

Pubblicato il 22/03/2022

N. 02080/2022REG.PROV.COLL.
N. 05533/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5533 del 2019, proposto da Fondazione Festa dei Gigli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

contro

Pasquale Petillo e Luigi Vallefucio, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Comune di Nola, non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 01662/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e udito l'avvocato Lentini per delega di

Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto il ricorso proposto dai signori Pasquale Petillo e Luigi Vallefucio (rispettivamente “maestro di festa” del Giglio del Salumiere, il Petillo, e legale rappresentante della “paranza Urugno”, il Vallefucio) contro la Fondazione Festa dei Gigli e il Comune di Nola per l'annullamento della delibera della Fondazione del 17 luglio 2018;

con quest'ultima, avente ad oggetto *“irrogazione di sanzione e parziale escussione fideiussione”*, la Fondazione ha irrogato, ai sensi dell'art.11 del Regolamento della Festa dei Gigli di Nola (manifestazione popolare che si svolge ogni anno nel mese di giugno, in occasione della festività patronale dedicata a San Paolino – protettore della città), la sanzione della sospensione per anni cinque dalla partecipazione alle successive edizioni, a carico delle “paranze” Urugno e Indistruttibile Cimitilese, dei loro capi paranza e di tutti i caporali (essendo le “paranze”, composte da circa 100 uomini ciascuna ed iscritte in apposito “Albo delle paranze”, annualmente incaricate dalle otto congregazioni partecipanti alla Festa, di portare in processione le macchine da festa denominate “gigli”, consistenti in obelischi in legno rappresentativi delle antiche corporazioni artigiane), oltre all'escussione parziale della fidejussione (nella misura di € 1.000,00) nei confronti del “maestro di festa” per responsabilità oggettiva;

la delibera è fondata sulla riscontrata violazione dell'art. 13 bis del Regolamento della manifestazione << [...] a carico del maestro di festa del giglio del salumiere per avere consentito il trasporto della macchina da festa da paranza diversa da quella indicata e, circostanza ancora più grave, da paranza che, per regolamento, non poteva e non può partecipare alla nostra festa. Tale violazione impone di procedere in via

disciplinare non solo nei confronti del maestro di festa ma anche nei confronti sia della paranza Uragano che della paranza Indistruttibile di Cimitile, nonché dei rispettivi rappresentanti [...]>>.

Rilevato che:

il tribunale amministrativo regionale ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata in via preliminare dalla Fondazione e dal Comune di Nola;

nel merito, dato atto che l'illegittimità della delibera impugnata era stata denunciata con tre motivi di ricorso, per violazione dell'art. 24 Cost., dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 13 bis del Regolamento, nonché per eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, illogicità manifesta ed erronea valutazione dei fatti, ha ritenuto fondata ed assorbente la censura con cui si era fatto valere che la sanzione era stata comminata senza un'adeguata istruttoria e, soprattutto, in mancanza di specifica contestazione dei fatti (malgrado, peraltro, l'art. 11 del Regolamento della Festa prevedesse la previa contestazione degli addebiti);

il ricorso è stato perciò accolto e, per l'effetto, è stata annullata l'impugnata delibera, ponendo a carico della Fondazione le spese processuali in favore dei ricorrenti e compensando le spese tra questi ultimi e il Comune di Nola;

la Fondazione Festa dei Gigli ha proposto appello avverso la sentenza con tre motivi;

il Comune di Nola e i signori Petillo e Vallefuoco non si sono costituiti; all'udienza pubblica del 17 febbraio 2022 è stata riservata la decisione, previo deposito di memoria da parte dell'appellante.

Considerato che:

con i motivi primo (*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 4, 7 e 9 c.p.a. – difetto di giurisdizione del g.a. adito – motivazione erronea su un punto decisivo della controversia*) e secondo (*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 4, 7 e 9 c.p.a. – motivazione erronea su un punto decisivo della controversia*) è criticato il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione;

in proposito, la sentenza, dopo avere richiamato i principi già affermati con la pronuncia della stessa Sezione del 9 marzo 2016, n. 1297 (a cui ha fatto rinvio, ai sensi dell'art. 88, primo comma, lett. d, c.p.a.), ha precisato che:

<<a) la giurisdizione non è esclusa per il fatto che, nella specie, non si verta in tema di procedura per l'assegnazione della macchina da festa e delle cariche, ma di irrogazione delle sanzioni previste dal Regolamento della Fondazione;

b) in base a quanto disposto dall'art. 7, secondo comma, c.p.a., nel novero delle pubbliche amministrazioni vanno infatti annoverati "i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo";

c) tra essi è da comprendere la Fondazione Festa dei Gigli di Nola, per il dato soggettivo che la caratterizza e la funzionalizzazione pubblica della propria attività (cfr. la sentenza n. 1297 del 2016, cit.: p. 1.2.);

d) correlativamente, emerge la procedimentalizzazione dell'operato della Fondazione, non essendo disgiunta la natura della sua attività dalla regolazione del suo svolgimento secondo l'iter procedimentale proprio della P.A., articolato in distinte fasi e soggiacente a regole prefissate, come emerge dal Regolamento, disciplinante lo svolgimento della festa in ogni sua fase (richiesta di concessione, contenuto della domanda, requisiti necessari, previsione di apertura delle buste alla presenza del segretario comunale, successiva fase di istruttoria, ecc.)>>;

la Fondazione appellante – premesso che, per lo svolgimento e la vigilanza sulla Festa dei Gigli, il Comune di Nola, unico socio fondatore, ha costituito la Fondazione Festa dei Gigli, retta da uno statuto, nel testo modificato da ultimo con verbale del CdA del 23 marzo 2018 – ricostruisce la vicenda che ha originato la controversia, illustrando gli articoli del Regolamento della Festa dei Gigli (da ultimo modificato nel maggio 2017) rilevanti ai fini della decisione (artt. 7, 8, 9 e 10, sugli obblighi dei soggetti coinvolti a vario titolo nella manifestazione) e riportando il contenuto della delibera impugnata;

l'appellante osserva quindi che oggetto del giudizio è la delibazione di legittimità di una sanzione disciplinare irrogata dalla Fondazione a soggetti privati (quali i "maestri di festa" assegnatari dei "gigli" e le "paranze")

sottoposti alla vigilanza della Fondazione - che è un soggetto giuridico di diritto privato - per violazione delle norme del Regolamento che disciplina il funzionamento della manifestazione, accettate dai partecipanti;

ad avviso dell'appellante, solo alcune delle fasi della manifestazione possono qualificarsi come aventi un carattere *lato sensu* amministrativo, ma la gestione della manifestazione e le attività della Fondazione non sarebbero a rilevanza pubblicistica, in specie quanto alla vigilanza sul rispetto del Regolamento ed all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, materia sottratta alla giurisdizione amministrativa, perché non espressione di discrezionalità amministrativa e/o di attività ad evidenza pubblica, ed alla quale si contrappongono posizioni di diritto soggettivo, non di interesse legittimo;

con altro, collegato, ordine di argomentazioni, l'appellante sottolinea la similitudine con le sanzioni disciplinari inflitte da organismi sportivi nelle manifestazioni sportive e l'orientamento giurisprudenziale che considera tali organismi come assoggettati alla giurisdizione amministrativa soltanto nel caso di gare ad evidenza pubblica per la scelta dei contraenti;

col secondo motivo di gravame si critica, poi, la sentenza appellata nella parte in cui, per giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo, richiama la sentenza del T.a.r. Campania, 9 marzo 2016, n. 1297, evidenziando l'appellante come quest'ultima riguardasse una fase pubblicistica della gestione della festa (domanda di assegnazione e concessione di costruzione e utilizzo del "giglio"), soggetta alla giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. (come, d'altronde, affermato nel precedente, richiamato nella stessa sentenza n. 1297/2016, di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, n. 7393/2010, concernente l'analoga attività della Fondazione del Carnevale di Viareggio), mentre nel caso di specie si tratta di una fase successiva e diversa, di mera applicazione del Regolamento in ambito privatistico.

Ritenuto che:

i detti due motivi di appello sono fondati, con assorbimento del terzo (concernente il merito della controversia), dovendosi affermare la giurisdizione del giudice ordinario, per le ragioni che seguono;

va, in primo luogo, escluso che si verta in una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, per come d'altronde riconosciuto anche dal tribunale, che ha rinvenuto il fondamento della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo nella equiparazione della Fondazione ad una pubblica amministrazione, quanto alla necessità del rispetto dei principi del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7, comma 2, c.p.a.;

orbene, non vi è alcun dubbio che la Fondazione della Festa dei Gigli sia un soggetto giuridico di diritto privato, per come si evince dallo statuto, segnatamente dall'art. 1, secondo cui la Fondazione è un *“ente con piena capacità giuridica di diritto privato, dotata di piena autonomia statutaria e gestionale, la cui disciplina si rinviene nelle norme del Codice civile e del presente Statuto”*;

il contenuto di quest'ultimo, d'altronde, ed in particolare le regole sullo scopo della Fondazione (su cui *infra*), nonché sul patrimonio (art. 14), sui membri (art. 15), sugli organi (artt. 16-22) e sulle strutture di supporto esecutivo, definite *“Commissioni”* (artt. 25-29) – alle quali è sufficiente fare rinvio – consentono di qualificare l'appellante come fondazione c.d. di partecipazione; si tratta di figura atipica di soggetto giuridico di matrice privatistica, caratterizzata dalla commistione degli elementi dell'associazione e della fondazione di diritto privato, ma destinata al perseguimento di interessi generali (come dimostrato, per la Fondazione in argomento, dalle finalità di cui all'art. 3 dello statuto di valorizzare e promuovere *“la conoscenza della Festa dei Gigli in ambito nazionale ed internazionale”*, comma 1, e tutelare *“la Festa, in ogni sede, come patrimonio antropologico, culturale, artistico e religioso, originario ed originale della Città di Nola”*, comma 2, nonché dalle finalità dei successivi articoli 12 e 13, concernenti il riconoscimento della Festa come patrimonio dell'Umanità e l'organizzazione di dibattiti pubblici e referendum consultivi sul suo svolgimento), perciò promossa, in qualità di fondatore promotore, da

un ente pubblico (nel caso di specie il Comune di Nola) e partecipata da altri (che, nello statuto della Fondazione vengono definiti “soci partecipanti sostenitori”);

evidenti essendo i tratti peculiari dello strumento giuridico della fondazione c.d. di partecipazione (sul quale, oltre a Cons. Stato, V, n. 7393/2010, su cui si tornerà, anche Corte dei Conti, Friuli Venezia Giulia, sez. contr. 18 settembre 2019, n.22/2019/PAR e Corte dei Conti, Veneto, sez. contr., 19 ottobre 2020, n. 130/2020/PAR), esso, analogamente a quanto oramai acclarato per le società partecipate, anche costituite secondo il modello delle società “*in house providing*”, va annoverato tra le figure organizzative dell’attività delle pubbliche amministrazioni, tuttavia riconducibili a forme privatistiche (arg. ex art. 1, comma 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175);

non depone in senso contrario la conclusione raggiunta dalla sentenza del T.a.r. Campania n. 1297 del 9 marzo 2016 (su cui si basa la sentenza appellata), in quanto ha qualificato la Fondazione Festa dei Gigli come organismo di diritto pubblico, già previsto dall’art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006, oggi art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamando in proposito la sentenza del Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2010, n. 7393, concernente l’analoga Fondazione del Carnevale di Viareggio (che ha trovato conferma nella pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 7 luglio 2011, n. 14958, resa a seguito di ricorso per motivi inerenti la giurisdizione);

la qualificazione come organismo di diritto pubblico delle fondazioni di partecipazione, con partecipazione prevalente o totalitaria pubblica, è stata infatti adottata, nei su richiamati precedenti (ma per un caso analogo, cfr. anche Cass., S.U. 8 febbraio 2006, n. 2637, relativa alla Fondazione Accademia di Santa Cecilia), ai fini dell’applicazione della normativa comunitaria e delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, quindi anche ai fini della riconduzione della controversia a quelle riservate alla giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo ai sensi, oggi, dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a.;

tuttavia nel caso di specie va escluso che si controverta dell'affidamento di un pubblico contratto, ovvero, specificamente, dell'affidamento dell'«atto concessorio» che ha ad oggetto *“il diritto di allestire, costruire e organizzare le macchine da festa in onore di San Paolino co-patrono della città di Nola”*, così definito dall'art. 1 del Regolamento, in attuazione dell'art. 6 dello Statuto che prevede che i “Gigli” e la “Barca” (patrimonio esclusivo della comunità nolana) vengano *“annualmente assegnati ai firmatari, secondo norme prefissate dal Regolamento, mediante una convenzione [...]”*;

soltanto in relazione alla sottoscrizione di tale convenzione *“emerge la proceduralizzazione dell'operato della Fondazione”* (cfr. punto sub d della riportata motivazione della sentenza appellata), disciplinata nel dettaglio dagli artt.2 e seguenti del Regolamento, sicché soltanto in riferimento al relativo procedimento si sarebbe potuta porre la questione applicativa dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. in tema di giurisdizione esclusiva;

invece la qualificazione della Fondazione della Festa dei Gigli come organismo di diritto pubblico - corretta o meno che sia ai fini di cui sopra - non è sufficiente ad attrarre la presente controversia nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, contrariamente a quanto ritenuto ai punti a), b) e c) della detta motivazione della sentenza appellata;

intanto, è da escludere che la Fondazione Festa dei Gigli sia una pubblica amministrazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 2, c.p.a., essendo la giurisdizione amministrativa strettamente connessa all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo e rientrando in essa le controversie concernenti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente al pubblico potere, il cui esercizio è estraneo alla Fondazione, soggetto di diritto privato (cfr., in termini analoghi, Cass. S.U., 8 luglio 2019, n. 18270 e id., S.U. 27 dicembre 2019, n. 34473);

ciò detto, è peraltro dirimente la considerazione che nella presente controversia, come ripetutamente sottolinea l'appellante, non si fa questione di interessi legittimi, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a., poiché la deliberazione impugnata attiene all'irrogazione di sanzioni disciplinari;

le sanzioni, oltre a trovare il loro fondamento nel Regolamento e nell'accettazione delle previsioni regolamentari da parte dei soggetti partecipanti alla Festa (arg. ex art. 3, punto 5, del Regolamento), sono comunque espressione di un'attività nel cui esercizio non vi è alcuna discrezionalità, nemmeno quando siano irrogate dalle pubbliche amministrazioni;

in proposito è sufficiente ribadire principi da tempo affermati, proprio in tema di riparto di giurisdizione, da questo Consiglio di Stato, a proposito dell'assenza di discrezionalità nell'attività sanzionatoria dell'amministrazione, atteso che *“ogni qualvolta si verifichi in concreto la fattispecie astrattamente prevista, l'applicazione della sanzione costituisce un obbligo per l'amministrazione; quindi non v'è discrezionalità in ordine all'an e al quando: l'individuazione degli estremi che integrano la fattispecie illecita non è operazione che possa tollerare alcun margine di discrezionalità amministrativa; l'attività svolta è interamente assimilabile a quella dell'autorità giudiziaria, intesa come attività di applicazione obbiettiva e imparziale della legge al caso concreto; l'amministrazione, al pari del giudice penale, ha l'obbligo di esercitare l'azione e di concludere il procedimento: il principio di officialità deriva dalla vigenza, in materia di sanzioni punitive, del principio di legalità sostanziale ricavato dagli artt. 23 e 97 Cost., in virtù del quale il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge; pertanto l'applicazione della sanzione in difetto della fattispecie contravvenzionale integra gli estremi della lesione sine titulo della sfera soggettiva del soggetto inciso, e non costituisce un'ipotesi di scorretto esercizio del potere discrezionale”*, con la conseguenza che *“al fine del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, è necessario distinguere tra sanzioni punitive e misure ripristinatorie, riconoscendo solo nel secondo caso la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, nel caso di sanzioni punitive queste hanno carattere*

meramente afflittivo [...], e sono ricollegate al verificarsi concreto della fattispecie legale, restando esclusa ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione se non quanto alla misura, con la conseguenza che la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l'imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge; [...]" (così Cons. Stato, V, 27 giugno 2012, n. 3786 e 3787, espressione di orientamento consolidato; nello stesso senso, tra le altre, Cass. S.U., 21 settembre 2020, n. 19664);

anche tenendo conto dei principi appena richiamati – senza necessità di affrontare il tema posto dall'appellante delle sanzioni disciplinari nell'ordinamento sportivo, caratterizzato da regole proprie (per le quali, tra le più recenti, Cass. S.U., 7 maggio 2021, n. 12149), che presuppongono una separatezza di ordinamenti estranea al caso di specie – rileva che le sanzioni irrogate con la delibera oggetto del presente giudizio sono previste dall'art. 11 (*Le sanzioni*) del Regolamento della Festa dei Gigli che, dopo avere stabilito al primo comma che *“La violazione delle norme contenute nel presente regolamento comporterà per i capi-paranze, paranze, musicisti, cantanti e microfonisti sanzioni disciplinari in uno alla escussione della fidejussione rilasciata dal maestro di festa in virtù del richiamato principio della responsabilità oggettiva”*, elenca, al secondo comma, le seguenti sanzioni: *“a) la censura; b) la ammonizione con diffida; c) la sospensione; d) la radiazione”*;

segue la descrizione degli elementi costitutivi dei diversi illeciti disciplinari che danno luogo a ciascuna delle sanzioni ivi previste, nel rispetto dei principi di tassatività e tipicità, comunque con finalità punitive.

In conclusione:

- la posizione soggettiva che i ricorrenti intendono tutelare contestando l'irrogazione delle sanzioni è di diritto soggettivo, in materia non riservata dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;
- l'appello va accolto e, per l'effetto, va annullata la sentenza di primo grado e il ricorso proposto dai signori Pasquale Petillo e Luigi Vallefuoco va dichiarato

inammissibile per difetto di giurisdizione, spettando questa al giudice civile ordinario;

- ai sensi dell'art. 11 c.p.a., sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo verrà riproposto dinanzi a quest'ultimo giudice nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza;

- le spese dei due gradi di giudizio si compensano per giusti motivi, considerata la novità della questione di giurisdizione posta con riferimento ai poteri sanzionatori della Fondazione, già qualificata per via giurisprudenziale come organismo di diritto pubblico.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata e dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto dai signori Pasquale Petillo e Luigi Vallefuoco, con le statuizioni conseguenziali di cui in parte motiva.

Compensa le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO