



**Newsletter n. 21/ 2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

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

1. **Cons. Stato, sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072**, sui comportamenti della p.a che costituiscono inottemperanza al giudicato e sulla formazione del silenzio assenso;
2. **Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4933**, natura inderogabile delle previsioni in tema di distanze tra le costruzioni ed esclusione dei titoli per *silentium* in aree paesaggisticamente vincolate;
3. **Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4932**, responsabilità dell'amministrazione e maggiori oneri corrispettivi di acquisizione delle aree PIP;
4. **Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4908**, sulla differenza fra monetizzazione e contributo di costruzione;
5. **Cons. Stato, sez. II, 3 maggio 2023, n. 4481**, alla Corte costituzionale la causa di esclusione dall'arruolamento nel Corpo della Guardia di finanza che prevede anche la guida in stato di ebbrezza costituente reato;
6. **Cons. Stato, sez. VII, 3 maggio 2023, n. 4470**, sui requisiti necessari per la nomina di un avvocato a consigliere del T.r.g.a. di Bolzano;
7. **T.a.r per il Lazio, sez. IV-bis, 10 maggio 2023, n. 7840**, sulla legittimità costituzionale della norma che fissa un punteggio minimo per il superamento delle prove per il reclutamento e l'abilitazione del personale docente nella scuola secondaria;
8. **T.a.r per il Lazio, sez. IV-bis, 10 maggio 2023, n. 7837**, sull'interpretazione dell'art. 1, comma 1037 della l. n. 205 del 2017 relativo alla tutela cautelare

inerente le procedure di assegnazione di diritti d'uso delle frequenze e sulla tutela delle minoranze linguistiche;

9. T.a.r per il Lazio, sez. IV-bis, 8 maggio 2023, n. 7673, mancata dimostrazione dell'effettiva disponibilità dell'area in una procedura per la concessione di finanziamenti PNRR: l'esclusione è legittima

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

(1)

Sui comportamenti della p.a. che costituiscono inottemperanza al giudicato e sulla formazione del silenzio assenso.

[Consiglio di Stato, sezione II, 22 maggio 2023, n. 5072 – Pres. Cirillo, Est. Manzione](#)

L'inottemperanza al giudicato sussiste non solo in caso di totale inerzia della p.a. ma anche quando quest'ultima tenga comportamenti parzialmente esecutivi del giudicato, ovvero solo formalmente tali, che ne costituiscono nella sostanza un'elusione, piuttosto che una violazione; pertanto, deve ritenersi inottemperante il comune che, dopo essere rimasto inerte per anni, riavvia da capo l'istruttoria di un procedimento, senza tenere conto né delle precedenti produzioni documentali, né delle risultanze processuali.

Quando la legge prevede il meccanismo del silenzio assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi – ferma restando la sua annullabilità ai sensi dell'art. 21-novies della l. n. 241 del 1990 - anche se la domanda non è conforme alla legge, atteso che solo un'istanza del tutto estranea al paradigma legale invocato preclude la formazione del titolo; pertanto, la decorrenza del termine entro cui provvedere non può essere procrastinata mediante reiterate richieste istruttorie, né può qualificarsi come adempimento il mero avvio del procedimento, azzerando tutto quanto in

precedenza accaduto, senza individuare un termine finale per la sua definizione.

Non può essere addotta, a giustificazione dell'inerzia nel provvedere, l'impossibilità di accedere agli uffici nel periodo della pandemia, avendo il legislatore individuato moduli organizzativi tali da impedire qualsivoglia interruzione dei servizi, dopo un comprensibile ritardo da adattamento, non foss'altro che per instaurare un dialogo collaborativo con il cittadino, se del caso invitato a collaborare nella ricostruzione del fascicolo.

(2)

Natura inderogabile delle previsioni in tema di distanze tra le costruzioni ed esclusione dei titoli *per silentium* in aree paesaggisticamente vincolate.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 17 maggio 2023, n. 4933 – Pres. Poli, Est. Rotondo](#)

In materia ambientale e paesaggistica non si può procedere per silenzio-assenso, bensì per provvedimenti espliciti.

Nessun titolo edilizio può formarsi *per silentium*, ove sull'area interessata vertano vincoli paesaggistici.

(Nel caso specie, la sezione, nell'accogliere l'appello, riteneva che la parte appellata, non vantando la formazione di un idoneo e legittimo titolo edilizio per *silentium*, non potesse invocare una responsabilità del comune per lesione del legittimo affidamento, da annullamento del permesso di costruire).

L'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 ha natura inderogabile, in quanto norma imperativa volta a predeterminare in via generale le distanze tra le costruzioni, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza.

I limiti fissati nel suddetto decreto integrano il regime delle distanze nelle costruzioni con efficacia precettiva, in quanto perseguono l'interesse pubblico di tutela igienico sanitaria collettiva, e non la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili confinanti alla nuova costruzione.

Trattasi di prescrizioni inderogabili, con conseguente illegittimità delle previsioni urbanistiche comunali, con esse contrastanti, che, perciò solo, sono disapplicate dal giudice, il quale, in omaggio al criterio di gerarchia delle fonti, applica la norma di livello superiore.

La distanza minima è peraltro imposta per qualsiasi forma di nuova costruzione da effettuarsi in tutto il territorio comunale, soggiacente, come tale, sia al regime di nuova costruzione (*stricto sensu*, nuovi edifici; ampliamenti, sopraelevazioni, addizioni volumetriche, superficie), sia al regime ricostruttivo (*lato sensu*, demolizione e ricostruzione, integrale o parziale di edifici, traslazione volumi e area di sedime; modifiche di sagoma, anche a parità di volume, modifiche planivolumetriche).

Le uniche eccezioni sono gli interventi di risanamento conservativo; le ristrutturazioni di edifici situati nelle zone omogenee A (centri e nuclei storici), dove le distanze tra edifici non possono essere inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati preesistenti, computati senza tener conto di costruzioni aggiuntive di epoca recente e prive di valore storico, artistico o ambientale; i gruppi di edifici che formano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con specifiche previsioni planovolumetriche; la particolare deroga prevista per finalità di risparmio energetico (cappotto termico).

L'art. 2-bis del d.P.R. n. 380 del 2001 consente, nel quadro dei principi che informano la potestà legislativa concorrente delle regioni in materia di governo del territorio, la possibilità di prevedere con normazione a livello territoriale, a determinate condizioni, disposizioni derogatorie al d.m. n. 1444 del 1968.

(3)

Responsabilità dell'amministrazione e maggiori oneri corrispettivi di acquisizione delle aree PIP.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 17 maggio 2023, n. 4932 – Pres. Poli, Est. Rotondo](#)

Il prezzo della cessione delle aree destinate ad insediamenti produttivi deve assicurare al comune la copertura di tutte le spese sostenute per l'acquisizione delle aree, ivi comprese quelle riguardanti i giudizi relativi alla determinazione delle indennità di esproprio.

Il comune può agire nei confronti degli assegnatari delle aree produttive, per ottenere il pagamento pro quota dei maggiori oneri derivanti da tale contenzioso, potendo a loro volta gli assegnatari opporre la negligenza dell'ente nella gestione della lite, quale causa dell'insorgenza delle ulteriori spese.

L'art. 35 della legge n. 865 del 1971 (richiamato dalla disciplina relativa ai piani per gli insediamenti produttivi), in omaggio al principio di perfetto pareggio economico dell'operazione espropriativa, declina l'esatta corrispondenza tra i costi effettivamente sostenuti dal comune per l'acquisizione delle aree e il corrispettivo del diritto di superficie, con riferimento all'area oggetto della singola convenzione.

Non si possono, però, far ricadere sui concessionari, con il metodo sproporzionato e irragionevole della spalmatura, i maggiori oneri derivanti da rapporti di contenzioso caratterizzanti altre aree del comparto ancora pendenti.

(Nella fattispecie in esame, la sezione statuisce che i maggiori oneri richiesti dal comune, derivanti dal rapporto di contenzioso all'epoca pendenti, riguardano pro-quota l'area del comparto per il quale era sottoscritta la convenzione urbanistica tra il comune e la società. Ritiene, dunque, che il comune abbia legalmente disposto il conguaglio del corrispettivo per l'acquisizione delle aree per l'edilizia economica e popolare, nel momento in cui l'amministrazione ha avuto piena conoscenza della spesa effettiva derivante dall'acquisizione dell'area, ovvero dal piano di zona nella sua globalità e ripartita pro-quota tra i concessionari in proporzione alla effettiva quantità delle aree singolarmente assegnate).

La pretesa del comune di ripetere dai singoli acquirenti dei suoli PIP maggiori oneri derivanti da contenziosi correlati agli espropri di tali aree è legittima e, perciò solo, non è fonte di responsabilità precontrattuale, atteso

che gli atti di liquidazione delle somme dovute a titolo di conguaglio del corrispettivo per l'acquisizione di tali aree costituiscono determinazioni meramente ricognitivi e contabili e non manifestazione di esercizio del potere, che derivano la propria giustificazione causale dalla medesima fonte dell'obbligazione, il cui recupero non trova, pertanto, nel principio dell'affidamento una ragione di inesigibilità del credito.

La clausola generale di buona fede oggettiva, espressione del generale principio di solidarietà sociale, quale strumento idoneo a condizionare l'esecuzione dell'obbligazione, impone soltanto di tenere in debita considerazione i contrapposti interessi delle parti in relazione alle specifiche circostanze del caso, anche al fine di evitare possibili abusi del diritto.

(4)

Sulla differenza fra monetizzazione e contributo di costruzione.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 17 maggio 2023, n. 4908 – Pres. Poli, Est. Monteferrante](#)

La monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard urbanistici non ha la medesima natura giuridica del contributo di costruzione, atteso che non è una prestazione patrimoniale imposta ai sensi dell'art. 23 Cost.; inoltre, mentre il pagamento degli oneri di urbanizzazione si risolve in un contributo per la realizzazione delle opere stesse, senza che insorga un vincolo di scopo in relazione alla zona in cui è inserita l'area interessata all'imminente trasformazione edilizia, la monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria all'interno della specifica zona di intervento. Pertanto, l'obbligo di corrispondere gli oneri di urbanizzazione non esclude che sia dovuta anche la cessione di aree a standard.

La monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard urbanistici è un beneficio di carattere eccezionale – ammesso da previsioni di legge, di norma a livello regionale ed espressione di una valutazione discrezionale dell'amministrazione comunale – concepito come misura di favore di cui può giovare il richiedente un titolo edilizio che, in base allo strumento

urbanistico, deve, per l'appunto, cedere o reperire nella zona in cui intende realizzare l'intervento costruttivo (o anche solo un mero cambio di destinazione d'uso senza opere) aree per la realizzazione di opere pubbliche (di regola parcheggi e verde pubblico), nel rispetto delle misure e secondo i criteri dettati dal d.m. n. 1444 del 1968.

Senza la monetizzazione il privato è posto di fronte alle seguenti alternative: non realizzare l'intervento; cedere, ove possibile, una parte del proprio immobile al comune; acquistare, in zona, a prezzo di mercato, spazi da destinare a standard.

Ai sensi dell'art. 41-*quinquies* l. n. 1150 del 1942, per nuove costruzioni devono intendersi non solo quelle effettuate su aree libere ma tutte quelle iniziative edilizie che trasformano un preesistente edificio in uno oggettivamente diverso in relazione all'entità ed alla consistenza delle modifiche.

