

## OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Marzo 2012

**Processo amministrativo. Giurisdizione esclusiva. Giudicato amministrativo.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2012, n. 1265 - Pres. Cirillo, Est. Simonetti**

*Qualora la domanda abbia ad oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo, la pronuncia giurisdizionale di accoglimento del ricorso copre il dedotto ed il deducibile restando in tal modo precluso all'amministrazione la possibilità di adottare un nuovo provvedimento di diniego al fine di far valere ulteriori ragioni ostantive all'accoglimento dell'istanza, non tempestivamente dedotte con l'originario provvedimento impugnato.*

[Link al testo sentenza](#)

Principio di diritto espresso nell'ambito di un contenzioso in cui il ricorrente, agente della Polizia di Stato, ha contestato il mancato accoglimento dell'istanza volta all'ottenimento dell'indennità di cui alla l. n. 100/87 prevista nei casi di trasferimento di autorità della sede di servizio.

Accertata dal TAR l'infondatezza del motivo ostantivo opposto dall'amministrazione, il ricorrente sollecitava l'esecuzione del decisum giurisdizionale ma si vedeva opporre un ulteriore diniego fondato su due nuovi motivi reputati ostantivi.

Esperito il rimedio dell'ottemperanza avverso il nuovo diniego sul presupposto del carattere violativo del giudicato, il TAR accoglieva il ricorso precisando che il giudicato di annullamento doveva ritenersi idoneo a coprire il dedotto ed il deducibile vertendosi in materia di accertamento di diritti soggettivi, con conseguente preclusione per l'amministrazione della possibilità di dedurre ulteriori fatti impeditivi alla pretesa azionata.

La III Sezione del Consiglio di Stato con la massima in rassegna ha confermato tale orientamento precisando che nella giurisdizione su diritti soggettivi non vale la regola generale secondo cui l'annullamento giurisdizionale farebbe comunque e sempre salvi i successivi atti discrezionali dell'amministrazione e ciò a fortiori se si considera che anche nel campo degli interessi legittimi, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (nel quale è significativo che non sia stato riproposto, per le sentenze di accoglimento, l'inciso "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa" di cui all'art. 26, comma 2, legge Tar), si assiste ad un generale ripensamento del sistema a beneficio di una tutela piena ed effettiva che, ove possibile, accerti da subito la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, come precisato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 3 del 2011.

**Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Scioglimento consiglio comunale.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266 - Pres. Cirillo, Est. Puliatti**

*L'applicazione dell'istituto di cui all'art. 143, d. lg. n. 18 agosto 2000, n. 267 ricorre nelle ipotesi in cui l'andamento generale della vita amministrativa di un ente locale subisce influenze da un*

*ipotizzato condizionamento mafioso, potendo di conseguenza l'indagine riguardare, oltre che scelte strettamente di governo, anche specifiche attività di gestione.*

*Al fine dell'adozione della misura in esame sono sufficienti circostanze che presentino un grado di significatività e di concludenza di livello inferiore rispetto a quelle che legittimano l'azione penale o l'adozione di misure di sicurezza nei confronti degli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o analoghe.*

*Inoltre, è sufficiente che gli elementi considerati nel loro complesso siano rivelatori di collegamento diretto o indiretto degli amministratori con la criminalità organizzata, a prescindere dalla prova rigorosa dell'effettivo condizionamento esercitato nel procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi.*

[Link al testo sentenza](#)

Si è trattato dello scioglimento del Consiglio comunale di un comune calabrese per condizionamento mafioso sulla base di un quadro indiziario, emergente dalle risultanze istruttorie acquisite dalla Prefettura, il quale descriveva una gestione quasi "familiare" dell'Amministrazione con riguardo allo svolgimento delle elezioni amministrative (svoltesi senza competizione alcuna, perché ben due liste avversarie, proprio l'ultimo giorno utile per la presentazione, si erano ritirate), agli affidamenti degli appalti (in favore di parenti dei consiglieri e del sindaco) alla localizzazione di un porto turistico, la cui modifica era stata avviata - subito dopo le elezioni - dal Sindaco eletto, allo scopo, reputato altamente probabile, di favorire gli interessi economici del nipote.

## **Pubblico impiego. Permessi e trasferimenti legge n. 104/92**

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 7 marzo 2012, n. 1293 - Pres. Lignani, Est. Stelo**

*La P.A., nell'esame delle richieste di trasferimento nella sede più vicina al luogo di residenza del familiare bisognevole di assistenza ai sensi della l. n. 104/92 e successive modificazioni, è tenuta, a prescindere dall'esclusività e dalla continuità dell'assistenza, caso per caso ad accertare l'oggettiva necessità di tale assistenza da parte di un familiare ed a valutare le indefettibili esigenze organizzative e funzionali connesse al servizio in atto prestato dal richiedente, e, quindi, in caso di rigetto dell'istanza, a esplicitare la motivazione alla luce dei suddetti parametri*

[Link al testo sentenza](#)

Oggetto del contenzioso è la corretta attuazione della normativa in materia di permessi e trasferimenti a favore di dipendenti, pubblici o privati, che intendono assistere un familiare portatore di handicap, e specificatamente dell'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 come modificato dall'art. 19 della legge 8 marzo 2000, n. 53 e poi, in particolare, dall'art. 24, comma 1, lett. b, della legge 4 novembre 2010, n. 183.

Proprio alla luce delle modifiche normative intervenute e soprattutto di quelle più recenti, da ritenersi implicitamente retroattive, può affermarsi, sul piano generale, che, per usufruire del diritto al trasferimento nella sede più vicina alla residenza del familiare da assistere, il dipendente deve dare prova, con dati ed elementi oggettivi, della necessità di dover prestare assistenza al familiare disabile e che nessun altro familiare sia in grado o possa assicurare tale assistenza, e la P.A., al fine di non vanificare la tutela offerta dal legislatore ai soggetti portatori di handicap e al contempo di non prestarsi a eventuali abusi, è tenuta ad effettuare una rigorosa, oggettiva, chiara e concreta istruttoria predisponendo tutti gli accertamenti necessari anche ai fini delle irrinunciabili esigenze

organizzative e funzionali dell'Amministrazione, non potendosi al riguardo integrare successivamente il provvedimento già impugnato.

Nella fattispecie, il Ministero dell'Interno, non ricorrendo in concreto l'insussistenza di alcuni presupposti o la non veridicità delle ragioni indicate, non ha fatto cenno per nulla a eventuali motivate, concrete e prevalenti ragioni di servizio (cfr. ancora Cons. St., III, n. 5725/2011), e nessun riferimento è stato esplicitato in ordine alle indefettibili esigenze organizzative e funzionali connesse al servizio da svolgere presso la sede attuale, conseguentemente il diniego è stato ritenuto illegittimo.

## **Pubblico impiego. Sanitari. Trattamento economico e indennità.**

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1408, - Pres. Cirillo Est. Puliatti**

*La pretesa alla retribuzione delle mansioni superiori ha natura di diritto soggettivo, trattandosi del corrispettivo corrispondente alle mansioni svolte, la cui disciplina è posta da norme di legge, contratti collettivi e anche direttamente, per taluni fondamentali profili di principio, dalla Costituzione.*

*La tutela in giudizio dei diritti soggettivi, anche innanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non è soggetta a termine decadenziale, ma all'ordinario termine prescrizione e prescinde dall'impugnazione dell'atto con cui l'Amministrazione nell'attribuire formalmente l'incarico ha escluso modifiche del trattamento economico.*

[Link al testo sentenza](#)

#### **Il caso**

Il ricorrente, inquadrato come assistente medico a tempo pieno presso una USL, ha in realtà ricoperto a lungo l'incarico di direzione del servizio di igiene pubblica, anche se con specificazione del carattere temporaneo dell'incarico.

Con la modifica della pianta organica provvisoria il ricorrente ha ricoperto il posto di dirigente sanitario del servizio di igiene, fino a quando l'incarico è stato coperto mediante trasferimento di un dirigente sanitario.

Dopo aver chiesto inutilmente il riconoscimento delle funzioni superiori, è divenuto in seguito dirigente del servizio per concorso.

Successivamente, ha chiesto la retribuzione delle mansioni superiori, quanto meno a decorrere dalla data di vacanza effettiva del posto, con trattamento previdenziale e rivalutazione monetaria.

L'Amministrazione ha negato le pretese retributive sul presupposto dell'acquiescenza prestata dal ricorrente alle condizioni inserite nei provvedimenti di incarico temporaneo.

Tale provvedimento è stato impugnato dinanzi al TAR Emilia Romagna che ha dichiarato inammissibile il ricorso per tardività. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza.

#### **La decisione.**

La sentenza del TAR appellata aveva dichiarato inammissibile il ricorso per tardività, non essendo stata impugnata tempestivamente la delibera di incarico, attributiva delle mansioni superiori, che espressamente dichiarava non spettante il maggior trattamento economico, e la successiva delibera dell'Amministratore straordinario della USL, che rigettava la richiesta avanzata in via amministrativa.

La tutela in giudizio dei diritti soggettivi, anche innanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, invece, afferma la Sezione, non è soggetta a termine decadenziale, ma all'ordinario termine prescrizione.

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Commissione di gara**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409 - Pres. Cirillo, Est. Puliatti**

*L'articolo 84, comma 12, del d. lgs. n. 163/06 il quale prevede che "in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione" contiene un'enunciazione di principio, posta a presidio della celerità e del buon andamento dell'Amministrazione, e sottintende che nell'ipotesi di rinnovazione dell'intera gara la conoscenza degli atti e delle operazioni già effettuate possa giovare alla celere rinnovazione del procedimento, semprechè ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità, valore altrettanto preminente negli affidamenti pubblici.*

*La norma, pertanto, va interpretata nel senso che non è esclusa la possibilità di nominare una nuova Commissione se garanzia di maggiore serenità di giudizio.*

[Link al testo sentenza](#)

Nell'ipotesi in esame, l'annullamento parziale dell'aggiudicazione, con una precedente sentenza, solo per quanto riguardava l'attribuzione di un singolo punteggio, era stato determinato dalla necessità di "un'indagine più approfondita e una motivazione meno superficiale" con riguardo all'applicazione di un sub-criterio di valutazione delle offerte, e su tale esito aveva anche influito la circostanza che si era verificata in seno alla precedente Commissione la spaccatura tra membri interni e membri esterni (cfr. pag. 10 sentenza n. 452/2011). Riconvocare la medesima Commissione avrebbe, dunque, comportato il rischio di rinnovare anche il contrasto interno alla Commissione ed il rischio di condizionamenti preconetti di giudizio. Inoltre, la stessa sentenza che aveva in precedenza annullato l'aggiudicazione conteneva il suggerimento all'Amministrazione di comporre una nuova Commissione.

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Commissione di gara.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 14 marzo 2012, n. 1428 - Pres. Cirillo, Est. Cacace**

*L'impresa che avendo partecipato ad una gara di appalto non ne sia stata esclusa, ha interesse all'accertamento in giudizio dei vizi dalla stessa dedotti anche quando si tratti di censure che ove accolte siano idonee a restituire la mera chance di aggiudicazione in caso di riedizione della gara. Nell'ipotesi in cui il ricorrente agisca a tutela del proprio interesse strumentale all'integrale rifacimento della gara, il ricorso non deve necessariamente essere notificato, oltre che all'aggiudicatario, anche ai concorrenti che lo precedono in graduatoria essendo questi ultimi titolari di analogo interesse al rinnovo della gara e non controinteressati.*

*Ai fini del decorso del termine di impugnazione della aggiudicazione di un appalto è necessario che la stazione appaltante comunichi ai partecipanti, unitamente all'esito della gara, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, eventualmente tramite l'invio dei verbali di gara, come previsto dall'art. 79, comma 2, lett. c) del d. lgs. n. 163/06.*

*Ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/06 la previsione nel bando di gara di sub criteri deve necessariamente accompagnarsi alla previsione di sub punteggi che non possono essere successivamente attribuiti dalla commissione di gara in via di integrazione della lex specialis senza impedire ai concorrenti di presentare offerte consapevoli.*

[Link al testo sentenza](#)

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta anomala. Aggiudicazione**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467 - Pres. Cirillo, Est. Neri**

*L'orientamento giurisprudenziale che nel caso di positiva valutazione di congruità dell'offerta sospettata di anomalia ritiene sufficiente la motivazione per relationem, non esclude che vada comunque garantita la possibilità ai soggetti interessati di ricostruire l'iter logico-giuridico seguito dalla stazione appaltante per l'adozione del provvedimento. Il richiamo alle giustificazioni fornite dall'operatore economico può essere utilmente effettuato per spiegare le ragioni della valutazione positiva di congruità; tuttavia tale facilitazione non esonera la stazione appaltante dall'obbligo di mettere la parte interessata in condizione di apprezzare l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione.*

*In presenza di giustificazioni fornite dall'operatore economico e di una relazione negativa da parte del RUP sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve motivare in modo approfondito il giudizio positivo di congruità perché:*

*a) la motivazione in generale deve avere un'ampiezza maggiore o minore a seconda delle acquisizioni istruttorie e, in ogni caso, deve fare comprendere il percorso logico-giuridico compiuto dall'amministrazione;*

*b) il richiamo per relationem può anche assolvere all'obbligo di motivazione, nel caso di decisione di congruità, ma non per questo esime l'amministrazione da una valutazione complessiva di tutto ciò che è emerso nella fase istruttoria del procedimento;*

*c) deve trovare applicazione l'articolo 6, comma 1, lett. e) l. 7 agosto 1990 n. 241 a tenore del quale "l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale" anche perché, ragionando diversamente, il concorrente non verrebbe posto in condizione di capire la ragione per cui la stazione appaltante abbia valutato positivamente le giustificazioni prodotte dall'offerente e negativamente le valutazioni espresse dal RUP.*

[Link al testo sentenza](#)

### **Il caso**

In una gara d'appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice, formata la graduatoria finale, suggeriva alla stazione appaltante di avviare la procedura discrezionale di verifica dell'offerta, ai sensi dell'articolo 86, comma 3, d.lgs. n. 163/2006. A seguito della presentazione delle giustificazioni fornite dal raggruppamento aggiudicatario, il RUP rimetteva al dirigente una relazione nella quale evidenziava diversi aspetti critici dell'offerta sottoposta a valutazione di congruità; tuttavia il direttore generale, dopo aver richiamato le giustificazioni fornite dal raggruppamento, decretava l'approvazione della graduatoria e l'aggiudicazione senza motivare in ordine alla congruità dell'offerta sottoposta a verifica e ai rilievi proposti dal RUP.

### **La decisione**

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del TAR che aveva annullato gli atti di gara anche sotto il profilo della mancanza della motivazione. Per il giudice di appello il richiamo per relationem può anche assolvere all'obbligo di motivazione, nel caso di decisione positiva di congruità, ma non per questo l'amministrazione è esonerata dal compiere una valutazione complessiva di tutto ciò che è emerso nella fase istruttoria del procedimento.

Con particolare riferimento ai rapporti tra RUP e dirigente, nel caso in cui il primo abbia evidenziato aspetti di criticità delle giustificazioni fornite, la sentenza ritiene che debba trovare

applicazione l'articolo 6, comma 1, lett. e) l. n. 241/90 a tenore del quale "l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale" anche perché, ragionando diversamente, il concorrente non verrebbe posto in condizione di capire la ragione per cui la stazione appaltante abbia valutato positivamente le giustificazioni e negativamente le valutazioni espresse dal RUP.

## **Contratti pubblici nei settori ordinari. Requisiti di partecipazione e di qualificazione.**

### **Requisiti di ordine generale.**

### **Contratti pubblici nei settori ordinari. Tassatività delle cause di esclusione.**

## **Consiglio di Stato, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471 - Pres. Cirillo, Est. Neri**

*L'articolo 38 Codice Contratti va interpretato nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere rilevanza alcuna l'eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri.*

*Il riferimento ai poteri sostanziali può essere compiuto, non già per restringere il novero dei soggetti chiamati a rendere la dichiarazione ma, al contrario, per ampliarlo anche a coloro che, pur non rivestendo formalmente la carica di amministratore, sono investiti di sostanziali poteri di rappresentanza.*

*La tesi del falso innocuo non può trovare applicazione nella specifica materia degli appalti pubblici perché le categorie del falso grossolano (quello immediatamente riconoscibile e tale da non poter trarre in inganno nessuno), inutile (quella falsità documentale che è irrilevante ai fini del decidere) e innocuo sono state elaborate nel diverso contesto del diritto penale per accertare, ai sensi degli articoli 13 e 27 Cost. nonché dell'articolo 49 c.p., in concreto l'esistenza dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma penale.*

*Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni è un valore da perseguire perché consente – anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità – la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma a prescindere dal fatto che l'impresa meriti 'sostanzialmente' di partecipare alla gara. Anche le S.U. penali hanno affermato la rilevanza penale del falso compiuto da chi si trova effettivamente nelle condizioni per accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato perché bisogna avere riguardo alla funzione che l'atto svolge per l'ordinamento giuridico, funzione che è quella di porre subito nelle condizioni il decidente di ammettere o meno al gratuito patrocinio.(1)*

*Il c.d. potere di soccorso deve ritenersi esercitabile quando le prescrizioni formali siano state formulate in modo impreciso ed equivoco e non in presenza di una chiara previsione di legge. Le modifiche di recente introdotte dall'articolo 4 d.l. n. 70/11 all'articolo 46 Codice Contratti rendono esplicito l'intento di ampliare il campo di operatività del "soccorso" e riducono le ipotesi di esclusione dalla gara; tuttavia, non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in un'alterazione della regola della par condicio.(2)*

*Anche dopo la riforma del 2011 va decisa l'esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all'obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice Appalti dovendosi intendere la norma nel senso che l'esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la prevedano espressamente sia nell'ipotesi in cui la legge imponga*

*“adempimenti doverosi” o introduca, come nel caso di specie, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l’esclusione.*

[Link al testo sentenza](#)

1 Cass. S.U. penali, 27 novembre 2008 n. 6591.

2 Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78.

#### **Il caso**

Nella gara indetta per l’affidamento del servizio di pulizia veniva impugnata l’aggiudicazione definitiva disposta in favore di un RTI; l’aggiudicatario resisteva in giudizio avanzando, a sua volta, ricorso incidentale.

Il TAR, esaminati gli atti, accoglieva il ricorso incidentale presentato dal raggruppamento controinteressato rilevando l’incompletezza delle dichiarazioni ex articolo 38 effettuate dalla società ricorrente in via principale e, in particolare, la mancanza delle prescritte dichiarazioni con riferimento ad uno degli amministratori muniti di poteri rappresentativi; il giudice di primo grado conseguentemente dichiarava inammissibile il ricorso principale.

#### **La decisione**

Nel giudizio di secondo grado, appurato che la dichiarazione ex articolo 38 non era stata resa con riferimento ad uno degli amministratori muniti di potere di rappresentanza, il Consiglio di Stato ha respinto l’appello.

Per la decisione in commento l’articolo 38 del Codice dei Contratti va interpretato nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione de qua, senza che possa avere rilevanza alcuna l’eventuale ripartizione interna di compiti e deleghe, mentre solo per altri soggetti, quali procuratori o institori, può porsi il problema della verifica in concreto del possesso di siffatti poteri.

La sentenza di appello esclude inoltre che nelle gare di appalto possa avere una qualche rilevanza la tesi – elaborata nel diritto penale e che ha trovato riscontro nella giurisprudenza amministrativa – del falso innocuo evidenziando l’importanza della dichiarazione ex articolo 38 del Codice dei Contratti e la necessità per l’amministrazione di poter fare affidamento su questa nel momento in cui decide l’ammissione dell’operatore alla gara.

La sentenza inoltre prende posizione sull’effettivo ambito di applicazione dell’articolo 46 (dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 70/11) stabilendo che va comminata l’esclusione del partecipante che non abbia adempiuto all’obbligo di legge di rendere le dovute dichiarazioni ex articolo 38 Codice dei Contratti dovendosi intendere la norma nel senso che l’esclusione dalla gara può essere disposta sia nel caso in cui la legge o il regolamento la prevedano espressamente sia nell’ipotesi in cui la legge imponga “adempimenti doverosi” o introduca, come nel caso di specie, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l’esclusione.

### **Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Collaboratori di giustizia.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 22 marzo 2012 n. 1685 - Pres. Cirillo, Est. Stelo**

*È illegittima la cessazione delle misure speciali di protezione a favore dei collaboratori di giustizia e dei familiari ex l. n. 82/91 disposta solamente per violazioni asseritamente gravi del codice comportamentale, essendo invece l’Amministrazione tenuta a una valutazione complessiva della rilevanza e della qualità della collaborazione già fornita ed anche in prospettiva, della fase e del grado in cui si trovano i procedimenti penali ai quali ha partecipato il collaboratore, dell’attualità e gravità del pericolo per l’incolumità sua e dei familiari*

[Link al testo sentenza](#)

La sentenza si incentra sui presupposti e sui contenuti sostanziali posti a sostegno delle speciali misure di protezione disposte a favore dei collaboratori di giustizia e dei familiari ai sensi dell'art. 10 l. n. 82/91, e quindi sulla valenza, autonoma o congiunta, ai fini della cessazione o meno di quelle misure, delle violazioni del codice comportamentale, dell'attualità e gravità del pericolo per la loro incolumità, dell'apporto collaborativo prestato o ancora in atto e della conseguente permanenza di impegni giudiziari.

La decisione richiama anche l'orientamento assunto dal Consiglio con sentenze, fra le altre, della VI Sezione n. 6548/2009 e n. 1955/2010, che hanno ricostruito il relativo contesto normativo di cui alla legge n. 82/91, in particolare per quanto concerne l'istituto della revoca di quelle misure e del programma speciale di protezione.

Invero l'art. 13 quater, comma 2, della l. n. 82/91, nel caso di inadempimento di obblighi di osservanza e collaborazione in relazione alle norme di sicurezza, usa l'espressione "costituiscono fatti valutabili ai fini della revoca o della modifica delle speciali misure di protezione" e indica, nel prosieguo, gli elementi di siffatta valutazione.

La cessazione delle misure protettive costituisce pertanto l'eccezione dovendosi valutare il tempo trascorso dall'inizio della collaborazione, la fase e il grado in cui si trovano i procedimenti penali nei quali le dichiarazioni sono state rese e le situazioni di pericolo connesse allo spessore delle condotte di collaborazione o della rilevanza e qualità delle dichiarazioni rese nonché delle caratteristiche della possibile reazione e forza di intimidazione del gruppo criminale in relazione al quale la collaborazione o le dichiarazioni sono rese.

L'Amministrazione ha quindi l'onere di comparare detta collaborazione con il perdurante interesse dello Stato stesso ad utilizzare la collaborazione e con la attualità e gravità del pericolo di vita, per cui l'omissione di tale valutazione dà luogo ai vizi di deficit motivazionale, difetto di istruttoria ed errore di diritto del provvedimento impugnato.

## **Processo amministrativo. Notificazioni e comunicazioni.**

### **Consiglio di Stato, Sez. III, Ordinanza 31 marzo 2012 n. 1928 - Pres. Lignani, Est. Spiezia**

*A fronte dell'espressa richiesta dell'appellante di rendere più agevole l'integrazione del contraddittorio attraverso la notifica per pubblici proclami, è possibile obbligare le amministrazioni appellate a cooperare attraverso la pubblicazione sul sito ufficiale degli estremi dell'appello, onde consentire la partecipazione al processo delle imprese televisive interessate al piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento.*

L'ordinanza, cui va aggiunta la ordinanza n. 1933/2012 dello stesso tenore ed emanata in pari data, ha introdotto nel nostro ordinamento, nell'ambito di un notevole contenzioso riguardante le varie imprese interessate al piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre (in chiaro e a pagamento), l'importante principio di utilizzare, nella notificazione per pubblici proclami, meccanismi più moderni ed efficaci, quale la pubblicazione sul sito ufficiale delle amministrazioni appellate - nel caso di specie l'Autorità di garanzia delle comunicazioni e il Ministero dell'industria - degli estremi dell'appello di cui è dato avviso nella G. U., da comunicare in caso di richiesta attraverso il meccanismo della posta certificata.

In tal modo si ottiene il duplice effetto positivo di rendere più agevole per l'appellante l'integrazione del contraddittorio e, al tempo stesso, più sicura la percezione da parte delle imprese interessate del contenzioso in atto.



## **Polizia di stato. Procedimento disciplinare.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 31 marzo 2012, n. 1917 - Pres. Lignani, Est. Puliatti**

*L'autonomia della pubblica amministrazione, nel procedimento disciplinare, rispetto al giudicato penale è salvaguardata anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione, pur affermando di non potersi discostare da quanto definito con la sentenza penale, di fatto non ha mancato di fornire una propria valutazione in ordine alla rilevanza disciplinare del comportamento tenuto dal ricorrente, anche solo rinviando alla motivazione della sentenza ex art. 444 c.p.p., nella quale si afferma "l'insussistenza delle condizioni che consentono il proscioglimento ex art. 129 c.p.p. - ostandovi le inequivoche risultanze istruttorie ed in particolare gli esiti delle intercettazioni telefoniche, i servizi di osservazione diretta e ogni altra circostanza indicata nell'ordinanza di custodia cautelare".*

[Link al testo sentenza](#)

### **Il caso**

Il ricorrente, destituito dalla Polizia di Stato per fatti risultanti da una sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, ha lamentato la violazione del principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale.

### **La decisione.**

A prescindere dalla natura e dal contenuto della sentenza adottata ex art. 444 c.p.p., il collegio ha aderito all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui è possibile utilizzare le risultanze della vicenda penale e dare per assodati i fatti illeciti contemplati in detta sentenza (cfr. Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2009, n. 4999); cionondimeno sussiste la valutazione autonoma della rilevanza disciplinare del fatto come penalmente definito, ancorché la motivazione sia espressa nel richiamo alle risultanze dell'istruttoria compiuta in sede penale

## **Pubblico impiego. Sanitari. Trattamento economico e indennità.**

**Consiglio di Stato, Sez. III, 31 marzo 2012, n. 1918 - Pres. Lignani, Est. Puliatti**

*L'obbligo della retribuzione delle mansioni svolte dall'aiuto ospedaliero sul posto vacante e disponibile di primario, in caso di assenza del titolare, con conseguente stabile esplicazione di una mansione superiore a quella della posizione rivestita, non incontra il limite dei sei mesi previsto dall'art. 121, comma 7, DPR 28 novembre 1990, n. 384, posto che quest'ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'Amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto. Rimane fermo, invece, che nessuna retribuzione differenziale spetta per i primi sessanta giorni nell'anno solare, per i quali la sostituzione rientra nei normali obblighi di servizio, come dispone l'art. 121, comma 6, del DPR n. 384/1990.*

[Link al testo sentenza](#)

### **Il caso**

Il ricorrente, aiuto corresponsabile - dirigente medico di I livello, ha svolto per oltre tre anni le funzioni di primario, per vacanza creatasi a seguito del collocamento a riposo del precedente titolare.

Non avendo l'amministrazione accolto la richiesta di trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori svolte, tale diniego veniva impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

Il Tar riconosceva il diritto del ricorrente al trattamento economico corrispondente alle mansioni svolte esclusivamente per i primi sei mesi.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso proposto nei confronti della pronuncia di primo grado.

**La decisione.**

La sentenza afferma principi consolidati in tema di retribuzione delle funzioni primariali svolte anche in assenza di incarico formale, su posto vacante per pensionamento del precedente titolare, irrilevante essendo il difetto di un formale atto di incarico, dal momento che la funzione primariale è indefettibile e l'obbligo di sostituzione, in capo all'aiuto anziano, deriva direttamente dall'art. 7, comma 5, del DPR 27 marzo 1969, n. 128 (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4521 e 19 gennaio 2005, n. 89).

Specifica la sentenza, richiamando i precedenti del Consiglio Stato, sez. V, 14 aprile 2009, n. 2292; 20 maggio 2010, n. 3192; 29 marzo 2010, n. 1787, che mentre spetta al dipendente la retribuzione corrispondente alle mansioni svolte oltre il limite dei sei mesi, il pagamento degli importi per periodi maggiori ai sei mesi, di cui al richiamato art. 121 DPR 384/1990, potrebbe integrare un danno erariale.