr.* Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9).

6.– Con un primo motivo, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che il decreto ministeriale impugnato abbia natura regolamentare. In particolare, si assume che la ricostruzione del quadro normativo sarebbe erronea, in quanto l'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 24 del 2003 prevede espressamente che tale decreto abbia natura non regolamentare. Si aggiunge come, in ogni caso, nella fattispecie in esame mancherebbero i caratteri identificativi dell'atto normativo.

Il motivo è fondato.

Il decreto ministeriale di riparazione dei fondi per lo spettacolo, alla luce dei criteri formali e sostanziali, sopra indicati, ha natura non regolamentare.

Sul *piano formale*, l'analisi complessiva delle norme di disciplina della materia dello spettacolo che si sono succedute nel tempo conduce a ritenere, contrariamente a quanto affermato dal primo giudice, che la qualificazione dei decreti come «*non aventi contenuto regolamentare*» contenuta nel decreto-legge n. 24 del 2003 vale anche per il decreto n. 91 del 2013, per le ragioni di seguito indicate.

Il decreto-legge n. 24 del 2003 è quello che qualifica espressamente il provvedimento ministeriale come «*non avente natura regolamentare*». Tale norma contiene una regolazione del settore dichiaratamente provvisoria e priva di forme di coinvolgimento del sistema delle autonomie regionali. La Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 255 del 2004 – pur ritenendo che detta disposizione non fosse coerente con il quadro costituzionale di riparto

delle competenze delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 – non l’ha dichiarato costituzionalmente illegittimo al fine di assicurare il rispetto del principio di continuità dell’ordinamento giuridico. La predetta sentenza contiene, però, un monito al legislatore di riformare l’intero sistema per adeguare la disciplina alle nuove regole che presiedono alla distribuzione delle funzioni legislative e amministrative tra Stato e Regioni.

L’art. 1, comma 3, della legge n. 239 del 2005 ha disposto che «*i decreti ministeriali di cui all’articolo 1, comma 1, del decreto-legge 18 febbraio 2003, n. 24*», devono essere adottati previa intesa con la Conferenza unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. La ragione di questa scelta risiede nell’esigenza di contemplare un meccanismo di assegnazione delle risorse finanziarie conforme al sistema costituzionale di riparto delle funzioni legislative. Il legislatore ha, infatti, previsto il meccanismo della cosiddetta “chiamata in sussidiarietà”, che, come già rilevato, implica una attrazione della funzione amministrativa, e dunque di un atto amministrativo (anche generale), a livello centrale e la sua disciplina con legge. Tale meccanismo presuppone il rispetto di procedure di concertazione con le autonomie regionali nella fase di attuazione della legge, che, nella specie, è stata assicurata mediante la previsione dell’intesa in sede di Conferenza unificata. In questa prospettiva, si giustifica il richiamo, effettuato dalla legge del 2005, ai decreti ministeriali di cui al decreto-legge n. 24 del 2003, che include la loro espressa qualificazione di decreto di «*natura non regolamentare*».

Il decreto-legge n. 91 del 2013, richiamando le «*modalità di cui all’art. 1, comma 3, della legge n. 239 del 2005*», ha inteso fare riferimento all’intero meccanismo contemplato da tale norma che si fonda sulla sussidiarietà legislativa. Non può, infatti, ritenersi, come ha fatto il primo giudice, che tale richiamo sia parziale e limitato soltanto alle modalità di concertazione nell’ambito della Conferenza unificata. Si tratta di un richiamo che va riferito al complessivo procedimento che presiede alla “chiamata in sussidiarietà” e dunque non solo all’intesa ma anche al suo “oggetto” e cioè al decreto «*non avente natura*

regolamentare» attraverso il quale si esercita la funzione amministrativa attratta in sussidiarietà nel rispetto del principio di leale cooperazione.

Alla luce di quanto esposte, deve, pertanto, ritenersi che l'art. 24, comma 3-*sexies*, del decreto-legge n. 113 del 2016 è una norma di interpretazione autentica non innovativa, che ha chiarito la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto già espresso dalla stessa (Corte cost. n. 308 del 2003 e n. 41 del 2011).

