



Normativa e giurisprudenza di interesse a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione

Corte Costituzionale

(1)

La Corte Costituzionale dichiara la infondatezza di talune questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2015, n. 33.

[Corte costituzionale, sentenza 15 maggio 2018, n. 99, Pres. Lattanzi, Red. de Pretis](#)

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2015, n. 33, promosso da [Cons. Stato, ordinanza, sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 5277](#), pubblicata nella G.U. n. 11, prima serie speciale, dell'anno 2017, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, secondo comma, 95, 97 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. (1-3)

Le questioni proposte dal Consiglio di Stato:

Appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 dell'art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di quest'ultima, nei sensi indicati nella superiore motivazione – per i seguenti profili:

a) per contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost., in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza (ove non ritenuta sanata, seppure soltanto ex nunc, dalla legge di conversione);

b) per contrasto con gli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche

con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo;

c) per contrasto con gli articoli 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito "anche in deroga a norme di legge", con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.

La Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2015, n. 33.

(1) - Il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, comma 2, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione; sotto tale profilo, le ragioni giustificative esposte nel preambolo del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33 - dove si fa riferimento alla straordinaria necessità e urgenza di avviare il processo di adeguamento del sistema bancario agli indirizzi europei - e le diffuse considerazioni svolte nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione - dove sono menzionate anche le forti sollecitazioni del Fondo monetario internazionale e dell'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica a trasformare le banche popolari maggiori in società per azioni - che collegano le esigenze di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari sia all'adeguamento del sistema bancario nazionale a indirizzi europei e di organismi internazionali, sia ai noti e deleteri effetti sull'erogazione creditizia della crisi economica e finanziaria in atto, escludono che si sia in presenza di evidente carenza del requisito della straordinaria necessità e urgenza di provvedere, così come escludono che la valutazione del requisito sia affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

(2) - L'art. 28, comma 2-ter, del t.u. bancario introdotto dall'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, impone la limitazione del diritto al rimborso delle azioni per assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali applicabili alle banche popolari, ovvero, come si esprime la stessa disposizione, per assicurare «la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca» in conformità con la normativa europea in materia. Letta sistematicamente e nella sua interezza, la disposizione prevede sì che il rimborso possa essere limitato dalla banca (alla quale le disposizioni nazionali devono garantire tale facoltà, con l'ampiezza descritta), ma solo se, nella misura e nello stretto tempo in cui ciò sia necessario per soddisfare le esigenze prudenziali. Essa impone così agli amministratori il dovere di verificare periodicamente la situazione prudenziale della banca e la permanenza delle condizioni che hanno imposto l'adozione delle misure limitative del rimborso e di provvedere ove esse siano venute meno. Più precisamente, nel caso di rinvio del rimborso, una volta che si sia accertato il venire meno degli elementi che hanno giustificato il differimento, il credito del recedente si deve considerare esigibile. La limitazione quantitativa, invece, deve condurre alla conservazione dei titoli

non rimborsati in capo al recedente, che si vedrà in questo modo reintegrato nel suo status e nel valore patrimoniale della partecipazione.

(3) - L'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, non attribuisce alla Banca d'Italia la facoltà di adottare una disciplina "sostitutiva" di quella già dettata dalla legge e neppure riconduce all'entrata in vigore della fonte secondaria la contemporanea cessazione di efficacia di disposizioni legislative delegificate. È infatti l'organo cui spetta ordinariamente l'esercizio della funzione legislativa che ha introdotto direttamente – e del tutto indipendentemente dall'entrata in vigore del provvedimento della Banca d'Italia – la regola che consente una limitazione del diritto al rimborso delle azioni, in deroga alla disciplina ordinaria che pure rimane in vigore. In questo quadro è la legge stessa che comporta l'introduzione di previsioni statutarie che, anche in deroga alle norme del codice civile, accordino agli organi amministrativi la facoltà di limitare il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale computabili nel capitale primario di classe 1; mentre alla Banca d'Italia è affidato soltanto il compito di definire le condizioni tecniche che consentono alla banca di rispettare i coefficienti patrimoniali minimi stabiliti dalla normativa prudenziale europea.

Si segnala che la sentenza sarà oggetto di trattazione in apposita News in preparazione a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

Corte di Cassazione – Sezioni Unite

(2)

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia in materia di accantonamento degli utili quale conseguenza automatica del commissariamento ex art. 32, comma 7, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

[Cass. civ., sez. un., ordinanza, 11 maggio 2018, n. 11576, Pres. Amoroso, Rel. Campanile](#)

Ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.a., nel giudizio instaurato dinanzi al T.a.r. per il Lazio dalla medesima Società ed avente ad oggetto l'impugnazione del decreto adottato dal Prefetto di Roma con il quale si dispone che gli amministratori straordinari del Consorzio Venezia Nuova accantonino gli utili delle imprese consorziate a quest'ultimo (Cfr. T.a.r. Lazio, sentenza, 29 dicembre 2016, n. 12868, che ha accolto il ricorso ed annullato l'atto impugnato e, in sede di appello, Cons. Stato, 27 novembre 2017, n. 5563, che ha accolto l'appello e, in integrale riforma della sentenza impugnata, ha respinto il ricorso proposto in primo grado). (1-2)

(1) - *L'accantonamento degli utili, nella struttura dell'art. 32, comma 7, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, non deriva da una valutazione di natura discrezionale, ma costituisce un atto vincolato, quale conseguenza automatica del commissariamento; trattasi, all'evidenza, di una conseguenza della sottoposizione dell'impresa alle misure di temporanea e straordinaria gestione, determinata dalla legge, che non richiede alcun apprezzamento e alcun provvedimento da parte della pubblica amministrazione, la cui attività, sotto tale profilo, si connota come assolutamente vincolata. Appartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale (cfr., Cass. civ., sez. un., 25 settembre 2017, n. 22254; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4229).*

(2) - *La sentenza emessa dal giudice di merito dopo la proposizione di un ricorso per regolamento di giurisdizione deve considerarsi a cognizione sommaria: essa, anche se passata in giudicato, resta condizionata al riconoscimento della giurisdizione da parte della Corte di cassazione investita del regolamento (Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2015, n. 9861; Cass. civ., sez. un., 16 maggio 2014, n. 10823; Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2011, n. 10531; Cass. civ., sez. un., 23 maggio 2005, n. 10703; Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2003, n. 14070).*

Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione "[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)" della Home page del sito istituzionale.

(3)

L'Adunanza plenaria rimette gli atti alla sezione sulla questione relativa alla spettanza del risarcimento del danno in caso di aggiudicazione dell'appalto senza gara.

[Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza, 11 maggio 2018, n. 7 - Pres. Pajno, Est. Lageder](#)

Sentenza non definitiva di deferimento all'Adunanza plenaria: [Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118](#). L'Adunanza plenaria rimette gli atti alla sezione per la prosecuzione del giudizio.

Secondo l'Adunanza plenaria, ai fini della rimessione degli atti alla sezione:

“Assume, al riguardo, rilievo significativo il fatto che la questione rimessa all’Adunanza plenaria – quella, cioè, dell’opzione, tra “teoria ontologica” e “teoria eziologica” – non sembra aver riferimento soltanto al problema dell’astratta risarcibilità della chance, ma implica rilevanti conseguenze in ordine alla qualificazione della natura giuridica della figura, all’identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, all’accertamento dell’ingiustizia del danno e del nesso di causalità, all’accertamento probatorio ed al grado di certezza con esso richiesto, alla determinazione della consistenza della situazione soggettiva vantata nei confronti del debitore, agli eventuali criteri di liquidazione del danno. Ora, come risulta palese dalla lettura della sentenza non definitiva a cui accede l’ordinanza di rimessione, la Quinta Sezione sembrerebbe essersi già pronunciata su diversi dei profili sopra cennati, quali la sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento dell’amministrazione – l’affidamento del contratto senza gara – e la perdita di chance, l’esistenza e la consistenza, anche ai fini risarcitori, della chance di aggiudicazione e le connesse valutazioni legate al profilo probatorio. Potrebbero, in tal modo, essere stati toccati profili attinenti, in ultima analisi, alla determinazione stessa della natura giuridica della perdita di chance, nonché al danno risarcibile”.

