

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA V SEZ. DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Dicembre 2012

Processo amministrativo. Onere della prova. Oneri di allegazione.

Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2012, n. 6161 - Pres., Est. Baccarini

Il principio secondo cui il lavoratore che, per il fatto di essere stato adibito ad attività lavorativa anche nel giorno destinato al riposo settimanale (senza aver goduto di alcun riposo compensativo) chiede il risarcimento del danno non patrimoniale per usura psicofisica, ovvero per la lesione del diritto alla salute o biologico o del diritto alla libera esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana, e al tal fine è tenuto, comunque, ad allegare e provare in termini reali, sia nell'anche nel quantum, il pregiudizio del suo diritto fondamentale, nei suoi caratteri naturalistici nonché nella sua dipendenza causale dalla violazione dei diritti patrimoniali di cui all'art. 36 Cost., va rimeditato sotto due profili: la tipologia del danno risarcibile e la prova.

Nel caso di prestazione lavorativa nel "settimo giorno", possono discendere due specie diverse di conseguenze: il danno da usura psico-fisica, di tipo esistenziale, legato alla accresciuta penosità del lavoro in assenza delle pause di riposo garantite dall'art. 36, comma 3, Cost. e il danno alla salute o biologico, che si concretizza in una infermità del lavoratore

La prova per presunzioni semplici vale a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ne è onerato, trasferendo sulla controparte l'onere della prova contraria, con la precisazione che una volta che la presunzione semplice si sia formata e sia stata rilevata, essa ha la medesima efficacia che deve riconoscersi alla presunzione legale iuris tantum, in quanto l'una e l'altra trasferiscono a colui contro il quale esse depongono l'onere della prova contraria; pertanto, attraverso il ricorso alle presunzioni il giudice può sopperire alla carenza di prova, ma non anche al mancato esercizio dell'onere di allegazione, concernente sia l'oggetto della domanda che le circostanze in fatto su cui la stessa si fonda.

[Link al testo della sentenza](#)

Atto amministrativo. Autotutela. Sospensione.

Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2012, n. 6507 - Pres. Baccarini, Est. Saltelli

Non v'è dubbio che l'Amministrazione non solo può, nell'esercizio del potere di autotutela, di cui è titolare e che trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, postulati dall'art. 97 della Costituzione, rivedere i propri precedenti provvedimenti e ritirarli, allorquando essi siano viziati od inopportuni, ma può altresì medio tempore sospenderne, cautelativamente e temporaneamente, gli effetti, qualora ciò sia necessario proprio per consentire lo svolgimento dell'attività istruttoria e delle verifiche indispensabili per la corretta assunzione della determinazione finale di riesame.

Affinché il potere cautelare dell'amministrazione possa ritenersi correttamente esercitato, come del resto previsto dall'art. 21 quater, comma 2, l. n. 241 del 1990, è indispensabile che sussistano gravi ragioni, cioè circostanze tali da rendere quanto meno inopportuno che un provvedimento emanato, non inficiato da vizi macroscopici o facilmente riconoscibili, continui a svolgere i propri effetti per evitare che questi possano definitivamente alterare e compromettere il substrato fattuale sul quale incide.

Il richiamo ai gravi motivi, che soli possono legittimare la sospensione degli effetti di un provvedimento implica peraltro che il provvedimento di sospensione debba altresì essere adeguato e proporzionato rispetto al fine concreto che con lo stesso l'Amministrazione intende perseguire, con puntuale motivazione al riguardo.

La circostanza che alcuni dipendenti regionali avessero posto in essere comportamenti fraudolenti, attraverso dichiarazioni non veritiere, per conseguire vantaggi economici da una deliberazione dell'Amministrazione, imponeva a quest'ultima di adottare ogni provvedimento utile ad evitare danni all'erario ed alla sua stessa immagine, non potendo invece legittimarsi una generale sospensione dell'efficacia dell'atto di concreto riconoscimento e di liquidazione di quel beneficio nei confronti di tutti i dipendenti destinatari del provvedimento.

[Link al testo sentenza](#)

Pubblico impiego. Trattamento economico e indennità. Risarcimento del danno.

Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6605 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Atzeni

Il compenso relativo allo svolgimento di lavoro straordinario alle dipendenze di un'Amministrazione pubblica è subordinato all'autorizzazione dell'Amministrazione stessa, ai cui competenti organi spetta dunque di valutare la necessità e sostenibilità della relativa spesa.

In assenza di un'autorizzazione preventiva espressa, spetta a chi pretende il relativo pagamento dimostrare l'esistenza dei presupposti per il pagamento, consistenti nell'autorizzazione a sanatoria o nella dimostrazione del verificarsi di una situazione di fatto che ha reso imprescindibile lo svolgimento delle prestazioni straordinarie, in applicazione del principio di cui all'art. 2967 c.c.

Il compenso delle ferie non godute, indipendentemente da una normativa espressa che lo preveda, presuppone che la mancata fruizione non sia determinata dalla volontà unilaterale del lavoratore, e non sia al medesimo imputabile.

Per quanto attiene al diritto al risarcimento del danno da usura psicofisica derivante dal mancato godimento del giorno di riposo, è onere dell'interessato provarne l'effettivo verificarsi e di quantificarlo.

[Link al testo sentenza](#)

Contratti pubblici nei settori ordinari. Operatori economici (A.T.I.).

Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6614 - Pres. Barra Carracciolo, Est. Lotti

ha stabilito che la distinzione tra A.T.I. orizzontali ed A.T.I. verticali oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 37, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara : in linea generale, l'A.T.I. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (od associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza

che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate tra di loro, sicché nell'A.T.I. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili.

Sul piano del regime delle responsabilità, nelle A.T.I. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della Stazione appaltante, mentre nelle A.T.I. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie.

La responsabilità per inadempimento si estende anche agli inadempimenti delle mandanti, sia che l'A.T.I. sia verticale, sia che l'A.T.I. (a maggiore ragione) sia orizzontale.

[Link al testo sentenza](#)

Con riferimento alle A.T.I., vd., di recente, Cons. St., Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22

Processo amministrativo. Azione di condanna. Principi generali.

Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6616 - Pres. Barra Carracciolo, Est. Lotti

Nell'impugnativa di un provvedimento di revoca di autorizzazione commerciale (quindi di un provvedimento incidente su interessi oppositivi), peraltro sospeso in sede cautelare, con conseguente riespansione della sua operatività, l'interessato deve dimostrare, perché gli sia riconosciuta la tutela risarcitoria, di avere subito danni in relazione a quell'arco temporale di efficacia del provvedimento illegittimo, e non può, nel giudizio di appello, pretendere di ricostruire la sua domanda di risarcimento in termini di ritardo nell'emanazione del connesso titolo edilizio. Rispetto alla tutela (anche risarcitoria) di tale posizione soggettiva, infatti, l'ordinamento ha predisposto una diversa e distinta azione giudiziale (ritardo o silenzio ex art. 2 della legge n. 241 del 1990 ed art. 31 c.p.a., nonché azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990).

[Link al testo sentenza](#)

Funzionario onorario. Giurisdizione.

Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2012, n. 6692 - Pres. Branca, Est. Franconiero

L'investitura del funzionario onorario all'organo è la fonte dell'obbligo di esercitare le funzioni ad esso riconducibili e con tale investitura si determina l'inserimento nell'organizzazione amministrativa di un soggetto che, in quanto non parte di un rapporto di impiego con la P.A., non sarebbe obbligato a prestare servizio a favore di quest'ultima.

Con riguardo al funzionario onorario assume rilievo preponderante proprio il rapporto d'ufficio sorto con l'investitura a capo dell'organo, laddove riveste carattere meramente accessorio il coacervo di diritti e doveri tipici del rapporto di servizio alle dipendenze della P.A., che connota invece lo status del personale da essa dipendente.

Gli atti con cui il rapporto di servizio onorario viene costituito, e nalogamente, per esigenze di simmetria e per il principio del contrarius actus, le determinazioni amministrative con cui tale rapporto viene a cessare, ivi compresa la decadenza, hanno natura di provvedimenti

amministrativi, donde la sussistenza delle generale giurisdizione amministrativa di legittimità ai sensi dell'art. 7 c.p.a.

A questo riguardo, non ha pregio il rilievo secondo cui, venendo in rilievo una causa di decadenza fissata da una norma di legge, rispetto alla quale l'atto impugnato ha natura meramente attuativa, ciò che verrebbe con esso leso è il diritto soggettivo ad esercitare i poteri connessi alla titolarità dell'ufficio; piuttosto, va affermato che il carattere vincolato di un atto amministrativo non esclude la giurisdizione amministrativa, quante volte tale vincolo è comunque posto a tutela dell'interesse pubblico.

[Link al testo sentenza](#)