Sul *piano sostanziale*, la Sezione ritiene che il decreto in esame non presenti i connotati intrinseci dell'atto normativo.

In relazione al carattere della generalità, il decreto identifica, sul piano soggettivo e oggettivo, i presupposti che legittimano la presentazione della domanda di finanziamento e la relativa erogazione, con indicazione anche delle cause di esclusione (art. 3). Si tratta, pertanto, di un meccanismo che, pur non consentendo la individuazione a priori dei destinatari, ne permette la sicura identificazione nella immediata fase successiva di attuazione dei criteri predeterminati dall'atto in questione. Questi tratti tipologici rendono il decreto sostanzialmente assimilabile ai bandi di gara o di concorso.

In relazione al carattere dell'astrattezza, il decreto, pur non contenendo una espressa limitazione temporale dell'efficacia delle sue prescrizioni, contempla un sistema di concessione di contributi per un periodo di tempo limitato a progetti triennali, corredati di programmi per ciascuna annualità. Si tratta di un meccanismo conforme a quanto previsto dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990, secondo cui: «*la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi*» (comma 1). La norma aggiunge che l'effettiva osservanza dei predetti criteri e delle modalità «*deve risultare dai singoli provvedimenti*» di attuazione (comma 2). In questa prospettiva tali atti amministrativi generali funzionano come una sorta di “accordi quadro” di

predefinizione della regole di condotta futura del soggetto che li pone in essere.

In relazione al carattere dell'innovatività, lo stesso non può desumersi dal fatto che sono state introdotte nuove regole né dalla valenza "politica" dell'intervento, come ritenuto dal primo giudice, in quanto il decreto si colloca nell'ambito dei criteri predefiniti dal legislatore e, in ogni caso, la particolare connotazione degli altri due elementi identificativi degli atti normativi impedisce di assegnare a quello in esame la natura riconosciuta dal primo giudice.

In definitiva, la valorizzazione dei connotati sostanziali dell'atto, risultanti dall'analisi del loro contenuto con l'ausilio interpretativo proveniente dalla qualificazione formale effettuata dal legislatore, inducono a ritenere che il Ministero ha adottato un atto amministrativo generale.

Né varrebbe rilevare, come fa la parte appellata, che tale soluzione si pone in contrasto con il sesto comma dell'art. 117, che, nelle materie concorrenti, assegna alle Regioni la funzione regolamentare. E' agevole osservare come la qualificazione dell'atto come "non regolamentare" comporta la inapplicabilità di tale disposizione costituzionale e del vincolo modale da essa previsto nel riparto delle competenze. Appare opportuno aggiungere che, anche qualora fosse stato qualificato il decreto in esame come atto regolamentare, in ogni caso il legislatore statale ha il potere di prevedere un sistema normativo fondato sulla sussidiarietà, che può ricomprendere anche la funzione regolamentare (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 14 ottobre 2016, n. 2113, in cui si affermato che è ammessa l'adozione di regolamenti governativi anche in ambiti di competenza regionale attratti in sussidiarietà a livello statale).

7.– Con un secondo motivo, l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittimi i criteri di attribuzione dei punteggi ai fini del finanziamento nella parte in cui hanno attribuito un punteggio massimo di soli trenta punti per la «*qualità artistica*». In particolare, si assume come il primo giudice abbia invaso sfere di competenza dell'amministrazione

e, comunque, non avrebbe considerato che deve essere considerato anche, nell'ambito del giudizio sulla qualità, la cosiddetta qualità indicizzata.

Il motivo è fondato.

L'art. 5 del decreto ministeriale prevede che le domande di contributo sono valutate riconoscendo ai relativi progetti un punteggio numerico, fino ad un massimo di punti cento, attribuito dalle Commissioni consultive competenti per materia e articolato secondo le seguenti categorie e relative quote: a) qualità artistica, fino ad un massimo di punti trenta; b) qualità indicizzata, fino a un massimo di punti trenta; c) dimensione quantitativa, fino ad un massimo di punti quaranta. Gli specifici parametri cui fare riferimento per l'attribuzione dei suddetti punteggi sono, rispettivamente, previsti negli allegati B, C e D dello stesso decreto.

