

**Newsletter n. 43/2023 della Giustizia amministrativa**

**a cura dell’Ufficio del massimario**

|  |
| --- |
| **Indice**  **Corte di cassazione, sezioni unite civili**   1. **Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559, eccesso di potere giurisdizionale e legittimazione ad intervenire in giudizio degli enti associativi.**   **Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali**   1. **Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2023, n. 9897, utilizzo dell’*ayahuasca* nel culto del “Santo Daime”: comparazione dell’interesse religioso con il diritto alla salute;** 2. **Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9876, sulla necessità di presentare l’istanza di fissazione dell’udienza entro un termine perentorio, in caso di sospensione impropria del processo;** 3. **Cons. Stato, sez. VII, 16 novembre 2023, n. 9843, concessioni di gioco: caratteri qualificanti ed interesse transfrontaliero;** 4. **Cons. Stato, sez. II, 15 novembre 2023, n. 9799, fiscalizzazione dell’abuso edilizio ed edilizia residenziale pubblica;** 5. **Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9795, alla Corte costituzionale la norma sul trasferimento temporaneo per esigenze familiari;** 6. **T.r.g.a. Trento, 22 novembre 2023, n. 189, sulla possibile illegittimità costituzionale della legge provinciale che consente la sanatoria prescindendo dalla cd. doppia conformità;** 7. **T.a.r. per il Lazio, sez. IV, 14 novembre 2023, n. 16995, la mancata conclusione della procedura di finanza di progetto può configurare un illecito permanente, ma non responsabilità da contatto;** 8. **T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 13 novembre 2023, n. 3393, caratteristiche del dissenso nella conferenza di servizi c.d. asincrona (con particolare riguardo alla disciplina regionale siciliana).**   **Consiglio di Stato – Pareri**   1. **Cons. Stato, sez. I, parere 24 ottobre 2023, n. 1344, sull’impugnativa del giudizio di avanzamento a scelta degli ufficiali.**   **Normativa e altre novità di interesse**  **12. Legge 24 novembre 2023, n. 168 - Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica (G.U. Serie Generale n. 275 del 24 novembre 2023).**  **13. Comunicato congiunto del 20 novembre 2023 Corte di cassazione - Consiglio di Stato - Concordato per istituire un gruppo di lavoro congiunto, con il compito di approfondire questioni interpretative su temi generali relativi al riparto di giurisdizione.** |

|  |
| --- |
| **Corte di cassazione, sezioni unite civili**  **(1)**  **Eccesso di potere giurisdizionale e legittimazione ad intervenire in giudizio degli enti associativi.**  [**Corte di cassazione, sezioni unite civili, 23 novembre 2023, n. 32559 – Pres. D’Ascola, Est. Lamorgese**](https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/32559_11_2023_civ_noindex.pdf)  Sussiste un vizio di eccesso di potere, *sub specie* di diniego o rifiuto di giurisdizione, allorchè si precluda agli enti associativi la legittimazione ad intervenire nel giudizio, sulla base non di specifici e concreti impedimenti processuali, ma di valutazioni che negano, in astratto, la titolarità in capo agli stessi di posizioni soggettive differenziate, qualificabili come interessi legittimi.  Si realizza, in altri termini, un arretramento della giurisdizione rispetto ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo, nel momento in cui si nega la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi), relegati a meri interessi di fatto.  Questo si giustifica in ragione del fatto che il rapporto tra processo amministrativo e posizione sostanziale fatta valere (interesse legittimo) è di autonomia solo relativa, atteso che la sede processuale assume una posizione complementare rispetto a quella sostanziale, nella sua peculiare funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela.  La legittimazione ad agire è, per definizione, l’effettiva titolarità della posizione azionata, qualificabile alla stregua di un interesse legittimo.  E ciò vale anche quando vengano in rilievo interessi legittimi collettivi, facenti capo a determinate categorie, soggettivizzate in enti associativi esponenziali, legittimati, perciò solo, ad agire nonché ad intervenire in giudizio.  Le associazioni agiscono, infatti, a tutela di interessi collettivi collegati e convergenti, ma non confondibili con l’interesse specifico individuale fatto valere da chi è parte principale nel processo.  Non è, pertanto, possibile condizionare l’ammissibilità dell’intervento delle figure associative, esponenziali, come tali, di interessi collettivi, alla verifica di un loro interesse specifico, identico a quello fatto valere da quest’ultimo.  Il collegamento, anche indiretto e mediato, è necessario unicamente per giustificare l’intervento delle associazioni in una determinata causa e non in altre, ma l’interesse legittimo azionato è quello collettivo, attinente in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell’associazione.  **La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**  **Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali**  **(2)**  **Utilizzo dell’*ayahuasca* nel culto del “Santo Daime”: comparazione dell’interesse religioso con il diritto alla salute.**  [**Consiglio di Stato, sezione III, 20 novembre 2023, n. 9897 – Pres. Torsello, Est. Carpentieri**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202305058&nomeFile=202309897_11.html&subDir=Provvedimenti)  Sono inconferenti ed irrilevanti i profili di incostituzionalità del divieto di utilizzo dell’*ayahuasca* nell’ambito religioso del “Santo Daime”.  L’interesse religioso all’uso della bevanda denominata “Santo Daime” potrebbe ricevere riconoscimento e tutela, non attraverso la domanda di annullamento del d.m. del 23 febbraio 2023 nella sua interezza, bensì attraverso il conseguimento, in presenza dei presupposti, di un’apposita deroga autorizzativa all’uso controllato, in un contesto rituale, di minime quantità di *ayahuasca* diluita nella suddetta bevanda.  In questi termini, il diritto di professare la propria religione viene bilanciato con le prioritarie esigenze di tutela dell’ordine pubblico e con il diritto alla salute.  E’ pieno il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica esercitata dall’amministrazione, soprattutto quando i campi del sapere ai quali fa rinvio la norma incompleta e ai quali deve attingere l’amministrazione ai fini del provvedere appartengano all’area delle scienze esatte, suscettibili di prova sperimentale ripetibile, e non all’area delle scienze sociali o scienze umane, che presentano, invece, margini molto ampi di opinabilità.  (Nella fattispecie in esame, la sezione ritiene che il giudizio tecnico-scientifico svolto dall’amministrazione, sulla base dei pareri dell’ISS e del Consiglio superiore di sanità, riferito all’*ayahuasca,* circa la capacità delle suddette sostanze di produrre effetti sul sistema nervoso centrale e determinare dipendenza fisica o psichica*,* non sia infirmato dalle deduzioni e produzioni di parte appellante, riferite essenzialmente all’assenza di tali effetti nella bevanda denominata “Santo Daime”).  **(3)**  **Sulla necessità di presentare l’istanza di fissazione dell’udienza entro un termine perentorio, in caso di sospensione impropria del processo.**  **[Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 17 novembre 2023, n. 9876 – Pres. Simonetti, Est. Pascuzzi](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=201303098&nomeFile=202309876_18.html&subDir=Provvedimenti)**  Vanno rimesse all’Adunanza plenaria le seguenti questioni:  a) se, alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale sopravvenuta alla pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 28 del 2014, debba confermarsi quanto ritenuto da tale Adunanza plenaria in ordine alla ammissibilità della prassi della sospensione cd. impropria nel giudizio amministrativo;  b) ove la risposta sia affermativa, se, nel caso in cui in un giudizio amministrativo sia disposta una sospensione cd. impropria, in attesa che la Corte di giustizia UE si pronunci su un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 del TFUE sollevato su medesima questione in un altro giudizio, si abbia una sospensione in senso tecnico, con la conseguenza che la prosecuzione del giudizio è subordinata necessariamente all’impulso di parte, ovvero una situazione differente, di mero rinvio della causa, tale da non giustificare l’applicazione dell’art. 80, comma 1, c.p.a.;  c) ove si risponda nel primo senso anche al quesito sub b), così confermandosi quanto a suo tempo ritenuto dall’Adunanza plenaria 28 del 2014, visto il contrasto tra la pronuncia della IV sezione n. 1686 del 2021 e la pronuncia della VI sezione n. 82 del 2023 (art. 99, comma 1, c.p.a.), quale interpretazione occorra dare all’articolo 80 del c.p.a. secondo il quale: «In caso di sospensione del giudizio, per la sua prosecuzione deve essere presentata istanza di fissazione di udienza entro novanta giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione», in particolare se il termine previsto dalla disposizione citata abbia natura perentoria o ordinatoria.  **La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**  **(4)**  **Concessioni di gioco: caratteri qualificanti ed interesse transfrontaliero.**  [**[Consiglio di Stato, sezione VII, 16 novembre 2023, n. 9843 - Pres. Contessa, Est. Di Carlo](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202304925&nomeFile=202309824_11.html&subDir=Provvedimenti)**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202205423&nomeFile=202309843_18.html&subDir=Provvedimenti)  Nel rispondere ad una richiesta di chiarimenti della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato ha evidenziato che quelle relative alle concessioni di gioco sono concessioni di servizi, nei termini scanditi dall’art. 5, par. 1, lettera b), della direttiva 2014/23/UE.  Non sono provvedimenti di semplice autorizzazione o licenza amministrativa per l’esercizio di un’attività economica.  Sono convenzioni accessive al provvedimento di concessione, mediante le quali l’amministrazione aggiudicatrice consegue i benefici della prestazione di un servizio determinato, assicurando una remunerazione al prestatario.  Il corrispettivo dei concessionari consiste nel diritto di gestire detti giochi in favore degli utenti finali e la sua entità è data dalla raccolta che deriva dalla vendita delle cartelle, dedotti il prelievo erariale, le vincite e la quota che spetta al soggetto preposto al controllo centralizzato del gioco.  L’esistenza di un interesse transfrontaliero certo può risultare dall’importanza economica della convenzione di cui è prevista la conclusione, dal luogo della sua esecuzione oppure da caratteristiche tecniche.  Le concessioni in proroga sono attualmente detenute sia da operatori nazionali, sia da operatori che, pur essendo formalmente nazionali, sono società che appartengono a gruppi ubicati in altri Stati membri dell’Unione.  Non si può escludere che cittadini di altri Stati membri siano stati o siano interessati ad avvalersi delle libertà riconosciute dal Trattato, al fine di esercitare la detta attività nel territorio nazionale, essendo detta normativa applicabile indistintamente ai cittadini nazionali come a quelli di altri Stati membri, con effetti che non sono limitati all’ordinamento nazionale.  Un interesse transfrontaliero certo può esistere anche senza che sia necessario che un operatore economico abbia effettivamente manifestato il proprio interesse.  Ciò avviene specificamente allorché la controversia verte sulla mancanza di trasparenza che ha caratterizzato il procedimento, in quanto, in un caso del genere, gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri non hanno una reale possibilità di manifestare il proprio interesse ad ottenere l’affidamento.  **Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, tutt’ora pendente, è stato effettuato da Cons. Stato, sez. VII, ordinanza 21 novembre 2022, n. 10264; la analoga ordinanza 21 novembre 2022 n. 10263 è stata oggetto della News dell’Ufficio del massimario n. 113 del 12 dicembre 2022.**  **(5)**  **Fiscalizzazione dell’abuso edilizio ed edilizia residenziale pubblica.**  [**Consiglio di Stato, sezione II, 15 novembre 2023, n. 9799 - Pres. ff. Simeoli, Est. Manzione**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202202186&nomeFile=202309799_11.html&subDir=Provvedimenti)  La c.d. fiscalizzazione dell’abuso, in caso di intervento eseguito in parziale difformità dal titolo edilizio, può essere richiesta anche dal proprietario incolpevole, cui l’ingiunzione a demolire è stata notificata al solo scopo di preannunciare il ripristino dello stato dei luoghi.  Destinatario esclusivo del provvedimento è, però, il responsabile dell’abuso, ove conosciuto, cui fanno carico anche le spese dell’esecuzione in danno.  L’impossibilità di demolire, il cui accertamento ha un ambito oggettivo più limitato nel caso di intervento eseguito in parziale difformità dal titolo, di regola deve essere eccepita e provata dal proprietario nella fase esecutiva del procedimento ripristinatorio conseguente ad un abuso edilizio.  Allorchè sia già stata accertata dal comune, per esigenze di economia procedimentale, se ne può tener conto provvedendo direttamente ad irrogare la sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione, purché motivando adeguatamente sul punto.  In caso di edilizia residenziale pubblica, non si applica l’art. 35 del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto l’insistenza sul suolo di un diritto di superficie sposta sul titolare dello stesso le conseguenze degli atti ripristinatori.  Nel caso in cui vi sia una proprietà superficiaria privata al di sopra della nuda proprietà pubblica, come avviene tipicamente per gli interventi di edilizia residenziale pubblica, se, da un lato, si rafforza la necessità che il Comune presidi l’avvio dell’operazione, fino all’assegnazione delle unità immobiliari abitabili ai singoli aventi titolo; dall’altro, una volta effettuate le assegnazioni, si riverberano sui singoli assegnatari tutti gli obblighi *propter rem*, quale quello demolitorio.  **(6)**  **Alla Corte costituzionale la norma sul trasferimento temporaneo per esigenze familiari.**  [**Consiglio di Stato, sezione III, 15 novembre 2023, n. 9795 – Pres. Greco, Est. Tulumello**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202208446&nomeFile=202309795_11.html&subDir=Provvedimenti)  È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 42-*bis*, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*”), inserito dall’art. 3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, nella parte in cui subordina la possibilità di ottenere il trasferimento funzionale alla tutela delle esigenze familiari al fatto che il coniuge del richiedente abbia la propria attività lavorativa (e non l’attività lavorativa o la residenza del nucleo familiare, ove le nozioni non coincidano) nella stessa provincia o regione ove è ubicata la sede di servizio presso la quale si domanda il trasferimento.  **La presente sentenza non definitiva sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**  **(7)**  **Sulla possibile illegittimità costituzionale della legge provinciale che consente la sanatoria prescindendo dalla cd. doppia conformità.**  [**T.r.g.a. Trento, ordinanza 22 novembre 2023, n. 189 – Pres. Rocco, Est. Polidori**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_tn&nrg=202200040&nomeFile=202300189_08.html&subDir=Provvedimenti)  È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione dell’art. 135, comma 7, della legge provinciale n. 1 del 2008 per violazione dell’art. 3 Cost., nonché degli articoli 4 e 8 dello Statuto di autonomia della Regione Trentino - Alto Adige/Südtirol, approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, nella parte in cui consente la sanatoria delle opere conformi, al momento della presentazione della domanda, alle norme urbanistiche vigenti, senza esigere il requisito della cd. doppia conformità.  **La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**  **(8)**  **La mancata conclusione della procedura di finanza di progetto può configurare un illecito permanente, ma non responsabilità da contatto.**  [**T.a.r. per il Lazio, sezione IV, 14 novembre 2023, n. 16995 – Pres. Politi, Est. Fanizza**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=201607919&nomeFile=202316995_01.html&subDir=Provvedimenti)  Nel caso di domanda di risarcimento della responsabilità precontrattuale per mancata conclusione di una procedura di *project financing*, in cui gli elementi costitutivi della dedotta responsabilità – il fatto illecito e il danno – si siano procrastinati nel tempo e siano contestati anche durante lo svolgimento del giudizio:  a) si configura un illecito di carattere permanente, con la conseguenza che la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della condotta dannosa;  b) va esclusa la responsabilità per contatto sociale, rendendosi necessario analizzare la diacronìa delle vicende che hanno segnato il procedimento controverso al fine di accertare un fatto illecito meritevole di tutela risarcitoria, il cui apprezzamento non può prescindere dalla valutazione dell’acquiescenza prestata dal promotore agli atti contestati nel giudizio risarcitorio come lesivi o soprassessori.  **(9)**  **Caratteristiche del dissenso nella conferenza di servizi c.d. asincrona (con particolare riguardo alla disciplina regionale siciliana).**  [**T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione III, 13 novembre 2023, n. 3393 – Pres. Lento, Est. Fichera.**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_ct&nrg=202300901&nomeFile=202303393_01.html&subDir=Provvedimenti)  In tema di conferenza di servizi c.d. *asincrona* il dissenso, per essere validamente espresso ai sensi dell'art. 14-bis legge n. 241 del 1990, deve essere sorretto, tra l'altro, da una congrua motivazione e deve contenere la critica "*construens*", volta cioè a indicare le modifiche progettuali necessarie per ottenere il superamento del dissenso stesso. In coerenza con l’impianto normativo nazionale di riferimento, l’art. 18, della legge regionale siciliana n.7/2019, stabilisce, al comma 3, che in caso di dissenso devono essere indicate “le modifiche necessarie ai fini dell’assenso”. Il comma successivo continua precisando che ove la determinazione comunicata dall’amministrazione che partecipa alla conferenza “sia priva dei requisiti previsti dal comma 3”, essa equivalga ad “assenso senza condizioni”. L’intervento contrario dell’amministrazione, quindi, per essere efficace e determinante nel suo contenuto ostativo non deve limitarsi a una “dichiarazione d’intenti” apodittica, senza aggiungere nulla di concreto, ma deve necessariamente disporre condizioni positive, dettando prescrizioni funzionali indispensabili per risolvere il dissenso, enunciando compiutamente i necessari elementi costitutivi al rilascio del provvedimento favorevole al richiedente.  Ai sensi dell’art. 18, co. 5, della predetta legge regionale, la determinazione di conclusione negativa della conferenza deve essere resa solo ove l’amministrazione indicente, una volta ricevuti uno o più atti di dissenso, li ritenga non superabili. La norma quindi, lungi dall’esautorare di ogni potere l’amministrazione che indice la conferenza, vincolandola a una declaratoria negativa ogni qualvolta venga manifestato un dissenso in seno alla conferenza, attribuisce all’ente procedente un insopprimibile potere discrezionale, investendolo del compito di appurare le ragioni del dissenso e la loro eventuale “insuperabilità”.  In materia di concessioni demaniali l’Autorità competente gode di ampia discrezionalità nella valutazione dell’interesse pubblico in ragione del fatto che l’uso particolare del bene si configura come eccezionale, e può essere autorizzato quando l’interesse del privato coincida con l’interesse pubblico alla migliore fruizione dell’area.  **Consiglio di Stato – Pareri**  **(10)**  **Sull’impugnativa del giudizio di avanzamento a scelta degli ufficiali.**  [**Consiglio di Stato, sezione I, parere 24 ottobre 2023, n. 1344 – Pres. Poli, Est. Perrelli**](https://portali.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=consul&nrg=202201157&nomeFile=202301344_27.html&subDir=Provvedimenti)  Posto che il giudizio di avanzamento a scelta degli ufficiali non è soggetto all’obbligo di motivazione corrispondente al modello sancito dalla legge n. 241 del 1990, atteso che il punteggio numerico condensa ed esprime compiutamente la valutazione amministrativa, la censura di eccesso di potere in senso assoluto avverso tale giudizio postula la figura di ufficiale con precedenti di carriera costantemente ottimi (ovvero: tutti giudizi finali apicali nella documentazione, massime aggettivazioni nelle voci interne, conseguimento del primo posto nei corsi basici, di applicazione e di aggiornamento, esenzione da qualsiasi menda o attenuazioni di rendimento, promozione in prima valutazione).  **Normativa e altre novità di interesse**  **(11)**  **Legge 24 novembre 2023, n. 168 - Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica (G.U. Serie Generale n. 275 del 24 novembre 2023).**  **(12)**  **Comunicato congiunto del 20 novembre 2023 Corte di cassazione - Consiglio di Stato - Concordato per istituire un gruppo di lavoro congiunto, con il compito di approfondire questioni interpretative su temi generali relativi al riparto di giurisdizione.**  Consapevoli della dimensione di servizio sottesa alla pluralità dei plessi giurisdizionali e dell’unità funzionale delle tutele offerte dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, la Prima Presidente della Corte di cassazione, Margherita Cassano, e il Presidente del Consiglio di Stato, Luigi Maruotti, hanno concordato di creare stabili occasioni di confronto tra i magistrati della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.  A tal fine, hanno istituito un gruppo di lavoro congiunto, con il compito di approfondire questioni interpretative su temi generali relativi al riparto di giurisdizione e di verificare la possibilità di elaborare a questo riguardo convergenti linee di orientamento da offrire ai futuri sviluppi giurisprudenziali nelle sedi proprie. |