



Newsletter della Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio per il massimario

Indice

Corte costituzionale

1. Corte costituzionale, 30 dicembre 2022, n. 27, è costituzionalmente legittima la speciale disciplina di favore dell'art. 1860 del codice dell'ordinamento militare, nella parte in cui, richiamando l'art. 32 d.P.R. n. 1092 del 1973, è inapplicabile ai funzionari della Polizia di Stato.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

2. Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2023, n. 12339, ritardo del magistrato amministrativo nel deposito dei provvedimenti, illecito disciplinare e responsabilità contabile.

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

3. Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2023, n. 1190, integrità del contraddittorio processuale e controinteressati sopravvenuti;
4. Cons. Stato, sez. VII, 1 febbraio 2023, n.1119, sulle modalità di calcolo del termine lungo per proporre l'appello;
5. Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 1078, sulla possibilità di stipulare un accordo transattivo in alternativa all'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001 e sulla possibilità di configurare un provvedimento tacito di autotutela in occasione dell'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante, successivamente dichiarato nullo;
6. Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 1071, alla Corte di giustizia Ue la normativa nazionale sul gioco del Bingo;

7. [Cons. Stato, sez. VII, 27 gennaio 2023, n. 954](#), annullata in ottemperanza la nomina del Procuratore della Repubblica di Reggio Calabria;
8. [Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2023, n. 787](#), sull'accesso alla documentazione di gara;
9. [Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2023, n. 765](#), sul rapporto fra pianificazione urbanistica e vincolo alberghiero;
10. [T.a.r. per l'Umbria, sez. I, 1 febbraio 2023, n. 56](#), sulla questione di legittimità costituzionale della disciplina in materia di emersione dal lavoro irregolare;
11. [T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 31 gennaio 2023, n. 311](#), sul sistema dell'accreditamento relativo ai servizi sanitari e/o sociali;
12. [T.a.r. per il Lazio, sezione III bis, 30 gennaio 2023, n. 1617](#), sulla disapplicazione di un regolamento illegittimo;
13. [T.a.r. per la Campania, sez. II, 30 gennaio 2023, n. 670](#), sull'anomalia dell'offerta e sull'interpretazione del bando di gara;
14. [T.a.r. per il Lazio, sez. I quater, 26 gennaio 2023, n. 1415, e 27 gennaio 2023, nn. 1468, 1469 e 1470](#), alla Consulta il regime dell'inconferibilità degli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico.

Corte costituzionale

(1)

E' costituzionalmente legittima la speciale disciplina di favore - relativa alla gratuità del riscatto degli anni di laurea a fini previdenziali – dettata dall'art. 1860 del codice dell'ordinamento militare, nella parte in cui, richiamando l'art. 32 d.P.R. n. 1092 del 1973, è inapplicabile ai funzionari della Polizia di Stato.

[Corte costituzionale, 30 dicembre 2022, n. 270, Pres. Sciarra, Red. Prosperetti](#)

La Corte costituzionale ha escluso che gli artt. 13 e 32 del d.P.R. n. 1092 del 1973, nella parte in cui non prevedono, per i funzionari della Polizia di Stato,

il computo gratuito ai fini pensionistici degli anni di durata legale del corso di laurea magistrale o specialistica richiesto ai fini dell'accesso alle rispettive carriere, previsto per gli ufficiali degli «altri corpi militari» possano risultare in contrasto con gli artt. 3, 36, 38 e 97, secondo comma, della Costituzione.

Al riguardo la sentenza in esame ha osservato che la violazione del principio di uguaglianza sussiste qualora situazioni omogenee siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (*ex multis*, sentenza n. 165 del 2020), come si verifica nella fattispecie, stante la persistente diversità del complessivo assetto ordinamentale tra le Forze di polizia ad ordinamento civile e quelle a ordinamento militare.

In via generale, si deve escludere che la complessiva evoluzione normativa possa condurre a configurare nell'ordinamento il prospettato principio di piena omogeneità di regolazione fra personale militare e personale civile del comparto di pubblica sicurezza.

Persiste la strutturale diversità tra i rispettivi *status* che determina differenti soluzioni sul piano normativo e che è all'origine della dicotomia nelle discipline previdenziali fra impiego civile e impiego militare presente nel d.P.R. n. 1092 del 1973.

L'impiego militare è caratterizzato da una forte compenetrazione fra i profili ordinamentali e la disciplina del rapporto di servizio, come attesta lo stesso codice dell'ordinamento militare di cui al d.lgs. n. 66 del 2010, che, non a caso, ha normato contestualmente i diversi profili. Nella fattispecie è, difatti, l'art. 1860 del codice dell'ordinamento militare a richiamare l'art. 32 del d.P.R. n. 1092 del 1973 in tema di valutazione a fini pensionistici del periodo di studi universitari per gli ufficiali.

Ben diversa è la disciplina del personale della Polizia di Stato, riconducibile, pur nelle sue accentuate specificità, a quella degli impiegati civili dello Stato.

In definitiva, il giudice rimettente, nell'accentuare la comune appartenenza al comparto Difesa, sicurezza e soccorso pubblico dei dipendenti della Polizia di Stato e dei militari dell'Arma dei carabinieri, tralascia di considerare che gli ufficiali dell'Arma dei carabinieri, avente rango di Forza armata ai sensi dell'art. 155 codice dell'ordinamento militare, sono beneficiari della disposizione censurata proprio in quanto militari, così come, in tale veste, ne fruivano gli appartenenti alla Polizia di Stato prima della "smilitarizzazione".

In ordine alla sopravvenuta parificazione dei requisiti di età di cessazione dal servizio per la Polizia di Stato e per i militari, la sentenza ha osservato che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice a quo, la circostanza non comporta la necessaria estensione della disciplina di favore ai funzionari della Polizia di Stato.

Relativamente alla violazione dell'art. 36 Cost., la Corte costituzionale ha rilevato che il corso di studi di laurea è estraneo all'attività lavorativa espletata, cui si riferisce la prestazione previdenziale e, pertanto, la disposizione censurata esula dal perimetro presidiato dal parametro costituzionale in oggetto.

Per analoghe ragioni non è evocabile nella fattispecie la lesione dell'art. 38 Cost., poichè la disciplina del riscatto a fini previdenziali del periodo di studi universitari non rientra nell'ambito di tutela previdenziale cui si riferisce il parametro stesso.

Sono, altresì, manifestamente infondate le argomentazioni svolte dal giudice rimettente a sostegno della dedotta lesione dell'art. 97, secondo comma, Cost.

E' competenza del legislatore prevedere le diverse forme di incentivazione alla formazione culturale del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

In tale ottica, l'assunto del giudice *a quo* secondo cui la non applicazione del beneficio in questione ai funzionari della Polizia di Stato costituirebbe un disincentivo a una maggiore formazione professionale varrebbe anche per tutti i dipendenti pubblici che rivestono una qualifica e svolgono funzioni per le quali è richiesto il possesso della laurea. Ne consegue che sotto tale profilo non sarebbe censurabile l'art. 32 del d.P.R. n. 1092 del 1973 per la mancata applicazione ai funzionari della Polizia dello Stato, bensì il precedente art. 13 laddove, per tutti i dipendenti civili, stabilisce non la gratuità del computo degli anni di laurea, ma la mera facoltà di riscatto a titolo oneroso.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(2)

Ritardo del magistrato amministrativo nel deposito dei provvedimenti, illecito disciplinare e responsabilità contabile.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 25 gennaio 2023, n. 12339 - Pres. f.f. Virgilio](#)

La pluralità di gravi ritardi, da parte di un magistrato, nel deposito dei provvedimenti dà luogo ad una figura di illecito disciplinare, rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura: la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per i magistrati ordinari; il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per i giudici amministrativi.

Depositare le sentenze nei termini di legge, tenendo conto dei carichi esigibili secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza, e svolgere tutti i compiti dell'ufficio con laboriosità e diligenza costituiscono dovere primario di ogni giudice.

L'osservanza da parte del magistrato dei doveri inerenti al suo *status* è parte integrante del modo di essere dell'imparzialità e dell'indipendenza della giurisdizione.

La responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non può essere in via interpretativa estesa fino a comprendere ipotesi legate al mero ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte del magistrato.

Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni è sanzionato disciplinarmente, e la responsabilità disciplinare serve, da sola, a tutelare il corretto esercizio della funzione e, con essa, il prestigio e il decoro del magistrato e il prestigio dell'istituzione giudiziaria.

Quando il ritardo assume il significato di un comportamento non solo deontologicamente rilevante, ma anche illecito, risolvendosi in un reato o essendo l'effetto di un sostanziale mancato svolgimento della prestazione lavorativa, allora la protratta inerzia consente la configurazione di un danno erariale diretto da violazione del sinallagma lavoro-retribuzione patito dall'Amministrazione.

Il mero ritardo, da parte di un magistrato amministrativo, nel deposito dei provvedimenti non integra, di per sé, responsabilità amministrativa per danno da disservizio, essendo rimessa la valutazione di tale condotta all'organo disciplinare di governo autonomo, con conseguente difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

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

(3)

Integrità del contraddittorio processuale e controinteressati sopravvenuti

[Consiglio di Stato, sezione IV, 3 febbraio 2023, n. 1190 – Pres. f.f. Neri, Est. Rotondo](#)

Nel giudizio per l'annullamento dei provvedimenti di perimetrazione del Parco nazionale di Portofino e di costituzione del comitato provvisorio di gestione del Parco, le singole persone fisiche che compongono il comitato

stesso, in quanto nominativamente citate, assumono la veste di controinteressati e, come tali, sono legittimate ad essere evocati in giudizio.

In omaggio all'ineludibile regola dell'integrità del contraddittorio processuale, i legittimi contraddittori, originari o sopravvenuti, che non sono stati posti nelle condizioni di partecipare al processo di primo grado possono proporre opposizione di terzo avverso la pronuncia giurisdizionale, essendo titolari di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione.

La legittimazione a proporre la opposizione di terzo, nei confronti della decisione amministrativa resa tra altri soggetti, compete: a) ai controinteressati pretermessi; b) ai controinteressati sopravvenuti (beneficiari di un atto consequenziale, quando una sentenza abbia annullato un provvedimento presupposto all'esito di un giudizio cui siano rimasti estranei); c) ai controinteressati non facilmente identificabili; d) in generale ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione.

(Nella fattispecie, il Collegio ha ritenuto che i componenti del comitato di gestione del parco, in quanto indicati nominativamente nel provvedimento di nomina o facilmente individuabili in base alla disciplina relativa alla loro nomina, siano controinteressati formali rispetto al ricorso per motivi aggiunti sull'atto di costituzione del comitato provvisorio di gestione del Parco e controinteressati sopravvenuti rispetto al ricorso originario sull'atto di perimetrazione del Parco).

La decisione è conforme a Cons. Stato, sez. IV, n. 622 del 18 gennaio 2023.

(4)

Il Consiglio di Stato ribadisce le modalità di calcolo dei termini per l'appello, rilevando la coerenza della norma processual-amministrativa con quella processual-civilistica.

[Consiglio di Stato, sezione VII, 1 febbraio 2023, n.1119- Pres. ed Est Lipari.](#)

La sezione ha analizzato in modo approfondito le modalità di calcolo dei termini per l'appello, valutando un aspetto della questione - ulteriore rispetto a quello già esaminato dall'Adunanza plenaria n. 12 del 2022, correlato alla diversità di formulazione della disciplina del "termine lungo" di impugnazione, contenuta, rispettivamente, nell'articolo 92, comma 3, del c.p.a. e nell'art. 327 del c.p.c.

L'art. 92, comma 3, del c.p.a. stabilisce che gli atti di impugnazione ordinaria "devono essere notificati entro sei mesi dalla pubblicazione della sentenza."

L'art. 327 del c.p.c. stabilisce, invece, con differente formulazione, che le impugnazioni ordinarie "non possono proporsi dopo decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza". La dizione dell'art. 327 è certamente univoca nel prevedere che il termine va a scadere dopo l'intero decorso dei sei mesi, in perfetta armonia con il significato dell'art. 155. Ma anche l'art. 92, comma 3, esprime, incontestabilmente, la stessa regola, mediante una formulazione letterale differente, ma altrettanto precisa. Lo stile linguistico prescelto dall'art. 327, che utilizza la forma verbale negativa "non possono proporsi", è incentrato sul concetto di "decadenza" del potere di impugnazione, che viene meno, una volta spirato il termine lungo. La locuzione dell'articolo 92, comma 3, basata sulla proposizione positiva "devono essere notificati", pone invece l'accento sulla nozione di onere di impugnazione nel termine decadenziale. Sono due prospettive simmetriche, volte a descrivere la medesima regola. D'altro canto, non vi è alcuna ragione di ritenere che il legislatore abbia inteso differenziare il calcolo del termine di sei mesi per le impugnazioni nel processo civile e nel processo amministrativo: siffatto esito comporterebbe seri dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 92, per eccesso di delega, rispetto ai criteri fissati dalla legge n. 69 del 2009. Al contrario, è

indiscutibile la convergenza delle discipline dei due processi, tanto più necessaria quando si tratta di delineare i principi generalissimi sul calcolo dei termini per la proposizione delle azioni o delle impugnazioni.

(5)

Sulla possibilità di stipulare un accordo transattivo in alternativa all'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001 e sulla possibilità di configurare un provvedimento tacito di autotutela in occasione dell'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante, successivamente dichiarato nullo.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 31 gennaio 2023, n. 1078 – Pres. Poli, Est. Lamberti](#)

L'Amministrazione pubblica può stipulare col privato proprietario un accordo transattivo, in alternativa all'adozione di un provvedimento ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001 o alla restituzione del terreno.

Qualora l'Amministrazione ritenga che la procedura ablativa seguita non fosse esitata in un "valido" provvedimento di esproprio e, pertanto, azioni i poteri di "acquisizione sanante" di cui all'allora vigente art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001, l'adozione di tale atto rileva come implicito ma inequivoco annullamento in autotutela del decreto di esproprio; e ciò anche quando il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001 sia successivamente dichiarato nullo con sentenza passata in giudicato: infatti, ciò che è nullo è solo l'effetto ablativo dell'atto, conseguente all'espunzione *ex tunc* dall'ordinamento del potere di cui esso costituiva una concreta manifestazione. Restano invece salve, in quanto giuridicamente autonome, le distinte premesse sottese all'atto stesso ed i conseguenziali effetti, quale appunto l'annullamento in autotutela, tacitamente manifestato, del pregresso decreto di esproprio.

(6)

Alla Corte di giustizia UE la normativa nazionale sul gioco del Bingo.

[Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 31 gennaio 2023, n. 1071 – Pres. De Francisco, Est. Lopilato](#)

La IV sezione ha rimesso alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

se la normativa nazionale sulle concessioni del Bingo viola le libertà europee di stabilimento e di impresa, in quanto: i) determina un aumento del canone che prescinde dalla valutazione delle dimensioni delle imprese; ii) impone l'accettazione della proroga e del suddetto aumento del canone, aggravato dal divieto di cessione dei locali, quale irragionevole condizione per potere partecipare alle successive gare che vengono anch'esse indefinitivamente posticipate.

Qualora si dia risposta positiva al primo quesito, la IV sezione dubita che la suddetta restrizione possa ritenersi giustificata per la asserita sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, indicato nell'esigenza di assicurare un allineamento temporale dell'avvio delle procedure di gara.

Qualora, nondimeno, si ritenesse che vi sia un motivo imperativo di interesse generale, la IV sezione ha rimesso alla Corte di giustizia UE il seguente ulteriore quesito: se sono stati violati: i) il principio di proporzionalità, perché la misura restrittiva non è adeguata, idonea e proporzionata in senso stretto all'obiettivo pubblico formalmente indicato; ii) il principio di concorrenza per il mercato, perché la scelta di prorogare le concessioni e di posticipare l'avvio delle gare impedisce agli operatori di settore l'esercizio della libertà di impresa, quantomeno sotto il profilo della necessaria programmazione e pianificazione delle attività.

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

(7)

Annulata in ottemperanza la nomina del Procuratore della Repubblica di Reggio Calabria

[Consiglio di Stato, sezione VII, 27 gennaio 2023, n. 954, Pres. Lipari, Est. Franconiero](#)

La sezione ha dichiarato la nullità del provvedimento di nomina del Procuratore della Repubblica di Reggio Calabria, per elusione del giudicato di annullamento di una precedente nomina dello stesso magistrato, ordinando al Consiglio superiore della Magistratura di provvedere a una nuova nomina entro sessanta giorni.

La sentenza in esame ha evidenziato che l'organo di autogoverno è incorso in due palesi errori, che corroborano l'ipotesi dell'elusione posta a fondamento del presente ricorso in ottemperanza. Come si sottolinea in quest'ultimo, è stato attribuito particolare rilievo alle dimensioni dell'ufficio di procura di Catanzaro, in cui il controinteressato ha ricoperto l'incarico di aggiunto, che tuttavia sul piano organizzativo non è compreso tra gli uffici requirenti di primo grado di maggiori dimensioni, elencati nell'allegato A al testo unico sulla dirigenza giudiziaria. In contraddizione con la classificazione degli uffici giudiziari su basi dimensionali da esso stesso elaborata in via generale, il Consiglio superiore ha quindi introdotto in via postuma rispetto all'originaria delibera di nomina, annullata all'esito del giudizio di cognizione, un elemento estrinseco all'indicatore attitudinale previsto dal più volte richiamato art. 18, lett. a), del testo unico sulla dirigenza giudiziaria, che nell'attribuire rilevanza alle «funzioni direttive o semidirettive», demanda al giudizio da svolgere in concreto di condurre la valutazione «con riferimento ai concreti risultati ottenuti nella gestione dell'ufficio o del settore affidato al magistrato in valutazione, desunti dalla gestione dei flussi di lavoro e delle risorse, accertati in particolare sulla base

dei documenti allegati ai progetti tabellari o organizzativi, dei pareri della commissione flussi, delle relazioni di cui all'articolo 37 del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111 ed eventualmente dalle relazioni ispettive».

In nessuna parte della disposizione di circolare ora richiamata si prevede quindi che possa attribuirsi rilievo alle dimensioni degli uffici in cui le funzioni direttive o semidirettive sono state svolte. Peraltro, l'intento elusivo è particolarmente evidente sul punto laddove si consideri che la consistenza organica di un ufficio non può essere ascritta a chi ha in esso ricoperto funzioni semidirettive, e che, con particolare riferimento agli uffici requirenti, ha dunque ivi svolto il coordinamento solo di un gruppo di sostituti ad esso addetti, e non certo di tutti quelli in organico nell'ufficio medesimo, come sottolinea il ricorrente nella propria memoria conclusionale.

(8)

Sull'accesso alla documentazione di gara.

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 24 gennaio 2023, n. 787 – Pres. Lotti, Est. Santini](#)

L'accesso a quelle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali", è consentito, ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, "al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto": ciò significa che, per un verso, chi chiede l'accesso è tenuto a dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti" quanto, piuttosto, la "stretta indispensabilità" della documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio; per altro verso, che su chi si oppone all'accesso grava l'onere di indicare le ragioni sottese all'esigenza di tutelare segreti di natura tecnica o commerciale (secondo un sistema di motivazione "a doppia mandata", ossia: l'una dell'istante e l'altra dell'opponente).

(9)

Il Consiglio di Stato puntualizza il rapporto fra pianificazione urbanistica e vincolo alberghiero.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 24 gennaio 2023, n. 765- Pres. Poli, Est Conforti.](#)

Fra l'esercizio della funzione di pianificazione e il vincolo di destinazione alberghiero sussistono profili di giustapposizione, ma non di perfetta coincidenza, sicchè sono reputate legittime quelle previsioni della pianificazione che individuano una determinata zonizzazione del territorio comunale e nell'ambito di questa circoscrivono le destinazioni d'uso che sono astrattamente compatibili (e conseguentemente assentibili) per i fabbricati già realizzati e per quelli realizzandi.

La realizzazione di volumetrie (sovente significative) anche (e specialmente) in luoghi particolarmente ameni dal punto di vista ambientale e paesaggistico, viene autorizzata per valorizzare l'attività turistica (obiettivo economico), ma in modo da ridurre il consumo di suolo (obiettivo ambientale); ne discende che la destinazione di zona e quella funzionale "per attività recettive e alberghiere" costituisce un delicato punto di equilibrio, bilanciando due opposte esigenze; è evidente infatti che la destinazione abitativa residenziale (di solito seconde case), implicando un aumento oggettivo del carico urbanistico, altera tale equilibrio.

Una simile scelta realizza, pienamente, propriamente e senza travalicarne i confini, quelle finalità connaturate all'esercizio del potere pianificatorio attribuito al comune, senza che possa affermarsi come manifestamente irragionevole, illogica o non proporzionata la destinazione di alcune zone o parti del territorio comunale soltanto a determinati usi e non ad altri.

Questa scelta risulta conforme ai principi di diritto della materia, in quanto:

- non è tale da comportare un "sostanziale annientamento" delle facoltà tipiche del diritto;

- non sussiste alcuna legittima pretesa del titolare del bene di ottenere una diversa e più favorevole destinazione (nel caso di specie, quella a “residenziale”);
- non costituisce una discriminazione dettata a fini di “tutela di altre categorie di esercizi commerciali”, mentre è finalizzata all’ordinato assetto del territorio e, dunque, consentanea “al modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione "de futuro" sulla propria stessa essenza”;
- non necessita di una particolare motivazione da parte dell’ente né si configura un peculiare affidamento del privato a una diversa pianificazione, per l’avvenuto conseguimento del nulla osta regionale al mutamento di destinazione d’uso, il quale, difatti, comporta effetti diversi (ancorché concorrenti e complementari) rispetto all’eventuale titolo edilizio rilasciato dal comune per autorizzare il suddetto cambio di destinazione d’uso (qualora quest’ultimo provvedimento si renda necessario, perché il cambio di destinazione d’uso risulta “urbanisticamente rilevante”, ai sensi dell’art. 23-ter, d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto posto in essere fra categorie edilizie funzionalmente autonome e non omogenee).

Il nulla osta costituisce, infatti, soltanto un atto di assenso che l’amministrazione con competenze in materia turistica (la regione) rende all’autorità competente in materia urbanistica ed edilizia (il comune), per permettere a quest’ultima di assentire a un eventuale mutamento di destinazione funzionale del bene, che, ovviamente, resterà possibile nei limiti in cui la strumentazione urbanistica comunale lo consenta.

L’aver ottenuto il nulla osta al cambio di destinazione d’uso non costituisce dunque “diritto” a ottenerlo né radica un particolare affidamento.

(10)

Sulla questione di legittimità costituzionale della disciplina in materia di emersione dal lavoro irregolare.

T.a.r. per l'Umbria, sezione I, ordinanza 1 febbraio 2023, n. 56 – Pres. Potenza, Est. De Grazia

Va sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, commi 4, 5 e 6, del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77 del 2020, in relazione agli artt. 3, 10, 35, 76, 97 e 113 Cost., nella parte in cui non prevede che, laddove il rigetto della dichiarazione di emersione sia dovuta esclusivamente a fatti e condotte ascrivibili al datore di lavoro e per di più laddove il rapporto di lavoro abbia avuto un inizio di esecuzione ma si sia interrotto per l'inadempimento datoriale, al lavoratore vada comunque rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione o un altro titolo corrispondente alla situazione lavorativa – anche sopravvenuta – che l'interessato riesca a comprovare.

Nel caso di specie, una società aveva presentato, nell'interesse di un proprio dipendente, cittadino pakistano, un'istanza di emersione dal lavoro irregolare ai sensi dell'art. 103 del d.l. n. 34 del 2020. Successivamente, il rapporto di lavoro veniva interrotto per irreperibilità del datore di lavoro e l'Amministrazione rigettava l'istanza di permesso di soggiorno per insufficienza del reddito. Il T.a.r. per l'Umbria dubita della legittimità costituzionale della norma, atteso che alle fattispecie di emersione ai sensi dell'art. 103 del d.l. n. 34 del 2020 non può applicarsi quanto disposto dal comma 11-*bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 109 del 2012 (la c.d. "emersione 2012"), che stabilisce, con riferimento alla sanatoria degli stranieri irregolari ivi disciplinata, che «nei casi in cui la dichiarazione di emersione sia rigettata per cause imputabili esclusivamente al datore di lavoro, previa verifica da parte dello sportello unico per l'immigrazione della sussistenza del rapporto di lavoro, dimostrata dal pagamento delle somme di cui al comma 5, e del requisito della presenza al 31 dicembre 2011 di cui al comma 1, al lavoratore viene rilasciato un permesso di soggiorno per attesa occupazione». Infatti, secondo la giurisprudenza (T.a.r. per la Campania, sez. VI, n. 2026 del 2022), a tale ultima previsione – al pari delle norme disciplinanti sanatorie e/o condoni – deve riconoscersi carattere eccezionale e, pertanto, essa non può applicarsi oltre i casi e i tempi da esse considerati. Il T.a.r. per l'Umbria dubita pertanto della legittimità costituzionale dell'art. 103 del d.l. n. 34 del 2020, nella parte in cui non riproduce una disposizione analoga a quella di cui al

comma 11-*bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 109 del 2012, perché, ove il rigetto della dichiarazione di emersione ex art. 103 del d.l. n. 34 del 2020 fosse dovuta al mancato possesso del requisito reddituale minimo di cui all'art. 9 del d.m. 27 maggio 2020, per di più in presenza dell'avvio del rapporto di lavoro, il mancato riconoscimento del diritto del lavoratore al rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione o di un altro titolo corrispondente alla situazione lavorativa anche sopravvenuta si tradurrebbe in un irragionevole pregiudizio per il lavoratore determinato esclusivamente da fatti e condotte ascrivibili al datore di lavoro, non essendo il lavoratore straniero in condizione di verificare se il proprio datore di lavoro sia o meno in possesso del requisito reddituale minimo, per cui egli verrebbe a subire (oltretutto in un momento in cui ha accettato di rivelare all'autorità di P.S. la propria posizione di irregolare) le conseguenze sfavorevoli di una vicenda che attiene esclusivamente alla sfera del datore lavoro.

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

(11)

Sul sistema dell'accREDITAMENTO relativo ai servizi sanitari e/o sociali

[T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione III, 31 gennaio 2023, n. 311 – Pres. ed Est. Lento](#)

L'accREDITAMENTO relativo ai servizi sociali è, al pari di quello riferito ai servizi sanitari, un titolo - o, in chiave oggettiva, una modalità di esecuzione del servizio - di carattere abilitativo-concessorio mediante il/la quale un soggetto privato viene "attratto" entro la sfera organizzativa pubblicistica del servizio pubblico sanitario, acquisendo la conseguente legittimazione ad operare "in luogo" dell'Amministrazione, originaria ed istituzionale titolare della funzione assistenziale, e riversando i costi del servizio a carico della stessa, secondo i criteri ed entro i limiti prefissati a livello contrattuale.

La procedura selettiva per l'iscrizione nell'albo degli accREDITATI all'erogazione dei servizi sanitari e/o sociali è finalizzata a individuare non l'operatore affidatario in via esclusiva, come si verifica nelle gare d'appalto,

ma i soggetti che possono svolgerlo, con oneri a carico dell'Amministrazione, su richiesta dell'utente. Ne deriva che la presentazione dell'istanza di partecipazione non è necessaria ai fini dell'impugnazione delle clausole non escludenti in quanto non si tratta di una gara in senso stretto e, pertanto, non si determina nessun effetto preclusivo rispetto all'iscrizione degli altri operatori; in altri termini, l'eventuale accoglimento del ricorso comporta l'aggiunta di un nuovo soggetto a quelli già individuati e non la loro esclusione, per cui è, comunque, soddisfatto l'interesse pubblico alla selezione dei soggetti che erogano il servizio.

Contrasta con i principi concorrenziali di matrice euro - unitaria il consolidamento della posizione di plusvalore concorrenziale conseguente all'accreditamento a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, dell'eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti. Solo una valutazione periodicamente rinnovata e aperta alla comparazione tra chi è già accreditato e chi aspira ad esserlo può rispondere alla migliore e più efficiente allocazione delle risorse disponibili, con la precisazione che, quanto più la valutazione è periodica, cioè dinamica, e quanto meno si consolidano posizioni di vantaggio in singoli operatori, tanto più potranno emergere efficienza e risparmio a vantaggio della spesa pubblica. Tali consolidati principi vanno coordinati con quelli - parimenti consolidati - che evidenziano come il sistema dell'accreditamento risponda ad esigenze di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in quanto esonerano l'Amministrazione dall'onere di verificare, in occasione della concreta erogazione delle prestazioni e fermo restando il suo potere di controllo e vigilanza sulle modalità di svolgimento del servizio, la sussistenza dei relativi requisiti qualitativi, tecnici ed organizzativi.

(12)

Sulla disapplicazione di un regolamento illegittimo.

[T.a.r. per il Lazio, sezione III bis, 30 gennaio 2023, n. 1617 – Pres. Sapone, Est. Profili](#)

Il g.a. può disapplicare *incidenter tantum* un regolamento presupposto illegittimo, nel peculiare caso in cui – in assenza di una domanda di annullamento dell’atto regolamentare presupposto, non immediatamente lesivo, dal quale si riverberano profili di illegittimità derivata sul provvedimento amministrativo a valle contestato (c.d. “doppia impugnazione”) – il ricorso vada respinto, perché l’atto impugnato, pur ponendosi in contrasto con una invocata norma regolamentare, risulta conforme alla legge, rispetto alla quale invece la statuizione regolamentare è illegittima.

Se così non fosse, si giungerebbe all’esito paradossale secondo cui il giudice, limitandosi a rilevare l’antinomia esistente tra un provvedimento e il regolamento presupposto, senza accertare la conformità della fonte secondaria rispetto alla legge, finirebbe per disapplicare proprio quest’ultima, in violazione dell’art. 101, co. 2 Cost., secondo cui “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”.

(13)

Sulla meritevolezza dell’interesse al risarcimento del danno da ritardo in caso di declaratoria di incostituzionalità.

[T.a.r. per la Campania, sezione II, 30 gennaio 2023, n. 670 - Pres. ed Est. Maddalena](#)

Qualora la parte privata rivendichi il diritto al risarcimento del danno da ritardo, sul presupposto che – se l’Amministrazione avesse provveduto tempestivamente – il bene della vita, assicurato dalla norma poi dichiarata incostituzionale, sarebbe stato conseguito, l’interesse deve ritenersi non meritevole di tutela; infatti, il vantaggio che ci si duole di non aver ottenuto sarebbe stato comunque un vantaggio *contra constitutionem*, e come tale non tutelabile in via risarcitoria.

Con la sentenza in commento il Tribunale si è occupato dell’impugnazione del diniego opposto dall’Amministrazione all’istanza del permesso di costruire in sanatoria ex art. 12, comma 4-*bis* della l. reg. Campania n. 19 del

2009 in forza della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma posta a fondamento della domanda.

Parte ricorrente sosteneva che la declaratoria di incostituzionalità fosse stata applicabile solo in ragione dell'illegittimo ritardo dell'Amministrazione nella definizione dell'istanza presentata. Per cui, se l'Amministrazione avesse esitato tempestivamente l'istanza di sanatoria, il bene della vita richiesto sarebbe stato concesso, in quanto il provvedimento sarebbe intervenuto prima della declaratoria di incostituzionalità della norma in questione.

Il T.a.r. per la Campania ha ritenuto infondata la pretesa poiché la declaratoria di incostituzionalità, a differenza di un mutamento normativo sopravvenuto, espunge dall'ordinamento una norma in contrasto con la Costituzione con effetti *ex tunc*. Il limite dei diritti quesiti per la retroattività della pronuncia della Corte risponde unicamente ad esigenze di stabilità dei rapporti ormai definiti, ma non sancisce la legittimità degli stessi. Tantomeno legittima la pretesa ad una definizione tempestiva dei rapporti pendenti al fine di non vedersi applicare la pronuncia di incostituzionalità nel frattempo sopravvenuta.

(14)

Alla Consulta il regime dell'inconferibilità degli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico

[T.a.r. per il Lazio, sezione I quater, ordinanza 26 gennaio 2023, n. 1415, e 27 gennaio 2023, nn. 1468, 1469 e 1470 - Pres. Anastasi, Est. Lanzafame](#)

Il T.a.r. per il Lazio, con le ordinanze "gemelle" nn. 1415, 1468, 1469 e 1470 del 2023, ha rimesso alla Corte costituzionale le questioni di legittimità costituzionale:

- degli artt. 1, comma 2, lett. f) e 7, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 39 del 2013, nella parte in cui prevedono l'inconferibilità degli «*incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione*» a coloro che nell'anno antecedente sono stati «*presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico*

da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione» e assimilano, quindi, tali ultimi soggetti a coloro che sono stati componenti di organi di indirizzo politico ai sensi dell'art. 1, comma 50, lett. c, l. n. 190 del 2012, per violazione degli artt. 3, 4, 5, 51, 76, 97, 114 e 118 Cost.;

- dell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 39 del 2013 nella parte in cui non limita l'ipotesi di inconferibilità per «coloro che ... nell'anno precedente ... siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione» ai soli casi in cui l'ente locale controllante della società di provenienza abbia popolazione superiore a 15.000 abitanti (ovvero, in altri termini, nella parte in cui non prevede per tale incarico di provenienza la stessa soglia di rilevanza in termini di popolazione prevista dalla stessa disposizione sia per gli incarichi di provenienza cd. "politici", sia in relazione agli enti di destinazione), per violazione degli artt. 3, 4, 5, 51, 97, 114 e 118 Cost..

Le quattro ordinanze sono state rese nell'ambito di altrettanti giudizi promossi da alcune società pubbliche e da un manager che ricopriva incarichi di amministratore presso le stesse avverso la delibera ANAC 3 marzo 2021, n. 207, con cui la predetta Autorità, pur evidenziando essa stessa la sussistenza di alcuni profili di irragionevolezza dell'art. 7, comma 2, d.lgs. 39 del 2013 (nella parte applicabile al caso), ha dichiarato l'inconferibilità di alcuni incarichi di amministratore delegato in società in controllo pubblico in capo al predetto manager, in ragione del fatto che lo stesso aveva ricoperto nell'anno precedente analoghi incarichi di amministratore in altre società controllate da enti locali con meno di 15.000 abitanti.

Le presenti ordinanze saranno oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.