Tale distribuzione dei punteggi è stata effettuata dal Ministero nell'esercizio di un potere di discrezionalità tecnica. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che tale discrezionalità può essere sindacata quando la stessa, in ragione della presenza di una peculiare figura sintomatica dell'eccesso di potere, si ponga in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica (tra gli altri, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6041).

Nella fattispecie in esame la scelta amministrativa è coerente con i criteri legali previsti dall'art. 9 del d.lgs. n. 91 del 2013, che assegnano rilevanza all'elemento quantitativo.

La discrezionalità tecnica, esercitata nella fase di puntuale declinazione dei criteri e di dosaggio tra gli stessi, è stata esercitata in modo conforme al principio di ragionevolezza tecnica, in quanto la qualità artistica rileva non soltanto ai fini dell'attribuzione dei trenta punti ma anche nel giudizio sulla qualità indicizzata che può condurre all'assegnazione di altri trenta punti.

L'amministrazione, infatti, ha indicato, nell'Allegato C, i parametri cui occorre avere riguardo ai fini del criterio della qualità indicizzata dai quali si desume la rilevanza anche qualitativa dello spettacolo ancorata a dati oggettivi.

Per i Teatri di rilevante interesse culturale, quale è qualificato il Teatro resistente, vengono previsti, in relazione a «*obiettivi strategici*», «*obiettivi operativi*», «*fenomeno*», i seguenti parametri ad essi, rispettivamente, corrispondenti: a) «*qualificare il sistema di offerta; incrementare il tasso di utilizzo delle sale; incremento del tasso di utilizzo delle sale*»; b) «*sostenere, diversificare e qualificare la domanda; intercettare nuovo pubblico; ampliamento del pubblico*»; c) «*favorire la creatività emergente e sostenere i giovani professionisti; sostenere l'ingresso di giovani; impiego di giovani artisti e tecnici*»; d) «*favorire il riequilibrio territoriale; operare per il riequilibrio territoriale; sviluppo dell'offerta in territori svantaggiati*»; e) «*valorizzare la solidità gestionale dei soggetti; incentivare la sostenibilità economico-finanziaria; capacità di reperire risorse non pubbliche e non pubbliche*».

Si tratta di criteri di indicizzazione che, accanto all'esigenza di soddisfare rilevanti interessi pubblici connessi, ad esempio, alla garanzia del riequilibrio territoriale, denotano la rilevanza della qualità artistica risultante, tra l'altro, dalla capacità dello spettacolo di intercettare nuovo pubblico favorendo anche la creatività emergente e i giovani professionisti.

La considerazione complessiva dei parametri e il loro effettivo contenuto inducono a ritenere che l'amministrazione statale abbia effettuato, all'esito di un bilanciamento di una pluralità di interessi pubblici e privati, una ripartizione di punteggi tra dimensione qualitativa e quantitativa che non può ritenersi contraria al principio di ragionevolezza tecnica.

Un sindacato, quale quello effettuato dal primo giudice, sostituendo il proprio giudizio a quello dell'autorità pubblica, incide sul merito delle scelte amministrative e si risolve in un eccesso di potere giurisdizionale.

8.— Con un primo motivo, con cui si ripropongono le censure non esaminate dal primo giudice, la parte appellata ritiene illegittimo il meccanismo che presiede alla ripartizione dei progetti in sottoinsiemi (*cluster*). In particolare, si assume che tale ripartizione, essendo fondata solo sul dato quantitativo e dimensionale e non sulla qualità artistica dei progetti, non consentirebbe un raggruppamento omogeneo tra i Teatri. La ulteriore suddivisione delle risorse

tra i Teatri appartenenti allo stesso sottoinsieme avverrebbe sulla base di una scelta discrezionale del Direttore generale priva di criteri idonei ad indirizzarla. Tale illegittimità, si aggiunge, avrebbero leso la posizione dell'appellante il quale *«risulta collocato al secondo posto del secondo cluster con 1.059.092,00 euro di contributi, pur avendo ottenuto un punteggio addirittura superiore al primo classificato del primo cluster (Ente autonomo Teatro Stabile di Genova), che ha tuttavia percepito un contributo di ben 800.000 euro superiore rispetto all'odierno appellato»*.

Il motivo non è fondato.

Il processo amministrativo ha natura soggettiva e non oggettiva. La parte che propone un motivo di illegittimità deve, quale condizione dell'azione, indicare come tale illegittimità abbia concretamente leso la posizione soggettiva fatta valere.

Nel caso in esame la parte appellata si è limitata ad effettuare le affermazioni sopra riportate ma non ha offerto elementi certi dai quali desumere che la suddivisioni in sottoinsiemi operata dal Ministero abbia concretamente leso la sua sfera giuridica. Si contesta il fondamento quantitativo del criterio di riparto ma non si dimostra, nei rapporti con gli altri Teatri, come l'adozione di un eventuale diverso criterio qualitativo avrebbe comportato un sicuro vantaggio economico. In altri termini, dalla sola analisi delle censure non risulta con chiarezza la sussistenza di un interesse concreto a contestare il criterio in esame.

Nel merito, comunque, il criterio di distinzione tra sottoinsiemi, essendo fondato su dati automatici di tipo quantitativo che valorizzando l'elemento dimensionale, non risulta contrario ai criteri legali e al principio di ragionevolezza tecnica. Essi devono poi guidare l'attività del Direttore generale, che non può, pertanto, ritenersi privo di vincoli nello svolgimento dell'attività ad esso demandata da decreto.

9.– Con un secondo motivo riproposto si assume la irragionevolezza tecnica dei seguiti parametri:

- a) *«incremento del tasso di utilizzo della sale», con considerazione «sia gli spettatori delle produzioni “proprie” che quelli che hanno presenziato agli spettacoli delle compagnie ospitate»;*
- b) *«variazione degli spettatori», che dovrebbe essere valutata in un arco temporale più ampio di un anno e pari, ad esempio, a cinque anni;*
- c) *«tasso di incremento di utilizzo delle sale», giacché sono richiesti ed acquisiti «non già dati dinamici tesi a rivelare le variazioni di tale dato di anno in anno bensì meri elementi statici quali la capienza delle sale»;*
- d) *«identità del nucleo artistico per almeno il 50% dell'anno precedente» e «l'impiego di giovani artisti e tecnici sotto i 35 anni», che sarebbero tra loro contraddittori.*

I motivi non sono fondati.

Anche nel caso in esame, la parte appellata non ha indicato come l'eventuale accoglimento dei motivi riproposti possa incidere sulla concreta posizione soggettiva fatta valere in giudizio. Soltanto in relazione alla censura *sub a*, si deduce, con riferimento al dato degli spettatori, che *«alcuni organismi»* hanno artificiosamente aumentato tali dati e che il Teatro Stabile del Friuli Venezia Giulia ha dichiarato dati che farebbero presumere la considerazione anche di presenze agli spettacoli *«realizzati dalle compagnie ospitate»*. Ma anche in questo caso si tratta di valutazioni non chiare e non sorrette da dati certi. Non è comunque questo un vizio invalidante, in quanto esso involge questioni afferenti alla fase di concreta applicazione delle disposizioni in esame. Si tratta, pertanto, di censure che devono essere fatte valere, eventualmente, mediante specifiche impugnazioni con la garanzia del contraddittorio nei confronti del singolo ente la cui posizione si contesta.

10.– Non è necessario esaminare i motivi di illegittimità costituzionale, prospettati dalla parte resistente, nella memoria depositata nell'imminenza dell'udienza pubblica, in relazione al sopravvenuto decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, in quanto, avendo esso, per le ragioni indicate, mera funzione di interpretazione autentica non innovativa, non ha assunto rilevanza ai fini della definizione della presente controversia.

11.– La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

- a) accoglie l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza 28 giugno 2016, n. 7479 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, Sezione II-*quater*, rigetta il ricorso di primo grado;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO