



## Normativa e giurisprudenza di interesse per la Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione

### Indice

#### Corte costituzionale

1. Corte cost., 1° febbraio 2022 n. 28, eccessivi 250 euro al giorno per sostituire la pena detentiva con quella pecuniaria.

#### Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali

2. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2022, n. 798, inammissibile l'appello avverso il decreto cautelare monocratico, emesso ai sensi dell'art. 56 c.p.a.;
3. Cons. Stato, sez. II, 15 febbraio 2022, n. 1141, sui limiti alla eccezionale riapertura del procedimento disciplinare nei confronti di un militare;
4. Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 1107, sull'onere di impugnabilità delle clausole escludenti e sull'eventuale contrasto con il diritto europeo;
5. Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 1040, su diverse questioni attinenti al processo amministrativo;
6. T.a.r. per la Campania, sez. I, 18 febbraio 2022, n. 1114, sulla legittimazione ad agire degli ordini professionali;
7. T.a.r. per la Sardegna, sez. I, 14 febbraio 2022 n. 99, sulle comunicazioni del cittadino alla pubblica amministrazione tramite posta elettronica certificata;
8. T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 3 febbraio 2022 n. 411, sull'accesso ai documenti e sul bilanciamento tra diritto di difesa e tutela dei dati supersensibili.

#### Consiglio di Stato – Pareri

9. Cons. Stato, sez. I, 15 febbraio 2022, n. 379, sulla sospensione dal servizio del pubblico dipendente in relazione ad un reato tentato;

10. Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, 15 febbraio 2022, n. 355, ha reso il parere sullo schema di regolamento sul trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati.

### Normativa ed altre novità di interesse

11. Corte costituzionale - Comunicato del 16 febbraio 2022 - Ammissibili 4 referendum: incandidabilità, misure cautelari, separazione funzioni di magistrati, elezione togati CSM;

12. Corte costituzionale - Comunicato del 15 febbraio 2022 - Inammissibile il referendum sull'omicidio del consenziente.

## Corte costituzionale

(1)

La Corte costituzionale ritiene eccessivi 250 euro al giorno per sostituire una pena detentiva in pecuniaria.

[Corte costituzionale, sentenza 1° febbraio 2022, n. 28, Pres. Amato, Est. Viganò](#)

La Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'articolo 53, secondo comma, della legge n. 689 del 1981, per violazione dei principi di eguaglianza e finalità rieducativa della pena.

La Corte ha ritenuto che ai 250 euro debbano essere sostituiti i 75 euro già previsti dalla normativa in materia di decreto penale di condanna, fermo restando l'attuale limite massimo giornaliero di 2.500 euro. Peraltro, poiché il Parlamento ha recentemente delegato il Governo a modificare la disciplina della sostituzione della pena detentiva, la Corte ha sottolineato che il legislatore può, nella sua discrezionalità, individuare soluzioni diverse e, in ipotesi, ancor più aderenti ai principi costituzionali definiti nella sentenza.

## **Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali Amministrativi Regionali**

**Le massime sotto riportate comprendono anche quelle pubblicate nella Sezione in evidenza del sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a cura del consigliere Giulia Ferrari.**

**(2)**

**La V sezione dichiara inappellabile il decreto cautelare emesso ai sensi dell'art. 56 c.p.a.**

**[Consiglio di Stato, sezione V, decreto cautelare 18 febbraio 2022, n. 798, Pres. Barra Caracciolo](#)**

La V sezione nella sua più attuale linea giurisprudenziale considera, nell'interpretazione più aderente al testo ed alla sistematica del c.p.a., inappellabile il decreto cautelare ex art. 56 c.p.a., superando altri precedenti orientamenti di altre sezioni (ed anche l'esigenza di vagliare, rispetto a tali precedenti, altri profili di inammissibilità comunque affermati, in un primo momento, dalla stessa V sezione (decreto presidenziale n.4377 del 2021).

Nel complesso, il sistema vigente risulta complessivamente congegnato in modo da prevedere che la tutela monocratica cautelare in primo grado sia, sussistendone consistenti presupposti, revocabile o modificabile all'interno del grado di giudizio in cui essa è attivata, senza violare il principio di "non impugnabilità" (davanti al giudice di secondo grado), chiaramente espresso dal legislatore; e ciò, in un'evidente armonica e razionale considerazione del

doppio grado di giudizio, al fine di evitare interferenze tra la trattazione dell'incidente cautelare in sede camerale di prime cure e l'inevitabile anticipazione, sulla stessa vicenda, dell'orientamento del giudice d'appello, sia monocratico-presidenziale sia, *a fortiori*, ancorando ad esso una successiva trattazione collegiale in appello, anticipata rispetto alla stessa proposizione dell'appello avverso l'ordinanza cautelare di primo grado. Il che esclude che, alla presente determinazione presidenziale di inammissibilità, debba seguire la fissazione di una inconfigurabile trattazione in sede camerale-cautelare in grado di appello.

(3)

**Limiti per la eccezionale riapertura del procedimento disciplinare nei confronti di un militare.**

[Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 15 febbraio 2022, n. 1141 – Pres. de Francisco, Est. D'Alessandri](#)

L'art. 1393 del codice dell'ordinamento militare non consente la riapertura, per qualsivoglia ragione, di un procedimento disciplinare che sia stato archiviato – fuori dai casi di modifica in *bonam partem* del suo esito, evidentemente non di archiviazione, allorché le sopravvenienze probatorie possano dar adito a un più mite esito disciplinare rispetto a quello già applicato – se non nel solo caso in cui sia sopravvenuto il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna del dipendente: solo in tale ipotesi, il procedimento disciplinare può (ossia deve) essere riaperto, per adeguarne l'esito al giudicato penale sopravvenuto (e quand'anche in *malam partem*).

Tale principio risulta violato nella vicenda esaminata, avendo l'Amministrazione riaperto – perciò illegittimamente – il procedimento disciplinare (e peraltro a distanza di anni) sul rilievo che in sede penale, a seguito di nuove indagini non seguite però da alcun giudicato di condanna, fossero emersi ulteriori elementi probatori a riprova della colpevolezza del dipendente, anteriormente non valutabili; laddove invece, come si è chiarito,

siffatta sopravvenienza non è normativamente idonea a consentire la riapertura *in malam partem* del procedimento sanzionatorio amministrativo.

A sostegno di siffatta conclusione basta la piana considerazione del dato normativo applicabile; nondimeno, a suo ulteriore fondamento, merita aggiungersi il rilievo che, diversamente opinando, risulterebbe del tutto eluso non solo il principio del *ne bis in idem* che permea di sé il diritto sanzionatorio, ma anche e soprattutto l'esigenza, più volte rimarcata anche dalla giurisprudenza costituzionale, che il procedimento *de quo* debba concludersi entro termini perentori dal suo avvio (salve le tassative ipotesi di sospensione), che non potrebbero mai esser tali ove si ammettesse la reiterabilità del suo *dies a quo* per mero effetto della riapertura (sempre possibile in ogni momento) dell'indagine penale e della sua successiva archiviazione.

Ha aggiunto la sezione che l'Amministrazione ha pretermesso la doverosa considerazione che, a causa dell'originaria apertura e la successiva prima archiviazione del procedimento disciplinare, il relativo potere sanzionatorio si era già interamente consumato, in quanto la legge permette di procedere nuovamente all'esercizio del potere sugli stessi fatti, mediante la riapertura del procedimento disciplinare, nel solo caso in cui sia sopravvenuta in sede penale una sentenza irrevocabile di condanna, ai sensi del comma 3 del già nominato art. 1393 del codice dell'ordinamento disciplinare; e non invece, dunque, allorché il procedimento (o il processo) penale abbiano avuto un qualsiasi altro esito (nuova archiviazione, come nella specie; ovvero sentenza di non luogo a procedere, per qualsiasi ragione processuale o sostanziale).

La giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi su fattispecie aventi carattere di analogia, ha confermato il carattere eccezionale dell'istituto della riapertura del procedimento disciplinare per le forze armate e di polizia, confinato a casi tassativi (T.A.R. per il Veneto, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 55, sulla riapertura del procedimento disciplinare per le forze di pubblica sicurezza possibile *in melius* solo in presenza nuovi elementi di prova non conosciuti e/o non conoscibili all'epoca del procedimento).

D'altra parte, elementari ed evidenti esigenze di certezza e di garanzia caratterizzanti il settore dei procedimenti disciplinari a carico dei pubblici dipendenti non ammettono in alcun modo un'opzione ermeneutica dalla portata sostanzialmente integrativa del dato normativo.

