Normativa e giurisprudenza di interesse per la Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost., 13 gennaio 2021 n. 2, dichiara illegittime alcune norme della Regione Toscana in materia di edilizia e disciplina antisismica.

Corte di cassazione

2. Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2020, n. 29825, sul giudice competente a decidere le controversie con il gestore dei servizi energetici in tema di misure d'incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

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

3. Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2021, n. 389, rimette alla Corte costituzionale la norma della regione Campania che deroga alle prescrizioni PUT dell'area sorrentino – amalfitana, ai fini della realizzazione di interventi edilizi;
4. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 330, sulla nomina da parte del C.S.M. di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura;
5. Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319, sui rapporti tra controllo giudiziario che afferma l'inesistenza di rischio infiltrativo attuale e l'informativa antimafia;
6. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 309, all'Adunanza plenaria l'esclusione dalla gara per istanza di concordato in bianco proposta dall'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare;
7. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2020, n. 8191, rimette alla Corte costituzionale la norma che introduce un contributo straordinario in favore del teatro Eliseo;
8. Tar per l'Emilia Romagna, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 30 – sospende l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale sulla didattica a distanza adottata a causa dell'emergenza da Covid-19;

9. **T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. I, 14 gennaio 2021, n. 61, sospende l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale sulla didattica a distanza adottata a causa dell'emergenza da Covid-19;**
10. **T.a.r. per il Veneto, sez. I, 14 gennaio 2021, n. 52, sull'eccesso di potere per perplessità;**

Consiglio di Stato – Pareri

11. **Cons. Stato, sez. I, 30 dicembre 2020, n. 2178, ribadisce il criterio di riparto di giurisdizione basato sul *petitum* sostanziale.**

Normativa ed altre novità di interesse

12. **Comunicato Corte costituzionale 14 gennaio 2021 - Sulla regola del cognome paterno, la Corte solleva questione di costituzionalità davanti a se stessa;**
13. **Comunicato Corte costituzionale 14 gennaio 2021- Emergenza Covid-19: La Consulta sospende la legge della Valle D'Aosta;**
14. **Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa – Decreto 28 dicembre 2020 – Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti (in G.U. n. 7 dell'11 gennaio 2021);**
15. **Decreto legislativo 10 dicembre 2020, n. 184 – Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana recante disposizioni in materia di trasferimento di funzioni alla Regione in conformità agli articoli 19, 30, 34, 41 e 48 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (in G.U. n. 6 del 9 gennaio 2021; in vigore dal 24 gennaio 2021).**

Corte costituzionale

(1)

La Corte costituzionale dichiara illegittime alcune norme della Regione Toscana in materia di edilizia e di sismica.

Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2021 n. 2, Pres. Coraggio, Est. Viganò

La Corte ha disposto quanto segue:

a) Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dall'art. 30, comma 5, della l.r. Toscana 22 novembre 2019, n. 69 (Disposizioni in materia di governo del territorio. Adeguamenti alla normativa statale in materia di edilizia e di sismica. Modifiche alle leggi regionali 65/2014, 64/2009, 5/2010 e 35/2015), il quale prevede che per tutti gli interventi soggetti a Scia alternativa al permesso di costruire, di cui ai precedenti commi 2 e 2-*bis* – ivi compresi i mutamenti di destinazione d'uso senza opere nei centri storici – si applichi il procedimento stabilito per la Scia dall'art. 145 della stessa l. r. Toscana n. 65 del 2014, il quale non prevede l'obbligo di iniziare i lavori (ovvero, nel caso di mutamenti di destinazione senza opere, di dare effettivo avvio al mutamento d'uso) decorsi trenta giorni dalla segnalazione, come invece stabilito dall'art. 23, comma 1, t.u. edilizia.

b) Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, della l. r. Toscana n. 69 del 2019, limitatamente ai commi 3 e 4 dell'art. 168 della legge della Regione Toscana 10 novembre 2014, n. 65 (Norme per il governo del territorio), come da esso riformulato. Tale disposizione si pone infatti in sovrapposizione e in contrasto con la normativa dettata dal t.u. edilizia; ciò che determina in via principale la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., e in via subordinata dell'art. 117, terzo comma, Cost., in riferimento ai principi fondamentali delle materie «protezione civile» e «governo del territorio».

c) In riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost. in relazione all'art. 94-*bis*, comma 5, t.u. edilizia, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1, limitatamente al comma 5 del nuovo art. 170-*bis* della l. r. Toscana n. 65 del 2014; infatti, la richiamata disposizione statale – assunta qui come parametro interposto espressivo di un principio fondamentale nella materia «governo del territorio» – stabilisce soltanto che le Regioni «possono» istituire controlli, anche con modalità a campione, rispetto agli interventi «di minore rilevanza» e «privi di rilevanza» per la pubblica incolumità. Tuttavia, la radicale previsione, da parte della disposizione regionale impugnata, che i progetti relativi agli interventi strutturali privi di rilevanza per la pubblica incolumità «non sono assoggettati a controllo» finisce per escludere a priori qualsiasi possibilità di verifica da parte dell'amministrazione della conformità degli interventi al progetto e – quindi – per offrire carta bianca al privato che intenda illegittimamente discostarsene.

d) Sono, altresì, costituzionalmente illegittimi i commi 4 e 5 dell'art. 174 della l. r. Toscana n. 65 del 2014, come sostituito dall'art. 44 della legge n. 69 del 2019, in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost.; infatti, il nuovo comma

4 del menzionato art. 174, disponendo l'obbligo di trasmissione da parte del direttore dei lavori della sola «relazione di cui all'art. 65 del d.P.R. 380/2001», omette di precisare che l'obbligo si deve estendere anche ai documenti e informazioni che l'art. 65, comma 6, t.u. edilizia elenca alle lettere da a) a c), disponendo il loro deposito quali allegati alla relazione stessa. Tale omissione non è sanata dal successivo comma 5 dello stesso art. 174, che – menzionando espressamente i soli «certificati sui materiali di cui all'art. 65 del d.P.R. 380/2001» e il «giornale dei lavori strutturali» – fornisce anzi un'indicazione incompleta della documentazione da trasmettere allo sportello unico, e comunque non esattamente coincidente con quella prescritta dalla norma statale.

e) E' costituzionalmente illegittimo l'art. 46, comma 1, della l. r. Toscana n. 69 del 2019, che sostituisce il comma 2 dell'art. 182 della l. r. Toscana n. 65 del 2014, il quale disciplina la procedura per l'accertamento di conformità in sanatoria per interventi in zone sismiche; tale disposizione infatti contrasta con il principio della "doppia conformità" degli interventi oggetto di SCIA in sanatoria.

f) La regola della doppia conformità vale anche per la normativa antisismica, costituendo, per gli interventi in zona sismica, un principio fondamentale delle materie «governo del territorio» e «protezione civile».

g) In riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 73 della l. r. Toscana n. 69 del 2019, il quale detta una disciplina transitoria per le istanze di autorizzazione per l'inizio lavori nelle zone sismiche e di quelle di preavviso per l'inizio dei lavori nelle zone a bassa sismicità, stabilendo che a tali istanze, presentate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019, come convertito, «continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti al momento della presentazione dell'istanza», chiarendo altresì che «[i] relativi procedimenti sono conclusi secondo tali disposizioni».

Corte di cassazione, sezioni uniti civili

(2)

Le Sezioni unite si pronunciano sul giudice competente a decidere le controversie con il gestore dei servizi energetici in tema di misure d'incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 30 dicembre 2020, n. 29825, Pres. Lombardo, Est. Perrino

Le Sezioni unite hanno precisato che:

a) La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in tema di energia prevista dall'art. 133, comma 1, lett. o), cod. proc. amm., si estende anche alle controversie con il gestore dei servizi energetici in tema di misure d'incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili. Il gestore dei servizi energetici, difatti, seppur nella veste di società per azioni, il cui azionista unico è il Ministero dell'economia e delle finanze, svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare in tema di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile, poiché provvede alla gestione del relativo sistema pubblico.

b) La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di incentivazione della produzione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile non viene meno per la circostanza che il gestore abbia fatto ricorso a strumenti negoziali. E ciò perché egli non è chiamato a intervenire nella veste di mera controparte della convenzione (capace, perciò, di soli atti paritetici), ma come pubblica amministrazione, destinata ad operare in posizione di supremazia mediante l'esercizio di poteri autoritativi finalizzati ad assicurare l'attuazione della superiore volontà di legge. D'altronde, sono devolute alla giurisdizione amministrativa anche le controversie sulle cc.dd. rimodulazioni degli incentivi, comunque dotate di carattere autoritativo.

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

Le massime sotto riportate comprendono anche quelle pubblicate nella Sezione in evidenza del sito www.giustizia-amministrativa.it, a cura del consigliere Giulia Ferrari.

(3)

La Sezione IV rimette alla Corte costituzionale la norma della Regione Campania che deroga alle prescrizioni PUT dell'area sorrentino – amalfitana, ai fini della realizzazione di interventi edilizi.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 12 gennaio 2021, n. 389 – Pres. Giovagnoli, Est. Martino

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-*bis*, commi 2, 3 e 4, l. r. Campania 28 dicembre 2009, n. 19 c.d. Piano - casa, in relazione all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., nella parte in cui deroga alle prescrizioni dei piani paesaggistici e, in particolare di quelle contenute nel PUT dell'area sorrentino – amalfitana, ai fini della realizzazione degli interventi edilizi ivi previsti.

Ha premesso la sezione che il combinato disposto dei commi 2, 3, e 4, dell'art. 12-*bis*, l. reg. Campania 28 dicembre 2009, n. 19 denota inequivocabilmente la volontà del legislatore regionale di consentire gli interventi di cui alla medesima legge regionale, tra cui quelli ex art. 7, relativi alla riqualificazione delle aree urbane degradate anche in deroga al Piano urbanistico territoriale dell'area sorrentino - amalfitana, fatta eccezione per le aree su cui insistono vincoli di inedificabilità assoluta.
Le disposizioni recate dall'art. 12-bis, l. reg. n. 19 del 2009, nella formulazione modificata dalla l. reg. n. 16 del 7 agosto 2014, non consentono più di operare l'interpretazione costituzionalmente orientata alla quale si prestava la formulazione originaria della norma.
La questione di legittimità costituzionale dei citati commi 2-4 dell'art. 12-*bis*, l. reg. n. 19 del 2009 non è manifestamente infondata alla luce dei principi espressi dalla Corte cost. con la sentenza n. 11 del 29 gennaio 2016 con cui, in una fattispecie del tutto simile, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, l. reg. Campania 28 novembre 2000, n. 15 in materia di "recupero abitativo dei sottotetti esistenti". Si tratta infatti di una disposizione che, analogamente a quelle in esame, per agevolare la realizzazione di tali interventi edilizi, prevedeva la derogabilità delle prescrizioni dei piani paesaggistici e di quelle a contenuto paesaggistico dei

piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, ivi comprese le prescrizioni del «Piano urbanistico territoriale dell'Area Sorrentino-Amalfitana», approvato con la l. reg. n. 35 del 1987, anche in quel caso espressamente menzionata nella previsione derogatoria.
Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, "in base all'art. 117, comma secondo, lettera s), Cost., la tutela del paesaggio costituisce un ambito riservato alla potestà legislativa esclusiva statale (sentenze n. 210 del 2014 e n. 235 del 2011)", con la conseguenza "che la tutela paesaggistica apprestata dallo Stato costituisce un limite inderogabile alla disciplina che le regioni e le province autonome possono dettare nelle materie di loro competenza (sentenze n. 101 del 2010, n. 437 e n. 180 del 2008, n. 378 e n. 367 del 2007)" (così la sentenza n. 11 del 2016; da ultimo, cfr. anche le sentenze n. 86 del 2019, n. 46 del 2017, n. 189 del 2016; in precedenza, n. 235 del 2011).
La Corte ha poi evidenziato che "L'art. 145 del codice dei beni culturali e del paesaggio è dedicato al «Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione». Esso, precisando, al comma 3, che «Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette», esprime un principio di "prevalenza dei piani paesaggistici" sugli altri strumenti urbanistici (sentenza n. 180 del 2008). Tale principio è stato successivamente rafforzato con l'inserimento nella prima parte dello stesso comma 3 - ad opera dell'art. 2, comma 1, lettera r), numero 4), del decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio) - dell'inciso «non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico», riferito alle previsioni dei piani paesaggistici disciplinati agli artt. 143 e 156 del codice".
Il codice dei beni culturali e del paesaggio definisce dunque, con efficacia vincolante anche per le regioni, i rapporti tra le prescrizioni del piano paesaggistico e le prescrizioni di carattere urbanistico ed edilizio - sia contenute in un atto di pianificazione, sia espresse in atti autorizzativi puntuali, come il permesso di costruire - secondo un modello di prevalenza delle prime, non alterabile ad opera della legislazione regionale
La Corte costituzionale ha sottolineato, altresì, che "l'eventuale scelta della regione (compiuta nella specie dalla Campania) di perseguire gli obiettivi di tutela paesaggistica attraverso lo strumento dei piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici non modifica i termini

del rapporto fra tutela paesaggistica e disciplina urbanistica, come descritti, e, più precisamente, non giustifica alcuna deroga al principio secondo il quale, nella disciplina delle trasformazioni del territorio, la tutela del paesaggio assurge a valore prevalente. Il progressivo avvicinamento tra i due strumenti del piano paesaggistico "puro" e del piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici - giunto alla sostanziale equiparazione dei due tipi operata dal codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 135, comma 1) - fa sì che oggi lo strumento di pianificazione paesaggistica regionale, qualunque delle due forme esso assuma, presenti contenuti e procedure di adozione sostanzialmente uguali".

Le richiamate previsioni della l. reg. n. 19 del 2009, di derogabilità delle prescrizioni dei piani paesaggistici e in particolare di quelle contenute nel PUT dell'area sorrentino – amalfitana, ai fini della realizzazione degli interventi edilizi ivi previsti, appaiono anch'esse in contrasto con l'art. 145, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004, norma interposta in riferimento all'art. 117, comma secondo, lettera s), Cost.

Anche nel caso in esame, infatti, "Assegnando all'ordine inferiore della disciplina urbanistica la definizione del regime concreto" degli interventi consenti dal Piano casa campano, anche in deroga alle prescrizioni paesaggistiche, e con la sola salvaguardia delle previsioni relative a vincoli di inedificabilità assoluta, le disposizioni regionali degradano "la tutela paesaggistica da valore unitario prevalente a mera «esigenza urbanistica» (sentenze n. 197 del 2014 e n. 437 del 2008), parcellizzata tra i vari comuni competenti al rilascio dei singoli titoli edilizi. Con la conseguenza che ne risulta compromessa quell'«impronta unitaria della pianificazione paesaggistica», assunta dalla normativa statale a «valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme […] sull'intero territorio nazionale», idonea a superare «la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali» (sentenza n. 182 del 2006)" (Corte cost., sentenza n. 11 del 2016, cit.).

Analoghe questioni sono state sollevate con ordinanze del 12 gennaio 2021, nn. 391 e 392.

Le sopra citate ordinanze saranno oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

(4)

La Sezione V si pronuncia sulla nomina da parte del C.S.M. di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura.

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 11 gennaio 2021, n. 330 – Pres. Severini, Est. Grasso

Nel caso di situazione di sostanziale cointeressenza dal lato passivo, che consolida il litisconsorzio processuale facoltativo per accettazione del contraddittorio, quando l'Amministrazione intimata si sia costituita in giudizio ed abbia resistito, nel merito, al ricorso del privato senza formulare eccezioni sulla propria posizione sostanziale legittimante, deve ritenersi preclusa, pur in assenza di giudicato interno, l'eccezione che viene formulata per la prima volta in appello, che si colorerebbe (pur non confliggendo, sul piano formale, con il divieto di *ius novorum*) dell'abusività che connota l'esercizio di facoltà processuali *contra factum proprium*.

La nomina, da parte del Consiglio superiore della magistratura di componenti del Consiglio direttivo della Scuola Superiore della Magistratura avviene a seguito di una procedura selettiva al fine di individuare, nella pluralità di candidati, i migliori tra essi, mediante una attività tecnico-valutativa e di corrispondente giudizio, strettamente legata al "principio meritocratico", secondo quanto indicato nello stesso "bando-interpello", volta a una scelta motivata e leggibile e non già, per così dire "politica" o comunque partitamente "fiduciaria".

Vale rammentare che, nel processo amministrativo impugnatorio (cfr. art. 29 c.p.a.), la *legitimatio ad causam* spetta, in via esclusiva, "alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato", alla quale, perciò, il ricorso introduttivo (con cui è "proposta l'azione di annullamento") deve essere notificato, a pena di inammissibilità, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio processuale (art. 41, comma e 35, comma 1, lettera b, c.p.a.).
Ne discende che, trattandosi di una condizione dell'azione, il cui difetto concreta "ragione ostativa ad una pronuncia di merito", essa è, per un verso,

suscettibile di rilievo officioso in ogni stato e grado del processo e, per altro verso e in termini generali – con la sola preclusione del c.d. giudicato interno – eccepibile, anche per la prima volta, in appello, non ostandovi il divieto di *ius novorum* ex art. 104, comma 1, c.p.a. (Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; C.g.a. 13 maggio 2019, n. 428).

Ciò detto, importa, osservare che la natura multipla degli interessi (pubblici, privati, collettivi o diffusi) coinvolti dall'azione amministrativa e, per altro verso, le frequenti ragioni di connessione funzionale tra soggetti pubblici a vario titolo coinvolti (artt. 9 e 14, l. n. 241 del 1990), danno conto della legittimazione passiva spettante – oltre che ai controinteressati, pubblici o privati (i quali ultimi, a determinate condizioni, rivestono la posizione di parti necessarie del giudizio: cfr. art. 41, comma 2, e 49 c.p.a.) – a varie figure di (passivamente) cointeressati.

Ne discende che, quando il ricorso introduttivo della lite sia stato notificato, oltreché all'Amministrazione che ha formalmente adottato il provvedimento impugnato, anche ad altra Amministrazione la quale, quand'anche non sia parte necessaria del processo (perché il provvedimento impugnato non le è soggettivamente e formalmente imputabile), ha – per ragioni di ordine funzionale, di intreccio di competenze ovvero di connessione tra procedimenti – obiettivo interesse all'esito della lite, l'atto introduttivo va inteso come acquisito in termini di *denunciatio litis*, che la pone in condizione di curare il proprio cointeresse (nel senso precipuo di interesse connesso) nella controversia.

Ciò non impedisce, naturalmente, con la rituale formalizzazione dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva, la facoltà di chiedere la propria estromissione dalla lite, non trattandosi di parte necessaria del giudizio e potendo la *denunciatio* non correlarsi ad interessi stimati concretamente apprezzabili o meritevoli di essere tutelati. Cionondimeno, quando l'Amministrazione intimata si sia costituita in giudizio ed abbia resistito, nel merito, al ricorso del privato senza formulare eccezioni sulla propria posizione sostanziale legittimante, deve ritenersi preclusa, pur in assenza di giudicato interno, l'eccezione che viene formulata per la prima volta in appello, che si colorerebbe (pur non confliggendo, sul piano formale, con il divieto di *ius novorum*) dell'abusività che connota l'esercizio di facoltà processuali *contra factum proprium* (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5645).

Si deve, perciò, tenere distinta l'ipotesi della obiettiva e formale estraneità alla controversia del soggetto pubblico passivamente non legittimato (per la quale la rilevabilità officiosa e l'assenza di preclusione *ex novis* alla deduzione di parte, in ogni stato e grado del giudizio, non soffrono eccezioni) dalla situazione di sostanziale cointeressenza dal lato passivo, che consolida il litisconsorzio processuale facoltativo per accettazione del contraddittorio, in assenza di tempestiva richiesta di estromissione ex *denuntiata lite*.

Nel caso di specie, l'interesse del Ministero della giustizia non è dubbio e, segnatamente, si declina: a) sul piano funzionale dei compiti del Comitato direttivo della Scuola della Magistratura, responsabile della "programmazione annuale dell'attività didattica", che deve tenere conto delle "linee programmatiche" proposte annualmente non solo dal C.S.M., ma anche dal Ministero (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 26 del 2006), cui è trasmessa anche, all'esito della approvazione, la "relazione annuale" sulla organizzazione dell'attività didattica; b) sul piano strutturale della composizione soggettiva del Comitato direttivo, che vede il concorso del C.S.M. e del Ministero nella nomina della quota dei componenti di rispettiva competenza, pur destinati ad esercitare le loro funzioni in condizioni di indipendenza dall'organo che li ha nominati (art. 7, d.lgs. cit.).

Ha ricordato la Sezione che l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 26 del 2006 disciplina la "nomina" dei «componenti» del Comitato direttivo della Scuola per la Magistratura, prevedendo che essi siano «scelti»" – nella misura di sette dei dodici complessivi – «fra magistrati, anche in quiescenza, che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità», sei dei quali designati dal Consiglio Superiore della Magistratura ed uno dal Ministro della giustizia. Dei residui cinque componenti, tre sono scelti «fra professori universitari, anche in quiescenza» (uno dei quali designato dal C.S.M., gli altri due dal Ministro) e due «fra avvocati che abbiano esercitato la professione per almeno dieci anni» (entrambi nominati dal Ministro).

L'ordinamento parla di "nomina" per individuare due fenomeni giuridici ben distinguibili: a) il primo consiste nel potere sostanziale di scegliere i soggetti da preporre ad un ufficio, da destinare ad una carica o cui conferire un incarico (c.d. nomina-scelta); b) il secondo si riferisce al potere formale di investitura nella titolarità di un ufficio (c.d. nomina-investitura).

Nel primo caso, si tratta di un atto sostanziale, espressione del potere discrezionale di scelta di soggetti destinati alla carica, che, come tale, si distingue (e contrappone) ad altre forme di individuazione della persona che deve ricoprire un determinato ufficio, come l'elezione, il concorso, la designazione, la cooptazione ovvero, in ipotesi residuali, l'estrazione a sorte.

Nel secondo caso, si tratta di un atto formale con cui una persona, previamente individuata mediante uno dei suddetti modi, viene preposta all'ufficio o investita dell'incarico: come tale, si contrappone a modalità alternative di preposizione, come la proclamazione, l'investitura *ope legis*, l'assunzione, l'accettazione, la presa di possesso, l'insediamento.

Con evidenza – per quanto sia possibile che i due momenti si sintetizzino in un'unica fattispecie – il primo profilo ha carattere strumentale (mira ad individuare il destinatario della scelta), il secondo ha carattere formale (viene a renderla definitiva, perfezionando il relativo procedimento).

Ciò posto, nel caso in esame viene in considerazione (come fatto palese anche dall'uso delle parole all'interno della disposizione normativa) una ipotesi di nomina-scelta. Mentre, però, relativamente alla competenza del Ministro, la discrezionalità selettiva che la connota può arrivare ad assumere, per la natura strettamente amministrativa dell'organo e la responsabilità politica del Ministro, il tratto di una individuazione *intuitu personae* (cioè di una nomina 'a scelta', dove l'apprezzamento del merito professionale e della capacità rispetto all'ufficio *ad quem* sono rimessi all'autonomo apprezzamento discrezionale ministeriale), nel caso del Consiglio Superiore della Magistratura (che non è organo politico ma organo di alta amministrazione di rilievo costituzionale: Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215), la scelta va connessa non solo all'ufficio di destinazione, ma prima ancora alla particolare natura a struttura del CSM. E proprio in ragione del suo carattere di organo di governo autonomo a base composta ed essenzialmente elettiva, la valutazione tecnico-discrezionale orientata ad una tale selezione va condotta secondo canoni di trasparenza, di verificabilità, di idoneità e di razionalità che accentuino – rapportandoli alle caratteristiche di questo particolare organo di rilievo costituzionale – i connotati già propri di ogni attività amministrativa (cfr. artt. 97 Cost. e 1, l. n. 241 del 1990), emancipandoli dai caratteri di una ripartita nomina 'a scelta'. Sicché, nel rispetto dell'alta funzione propria dell'organo di governo autonomo, costituzionalmente ben distinta da quella ministeriale, e anche ad evitare che l'occasionale formula di rappresentatività del selettore prevalga

sull'obiettiva valutazione comparata delle attitudini dei selezionandi, il vaglio della professionalità - in termini di merito e di attitudini - va svolto e congruamente motivato secondo rigorosi ed obiettivi parametri, strettamente professionali e non mai di altra natura o ordine.

Del resto, lo stesso C.S.M. bene ha ritenuto di (almeno) procedimentalizzare la selezione, attraverso la diramazione di un interpello fra i magistrati in possesso dei requisiti, preordinato ad acquisire le manifestazioni "disponibilità" degli "aspiranti", accompagnate da una "autorelazione" strumentale a "fornire […] elementi di valutazione", in ordine alla "idoneità specifica a ricoprire l'incarico", avuto riguardo alle "esperienze maturate nella giurisdizione sia di merito, nei differenti settori di competenza", alle "pregresse specifiche esperienze nell'attività di formazione e in attività di rilevanza organizzativa", alla "comprovata attitudine all'approccio multidisciplinare", alle "attività di studio e di ricerca scientifica, connesse all'attività di formazione"; al "possesso di specifiche attitudini tecniche, culturali e organizzative", alla "comprovata conoscenza delle problematiche della didattica e della formazione professionale", alla "conoscenza di una o più lingue straniere, attestate da idonea documentazione o da autocertificazione".

Si tratta, all'evidenza, già di una prefigurazione di criteri e di modalità di esercizio dell'attività selettiva che, operando nella logica dell'autovincolo, mira, in assenza di criteri normativi già fissati dal precetto primario o trasfusi in atti programmatici generali, a orientare la facoltà di scelta lungo il giusto crinale di una discrezionalità tecnica, che esclude – obbligando alla coerenza e imponendo adeguata e congrua motivazione – sia nomine arbitrarie (in quanto affidate a logiche non verificabili) sia designazioni meramente fiduciarie (che prescindono da profili meritocratici, e incardinate invece su criteri estranei alla funzione propria del governo autonomo della magistratura, come costituzionalmente configurato).

Se, allora, è vero che la procedura per cui è causa non può essere sovrapposta a quella, normativamente regolata sulla base di specifici indicatori, stabilita per la selezione di magistrati per incarichi direttivi o semidirettivi, è vero anche – se *quod differtur non aufertur* – che la stessa deve considerarsi (se non "necessariamente concorsuale", come con impropria ma innocua terminologia ha sancito il primo giudice) comunque "selettiva". Ne consegue, per naturale coerenza dell'ordinamento anche in rapporto all'immanente principio di legalità e a quello di razionalità amministrativa

ex art. 97 Cost., l'obbligo di individuare, nella pluralità di candidati, i migliori tra essi, mediante una attività tecnico-valutativa e di corrispondente giudizio, strettamente legata al "principio meritocratico", secondo quanto indicato nello stesso "bando-interpello", volta a una scelta motivata e leggibile e non già, per così dire "politica" o comunque partitamente "fiduciaria".

A tal fine, gli indici predeterminati e ritenuti rilevanti (essenzialmente correlati all'esperienza maturata nell'esercizio della giurisdizione e alla attività dedicata alla formazione), dovevano ritenersi idonei a vincolare il C.S.M. a prenderli espressamente in considerazione e a motivare sulla loro concreta utilizzazione ai fini delle valutazioni comparative.

Bene, perciò, il primo giudice ha stigmatizzato la circostanza che nella delibera impugnata si rinvenga solo un breve cenno alle figure e alle esperienze professionali dei magistrati pretermessi, a fronte di un approfondito excursus su quelle dei sei prescelti: difetta una valutazione comparativa, sia pure sintetica, tale da consentire di riscontrare che le scelte effettuate siano rispondenti alla logica seguita; dal che una decisiva (e ben ritenuta dal primo giudice) carenza di motivazione.

(5)

La Sezione III illustra i rapporti sussistenti tra controllo giudiziario e interdittiva antimafia.

Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 11 gennaio 2021, n. 319 – Pres. Frattini, Est. Tulumello

Dal provvedimento favorevole, emanato all'esito del periodo di controllo giudiziario, che afferma l'inesistenza, a quella data, di elementi che possano far desumere l'esistenza di un rischio infiltrativo attuale, non può desumersi l'illegittimità dell'informativa antimafia resa in precedenza.

Ha chiarito la Sezione che la valutazione del giudice della prevenzione penale circa l'assenza di elementi che lascino supporre una disponibilità attuale dell'impresa a condizionamenti illeciti attiene ad un profilo diverso ed ulteriore (l'accertamento della c.d. "messa a disposizione") rispetto alla

ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio; ma soprattutto si colloca in un momento a questo successivo.

Non è peraltro casuale che nella sistematica normativa il controllo giudiziario presuppone l'adozione dell'informativa: rispetto alla quale rappresenta un *post factum*.

Pretendere di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze del (successivo) controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da (probabili) infiltrazioni criminali, appare dunque operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi fattuali considerati – anche sul piano diacronico – nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine, id est l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata.

La valutazione finale del giudice della prevenzione penale si riferisce dunque alla funzione tipica di tale istituto, che è un controllo successivo all'adozione dell'interdittiva, ed ha riguardo alle sopravvenienze rispetto a tale provvedimento.

(6)

La Sezione V rimette all'Adunanza plenaria l'esclusione dalla gara per istanza di concordato in bianco dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 8 gennaio 2021, n. 309 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Rotondano

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) da parte dell'impresa mandante di un raggruppamento temporaneo debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali,

ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale; b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione; c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara; d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19 ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione.

Analoga questione è stata sollevata con ordinanza 8 gennaio 2021, n. 313.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

(7)

La IV Sezione rimette alla Corte costituzionale la norma che introduce un contributo straordinario in favore del teatro Eliseo.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 21 dicembre 2020, n. 8191 – Pres. Maruotti, Est. Martino

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 22, comma 8, d.l. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con modificazioni in l. n. 96 del 21 giugno 2017, in relazione agli artt 3, 9, 33, 41 e 97 Cost. nella parte in cui introduce un contributo straordinario in favore del teatro Eliseo al di fuori della disciplina e del procedimento ordinariamente previsti ai fini dell'intervento pubblico a sostegno dei soggetti operanti nel settore del teatro e dello spettacolo dal vivo.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi, massimario e formazione.

(8)

Il T.a.r. sospende l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale dell'Emilia Romagna che ha disposto che su tutto il territorio regionale le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado svolgono esclusivamente attività didattica tramite ricorso alla didattica digitale integrata.

T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sezione I, decreto cautelare, 15 gennaio 2021, n. 30 - Pres. ed Est. Migliozzi

Deve essere sospesa l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale dell'Emilia Romagna n. 3 dell'8 gennaio 2021, nella parte in cui ha disposto che su tutto il territorio regionale le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado svolgono esclusivamente attività didattica tramite ricorso alla didattica digitale integrata – DDI, introducendo detta ordinanza per l'intero territorio regionale in tema di misure idonee al contenimento del contagio da virus Covid–19 un regime più restrittivo di quello previsto dal d.P.C.M. 3 dicembre 2020

(9)

Il T.a.r. sospende l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale della Regione Lombardia che ha disposto che su tutto il territorio regionale le

istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado svolgono esclusivamente attività didattica a distanza.

T.a.r. per la Lombardia, Milano, sezione I, decreto cautelare, 14 gennaio 2021, n. 61, Pres. ed Est. Giordano

Deve essere sospesa l'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021, nella parte in cui ha disposto su tutto il territorio regionale il ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca degli istituti scolastici secondari di secondo grado e degli istituti formativi professionali di secondo grado, perché palesa un evidente deficit istruttorio, è affetta da contraddittorietà e perché, comunque, è stata adottata in violazione del principio di proporzionalità.

(10)

Il T.a.r. per il Veneto ritiene sussistente l'eccesso di potere per perplessità se dal provvedimento non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere esercitato.

T.a.r. per il Veneto, sezione I, sentenza 14 gennaio 2021, n. 52 – Pres. Migliozzi, Est. Dato

È viziato da eccesso di potere per perplessità il provvedimento nel quale, al di là del *nomen iuris*, non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere che l'Amministrazione, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato ("revoca"), ha inteso esercitare in concreto, risultando richiamate nel corpo del provvedimento gravato una pluralità di elementi riconducibili a differenti fattispecie astratte, caratterizzate da presupposti e limiti sostanziali diversificati, posti anche a garanzia delle posizioni incise.

Ha ricordato il T.a.r. che è ben vero che l'esatta qualificazione di un provvedimento amministrativo va effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e della sua causa, anche a prescindere dal *nomen iuris* formalmente attribuito dall'Amministrazione, con la conseguenza che l'apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa od impropria, utilizzata nella formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante, né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato (Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2019, n. 8214; T.a.r. per la Calabria, Catanzaro, sez. II, 23 luglio 2020, n. 1361; T.a.r. per la Sardegna, sez. II, 4 maggio 2020, n. 260).

Tuttavia, è evidente la perplessità della determinazione amministrativa se nella stessa sono presenti valutazioni che afferiscono a profili di opportunità e convenienza in uno a profili che involgono questioni di legittimità, fra loro avvinti in modo inestricabile.

Consiglio di Stato – Pareri

(11)

La Sezione I ribadisce il criterio di riparto di giurisdizione basato sul *petitum* sostanziale.

Consiglio di Stato, sezione I, 30 dicembre 2020, n. 2178 – Pres. Torsello, Est. Pizzi

Premesso che, ai fini del riparto di giurisdizione, non rileva la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, che deve essere identificato non solo in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e

soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione, rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia in cui la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente abbia natura di diritto soggettivo, stante la natura totalmente vincolata del potere esercitato dalla Asl (fattispecie in cui l'azienda sanitaria aveva riconosciuto la parte ricorrente responsabile della contravvenzione accertata, in qualità di dirigente di fatto ai sensi dell'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008).

Normativa ed altre novità di interesse

(12)

Comunicato Corte costituzionale 14 gennaio 2021 **- Sulla regola del cognome paterno, la Corte solleva questione di costituzionalità davanti a sé stessa;**

(13)

Comunicato Corte costituzionale 14 gennaio 2021 **- Emergenza Covid-19: la Consulta sospende la legge della Valle D'Aosta;**

(14)

Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa – Decreto 28 dicembre 2020 **– Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti (in G.U. n. 7 dell'11 gennaio 2021);**

(15)

Decreto legislativo 10 dicembre 2020, n. 184 – Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana recante disposizioni in materia di trasferimento di funzioni alla Regione in conformità agli articoli 19, 30, 34, 41 e 48 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (in G.U. n. 6 del 9 gennaio 2021; in vigore dal 24 gennaio 2021).