Ogni intervento di trasformazione edilizia comportante un aumento del carico urbanistico è soggetto al rispetto della disciplina di cui al d.m. n. 1444 del 1968; infatti, anche se la disciplina statale di cui al citato decreto ministeriale è espressamente applicabile alla fase di approvazione dei piani regolatori generali nonché a quelli attuativi ed alle loro varianti, tale applicazione va estesa a tutte le ipotesi in cui un determinato intervento sia autorizzato in deroga o ad integrazione delle previsioni contenute nei predetti piani o nei regolamenti edilizi, come avviene non solo nel caso di rilascio dei permessi di costruire in deroga ma anche nel caso di disposizioni di legge che autorizzino interventi di trasformazione edilizia o anche cambi di destinazioni d'uso con incremento di volumi abitabili, che abbiano come conseguenza un incremento del numero di abitanti insediabili, in una determinata zona, modificando conseguentemente il rapporto abitanti/standard previsto dalla pianificazione urbanistica generale: modifica delle previsioni di piano in tal modo operata (in deroga o ex lege) implica infatti il conseguente necessario adeguamento del calcolo degli standard.

(5)

Alla Corte costituzionale la causa di esclusione dall'arruolamento nel Corpo della Guardia di finanza che prevede anche la guida in stato di ebbrezza costituente reato.

[Consiglio di Stato, sezione II, ordinanza 3 maggio 2023, n. 4481 – Pres. Forlenza, Est. Manzione](#)

Sono rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 199 del 1995, nella parte in cui prevede quale causa di esclusione dall'arruolamento nel Corpo della Guardia di finanza anche la guida in stato di ebbrezza costituente reato, con riferimento agli artt. 3 e 51, 4 e 35, 27, comma 3 e 97 della Costituzione.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che la previsione dell'immediata preclusione all'accesso al Corpo della Guardia di finanza in caso di (condanna per il) reato di guida in stato di ebbrezza, contenuta nell'art. 6, lett. i), del d.lgs. n. 199 del 1995, non appare sorretta da una giustificazione razionale, né tiene conto delle specificità sanzionatorie della relativa fattispecie, che privilegia l'accesso al lavoro sostitutivo di pubblica utilità quale modalità di recupero e di reinserimento, premiandone il buon esito con una particolare ipotesi di estinzione del reato. La ragione della preclusione, infatti, non si rinviene né nella specificità dei compiti di istituto di tale forza di polizia, che con riferimento all'attività di polizia giudiziaria in ambito di polizia stradale è per così dire recessiva rispetto alla generalizzata competenza della polizia stradale, a livello nazionale e delle polizie locali, con riferimento al proprio territorio; né nel disvalore assoluto attribuito dal legislatore alla fattispecie, giusta la possibilità della gradazione della sua offensività a prescindere dalle fasce predeterminate che trova espressione nella riconosciuta applicabilità della causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto. Secondo il Consiglio di Stato, la diversità di ruoli e di carriera non consente di superare il dubbio di legittimità costituzionale della disposizione, che ha inteso introdurre una specifica ipotesi di reato

contravvenzionale quale indice ineludibile di censurabilità della condotta a fini assunzionali.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(6)

Sui requisiti necessari per la nomina di un avvocato a consigliere del T.r.g.a. di Bolzano.

[Consiglio di Stato, sezione VII, 3 maggio 2023, n. 4470 – Pres. Lipari, Est. Bruno](#)

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. e) del d.P.R. n. 426 del 1984, il requisito essenziale, ai fini della nomina a consigliere del T.r.g.a. di Bolzano, non è l'iscrizione all'albo degli avvocati ma l'esercizio effettivo e continuativo della professione forense per almeno sette anni associati a detta iscrizione; pertanto, per un avvocato dipendente di un ente pubblico, risulta imprescindibile l'inquadramento dello stesso nell'ufficio legale dell'ente a titolo non precario e con carattere di stabilità, nonché l'esclusività dello svolgimento dell'attività professionale di avvocato espletata unicamente nell'interesse dell'ente medesimo.

(7)

Sulla legittimità costituzionale della norma che fissa un punteggio minimo per il superamento delle prove per il reclutamento e l'abilitazione del personale docente nella scuola secondaria.

[T.a.r. per il Lazio, sezione IV-bis, 10 maggio 2023, n. 7840 – Pres. Biancofiore, Est. Andolfi](#)

Il legislatore, nell'indicare i requisiti di superamento, così come di accesso a un concorso, è dotato di ampia discrezionalità che può esercitare nei limiti della ragionevolezza e logicità delle scelte effettuate. Nel caso di specie, in considerazione dell'elevato numero di posti messi a concorso e del carattere diffuso della procedura, è necessario svolgere un contemperamento tra una

pluralità di interessi, tra i quali, a titolo esemplificativo: le esigenze delle istituzioni scolastiche ad avere un numero adeguato di docenti rapportati alla richiesta di offerta formativa; il mantenere elevato il livello di preparazione dei docenti che superano la procedura concorsuale; l'evitare la formazione di nuovo precariato e ridurre o rimuovere quello storico. Nel contemperamento delle varie esigenze appare razionale e logica la determinazione nell'art. 1, comma 10 del d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, conv. in l. 20 dicembre 2019, n. 159 di un punteggio minimo superiore alla sufficienza. Non emerge, d'altro canto, un contrasto tra la disciplina europea e la normativa nazionale sul tema, posto che la disciplina dei titoli abilitanti rimane di competenza dell'ordinamento nazionale e posto che i requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività di insegnante e la loro subordinazione al superamento di una prova concorsuale non appaiono contrastare con puntuali disposizioni di diritto europeo. I sistemi generali di riconoscimento intraeuropeo dei diplomi non regolano le procedure di selezione e reclutamento, limitandosi al più a imporre il riconoscimento delle qualifiche ottenute in uno Stato membro per consentire agli interessati di candidarsi ad un posto di lavoro in un altro Stato, nel rispetto delle procedure di selezione e di reclutamento vigenti.

(8)

Sull'interpretazione dell'art. 1, comma 1037 della l. n. 205 del 2017 relativo alla tutela cautelare inerente le procedure di assegnazione di diritti d'uso delle frequenze e sulla tutela delle minoranze linguistiche.

[T.a.r. per il Lazio, sezione IV-bis, 10 maggio 2023, n. 7837 – Pres. Biancofiore, Est. De Gennaro](#)

L'art. 1, comma 1037 della l. n. 205 del 2017 - di natura eccezionale nella parte in cui limita i poteri caducatori e reintegratori del giudice amministrativo a fronte di un'illegittimità accertata di un atto della pubblica amministrazione - deve essere oggetto di un'interpretazione adeguatrice e restrittiva. Nell'ordinamento nazionale infatti tale disposizione, incidendo sulla pienezza della tutela accordata ai diritti e agli interessi legittimi dalla Costituzione (art. 24 e 117), deve essere letta nell'ottica di un necessario

bilanciamento tra interesse dichiarato e tutelato (“la sollecita liberazione delle frequenze”) e il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Non è conforme ai principi di tutela delle minoranze un bando per la formazione delle graduatorie dei fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale che non prevede alcuna forma di tutela, riserva o priorità ai fornitori che rappresentino una minoranza linguistica tutelata per legge.

(9)

Mancata dimostrazione dell’effettiva disponibilità dell’area in una procedura per la concessione di finanziamenti PNRR: l’esclusione è legittima.

[T.a.r. per il Lazio, sezione IV-bis, 8 maggio 2023, n. 7673 – Pres. Biancofiore, Est. Andolfi](#)

L’incertezza assoluta sulla effettiva disponibilità del terreno su cui avrebbe dovuto essere realizzata l’opera da parte di un comune impedisce l’ammissione della domanda alla fase concertativo negoziale. Tale fase presuppone, infatti, come previsto espressamente dall’avviso pubblico, la piena disponibilità dell’area e del terreno sul quale dovrebbe essere realizzato il progetto. La valutazione sull’ammissibilità, sotto tale profilo, della domanda deve essere necessariamente eseguita prima dell’avvio della fase concertativo negoziale, per esigenze oggettive di certezza nella conduzione del procedimento amministrativo e tenuto conto della necessità di rispettare il cronoprogramma prestabilito, nell’ambito del PNRR, per l’esecuzione dei lavori oggetto di finanziamento.