In particolare, laddove la normativa dispone che il procedimento disciplinare già concluso possa essere riaperto solo al ricorrere di alcune tassative condizioni (emersione di nuove prove le quali possano condurre al proscioglimento dell'incolpato, ovvero ad una sanzione di minore gravità), non lascia margini per ammettere che la medesima disposizione preveda la riapertura del procedimento disciplinare in tutte le ipotesi in cui ciò avvenga in senso sfavorevole per il dipendente (Cons. Stato Sez. VI, 4/2/2010, n. 516).

In tal senso l'indicata disposizione del comma 3 dell'art. 1393 del codice dell'ordinamento militare, al pari di quella del comma 2 del medesimo articolo che consente la riapertura del procedimento dopo la comminazione di una sanzione disciplinare in caso di sentenza irrevocabile di assoluzione, risultano chiaramente ispirate a un principio di *favor* per l'incolpato, sicché è palese che non ammettano integrazioni meramente interpretative in *malam partem*.

(4)

**L'onere di impugnabilità delle clausole escludenti e l'eventuale contrasto con il diritto europeo.**

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 15 febbraio 2022, n. 1107 – Pres. Poli, Est. Conforti](#)

La clausola del bando di gara che, ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, individua il livello minimo di capacità tecnica dell'impresa offerente ha natura escludente e non è nulla per contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto stabilito dalla medesima norma.

Le clausole escludenti devono essere impugnate immediatamente in quanto lesive in via diretta della posizione soggettiva dell'impresa che partecipa alla gara.

La disciplina normativa nazionale che stabilisce l'impugnabilità immediata delle clausole escludenti non contrasta con il diritto europeo.

Il provvedimento amministrativo in tesi direttamente in contrasto col diritto europeo è annullabile e non nullo e, in ogni caso, deve essere contestato nel rispetto dei termini e delle modalità stabilite dal diritto processuale del singolo stato membro posti a presidio della certezza del diritto.

(5)

**La IV sezione si pronuncia su diverse questioni riguardanti il processo amministrativo (notifica del ricorso, intervento, sospensione del giudizio, astensione obbligatoria dell'ausiliario del giudice).**

**[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 14 febbraio 2022, n. 1040 – Pres. Poli, Est. Martino](#)**

È inammissibile, ex art. 41 c.p.a., il ricorso non notificato all'autorità emanante il provvedimento impugnato, ove questa abbia, successivamente, perso la competenza nella materia in relazione alla quale aveva deliberato, con l'unico limite della soppressione di tale amministrazione emanante (nella specie è stata considerata irrilevante la circostanza che le competenze relative all'autorizzazione degli impianti di cui trattasi siano attualmente esercitate dalla Regione Puglia; ciò in quanto l'ente emanante il provvedimento impugnato, fintantoché non venga soppresso, ha sempre interesse a difendere propri atti).

A mente del combinato disposto degli artt. 3, 5 e 6 del d.P.C.S. n. 167 del 2016, il superamento dei limiti dimensionali può essere autorizzato eccezionalmente *ex post* dal giudice che procede solo prima della deliberazione della sentenza, in presenza di una espressa istanza di parte e a

condizione che sussistano gravi e giustificati motivi (nella specie in nessun atto di causa è stata formulata la suddetta istanza).

L'intervento diretto in appello è disciplinato dalla specifica norma sancita dall'art. 97 c.p.a. che lo ammette, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, da parte di chiunque abbia interesse nella contestazione, anche ove titolare di un interesse di mero fatto (nella specie una Associazione *pro loco* è intervenuta direttamente in appello per sostenere la posizione dei privati appellanti, originari ricorrenti soccombenti, muovendo dalla prospettiva di tutelare le aspettative turistiche della zona, dunque un fine proprio statutario).

Nel giudizio amministrativo: *i)* non è previsto il cd. intervento autonomo (invece contemplato dall'art. 105, co. 1, c.p.c.), ma solo interventi ex artt. 28 e 50 c.p.a., riconducibili al c.d. intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum vel opponendum* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4636 del 2016; n. 2446 del 2013; sez. V, n. 1640 del 2012; sez. IV, 30 novembre 2010 n. 8363); *ii)* è previsto il ricorso incidentale per proporre "domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale" (art. 42, co. 1, c.p.a.), ovvero, per i casi di giurisdizione esclusiva, per proporre le sole domande riconvenzionali nei termini e con le modalità del ricorso incidentale (art. 42, comma 5 c.p.a., sul punto da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 26 del 2022); *iii)* non è ammesso l'intervento in giudizio del soggetto portatore di un interesse legittimo autonomo (nella specie un comune, che aveva proposto un ricorso analogo a quello instaurato da soggetti privati, era intervenuto *ad adiuvandum* di questi ultimi nel relativo giudizio; tale intervento è stato dichiarato inammissibile in quanto il comune è evidentemente portatore di un interesse legittimo autonomo).

Il rinvio della trattazione della causa ai sensi dell'art. 73 comma 1 bis c.p.a. è evenienza eccezionale al pari della sospensione del processo; la sospensione del processo per pregiudizialità, ex art. 295 c.p.c., presuppone la pendenza delle due cause (pregiudicante e pregiudicata) in primo grado poiché la ragione fondante di tale previsione è quella di evitare il rischio di conflitti di giudizi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 5185 del 2018; sez. V, n. 806 del 2015; cfr. anche, Cass. civ., sez. un., n. 10027 del 19 giugno 2012). Laddove, invece, fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità e quello

pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato non è doverosa, ma può essere disposta in via facoltativa, ai sensi dell'art. 337 c.p.c. La mera connessione tra i due processi non determina anche l'esistenza di un obiettivo rapporto di pregiudizialità giuridica "il quale ricorre solo quando la definizione di una controversia costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dell'altra, l'accertamento del quale debba avvenire con efficacia di giudicato" (Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1996, n. 8584) (nella specie analoga richiesta di sospensione era stata correttamente respinta dal T.a.r., poiché non vi era alcun rapporto di pregiudizialità logico - giuridica del presente processo con quello tuttora pendente innanzi al medesimo giudice; tale ultimo giudizio riguarda, infatti, atti di pianificazione urbanistica distinti).

All'ausiliario del giudice amministrativo si applicano le medesime cause e procedure di astensione e ricusazione previste dalla legge per l'attività del giudice; conseguentemente anche nel processo amministrativo, la violazione del dovere di astensione obbligatoria deve essere fatto valere dalla parte interessata esclusivamente con lo speciale procedimento della ricusazione non costituendo *ex se* causa di nullità della sentenza o dell'accertamento tecnico (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., nn. 4 e 5 del 2014; Cass. pen., sez. VI, n. 49367 del 2013; Cass. civ., sez. un., n. 12607 del 2012; n. 10071 del 2011; successivamente cfr. anche Cons. Stato, sez. IV n. 3215 del 2017); se il motivo ricusatorio consiste nel dolo del giudice (*id est* dell'ausiliario) ovvero nella assunzione della qualità di parte, allora si prescinde dalla presentazione dell'istanza di ricusazione e si deve esaminare il motivo di gravame incentrato sulla nullità dell'accertamento (c.t.u. o verifica); tale nullità è tuttavia irrilevante – come pure affermato in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 5067 del 28 agosto 2018) – se il ricorso di primo grado risulta *ex se* inammissibile o infondato e quindi non è necessario avvalersi degli esiti dell'attività dell'ausiliario del giudice.

(6)

**Il T.a.r. si pronuncia sulla legittimazione ad agire degli ordini professionali avverso le clausole del bando di gara che escludano**

**sistematicamente il compenso spettante al professionista d'importo pari o superiore all'equo compenso.**

**[T.a.r. per la Campania, Napoli, sezione I, sentenza 18 febbraio 2022, n. 1114 – Pres. Salamone, Est. De Falco](#)**

Gli ordini professionali sono legittimati ad agire per la tutela di posizioni soggettive proprie o di interessi unitari della collettività da loro istituzionalmente espressa, in quest'ultimo caso potendo sia reagire alla violazione delle norme poste a tutela della professione, sia perseguire vantaggi, anche strumentali, riferibili alla sfera della categoria nel suo insieme, salvo il divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o alla potestà degli ordini medesimi. Nel caso di ordini professionali individuati su base territoriale la legittimazione al ricorso va ricondotta all'ambito territoriale nel quale il provvedimento impugnato è destinato a produrre effetti. Sussiste la legittimazione dell'ordine professionale ad agire contro procedure di evidenza pubblica ritenute lesive dell'interesse istituzionalizzato della categoria da esso rappresentata anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto d'interessi fra l'ordine stesso ed i singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato.

Ai sensi dell'art. 13-*bis*, comma 3, della l. 247 del 2012, nell'estendere anche alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di applicare - ovvero di tenerne comunque conto - la disciplina dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi da esse conferiti, è finalizzata ad assicurare una speciale protezione al professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione, a causa della propria preponderante forza contrattuale, definisca unilateralmente, senza alcun margine di contrattazione, la misura del compenso spettante al professionista e lo imponga a quest'ultimo; ciò sia in occasione di affidamenti diretti dell'incarico professionale, sia nella determinazione della base d'asta nel contesto di procedure finalizzate

all'affidamento dell'incarico professionale secondo le regole dell'evidenza pubblica. E' precluso all'Amministrazione aggiudicatrice introdurre una regola che impedisca sistematicamente *a priori* di determinare un corrispettivo, da riconoscere ai professionisti incaricati, d'importo pari o superiore all'equo compenso, tanto in occasione di affidamenti diretti dell'incarico professionale quanto nella determinazione della base d'asta nel contesto di procedure finalizzate all'affidamento dell'incarico professionale secondo le regole dell'evidenza pubblica.

(7)

**Sulle comunicazioni del cittadino alla pubblica amministrazione tramite posta elettronica certificata.**

[Tar per la Sardegna, sezione I, sentenza 14 febbraio 2022, n. 99 – Pres. D'Alessio, Est. Piemonte](#)

La violazione dei doveri che incombono sulla pubblica amministrazione di adottare i comportamenti necessari per consentire al cittadino le comunicazioni tramite posta elettronica certificata, onde evitare che risulti piena, non può comportare, almeno in assenza di una espressa previsione di legge, una presunzione di conoscenza del contenuto di documenti che non erano pervenuti all'Amministrazione.

(8)

**Accesso ai documenti e bilanciamento tra il diritto di difesa e la tutela dei dati supersensibili.**

[Tar per la Sicilia, Palermo, sezione I, sentenza 3 febbraio 2022, n. 411 – Pres. Veneziano, Est. Cappellano](#)

È legittimo il diniego di accesso ai dati supersensibili contenute in cartelle sanitarie la cui ostensione è stata richiesta per tutelare il diritto di difesa in sede giudiziale ove la documentazione richiesta era dichiaratamente preordinata alla difesa per un'udienza ormai tenutasi, e nell'ambito di un giudizio nel quale il diritto di difesa era ugualmente esplicabile e i dati sanitari oggetto dell'istanza di accesso hanno in parte un carattere risalente, sotto il profilo temporale.

### **Consiglio di Stato – Pareri**

(9)

**Sospensione dal servizio del pubblico dipendente in relazione ad un reato tentato.**

[Consiglio di Stato, sezione I, 15 febbraio 2022, n. 379 – Pres. Torsello, Est. Santoleri](#)

La norma di cui all'art. 4 della legge 27 marzo 2001, n. 97 (secondo cui nel caso di condanna, anche non definitiva, ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena, per alcuni dei delitti previsti dall'art. 3, comma 1, della citata legge, tra cui anche l'art. 317 c.p., i pubblici dipendenti devono essere sospesi dalla funzione e dall'ufficio ricoperti), si applica ai delitti ivi previsti, sia nella forma consumata che tentata, nella considerazione che la concezione autonomistica, con la distinzione del tentativo dalla fattispecie

consumata, si è sviluppata in ambito penalistico e rileva esclusivamente in tale sede.

(10)

**Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di regolamento sul trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati.**

**[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 15 febbraio 2022, n. 355 - Pres. Carbone, Est. Carluccio](#)**

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di regolamento recante la disciplina del trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati, ex art. 2-*octies*, d.lgs n. 196 del 2003; la sezione ha ritenuto di poter rendere un parere definitivo in luogo di quello interlocutorio, anche alla luce della circostanza che le norme attuative di rilevanza comunitaria sono state predisposte con grande ritardo rispetto alla norma attributiva del potere, risalente al 2018; tanto non esonera l'Amministrazione dalla necessità di un puntuale esame delle criticità rilevate e di un loro motivato superamento, rimettendo, dunque, alla stessa la valutazione dell'opportunità di sottoporre nuovamente lo schema al parere alla sezione atti normativi del Consiglio di Stato.

## **Normativa ed altre novità di interesse**

(11)

**[Corte costituzionale - Comunicato del 16 febbraio 2022](#) - Ammissibili 4 referendum: incandidabilità, misure cautelari, separazione funzioni di magistrati, elezione togati CSM.**

(12)

[Corte costituzionale - Comunicato del 15 febbraio 2022](#) - Inammissibile il referendum sull'omicidio del consenziente.