Si segnala che la sentenza è stata oggetto di trattazione in apposita News inviata il 17 maggio 2018 a cura dell’Ufficio Studi Massimario e Formazione.

(4)

L’Adunanza plenaria rinvia alla Corte di giustizia dell’Unione europea la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con l’art. 1, parr. 1, comma 3, e 3, direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007, della rimessione al giudice della valutazione della concretezza dell’interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, in ipotesi di partecipazione alla gara di più imprese non evocate in giudizio.

[Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 11 maggio 2018, n. 6 - Pres. Pajno, Est. Taormina](#)

Ordinanza di rimessione: [Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2017, n. 5103](#), relativamente al seguente quesito:

“Se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall’aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate”.

L’Adunanza plenaria dispone la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea della seguente questione pregiudiziale:

“Se l’articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell’autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell’interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell’ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell’interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)”.

Si segnala che le ordinanze saranno oggetto di trattazione in apposita News in preparazione a cura dell’Ufficio Studi Massimario e Formazione.

C.d.S, C.g.a. e T.a.r.

Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione “[Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri](#)” della Home page del sito istituzionale, ad eccezione di quelle indicate nei numeri 6, 13, 14, 15 16 e 17.

(5)

Rimessione alla Corte di giustizia di quesiti interpretativi concernenti i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

[T.a.r. per il Lazio - Latina, ordinanza, 14 maggio 2018, n. 255 - Pres. ed Est. Vinciguerra](#)

Il T.a.r. per il Lazio – Latina, dispone la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea delle seguenti questioni pregiudiziali:

1. Se l’articolo 5, par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lettere “b” e “d” – per un operatore interno, di partecipare a gare extra moenia), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all’entrata in vigore del medesimo regolamento;

2. Se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di 'operatore interno' – ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'istituto dell'in house providing – una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell'Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o pro quota, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici);

3. Se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell'ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all'affidamento, l'Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l'esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) – ente che non esercita alcun "controllo analogo" sull'affidatario diretto dei servizi – sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l'affidamento in questione al regime dell'articolo 5, par. 2, del regolamento;

4. Se l'originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento CE 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell'affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli articoli 5 ed 8, par. 3 del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione ex lege (articolo 8, par. 3 cpv) a tale termine trentennale.

Si segnala che l'ordinanza sarà oggetto di trattazione in apposita News in preparazione a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

(6)

Se sia configurabile il silenzio assenso del GSE sulle domande di ammissione alle tariffe incentivanti; se il GSE possa sindacare la validità ed efficacia degli assensi rilasciati dagli altri enti e P.A. coinvolte nella realizzazione e gestione degli impianti energetici; se la nuova disciplina delle (più miti) sanzioni irrogabili dal GSE in caso di irregolarità poste in essere dalle imprese richiedenti le tariffe incentivanti - introdotta dalla legge 205 del 2017 - sia immediatamente applicabile.

[Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859 – Pres. Poli, Est. Tarantino](#)

Definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per il Lazio, sez. III, 23 gennaio 2017, n. 1099](#), lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, annulla il provvedimento di diniego adottato dal GSE in data 10 giugno 2013 ai sensi e nei limiti di cui in motivazione. (1-3)

(1) - L'art. 4, comma 3, d.m. 18 dicembre 2008, secondo il quale "Il GSE valuta la domanda secondo i criteri indicati nell'allegato A determinando in via presuntiva l'energia elettrica incentivata. In tutti i casi, la domanda si ritiene accolta in mancanza di pronunciamento del GSE entro novanta giorni dal ricevimento", non può essere ricondotto, sic et simpliciter, all'interno del meccanismo

del silenzio-assenso, dal momento che il tenore letterale della disposizione in questione deve omogeneizzarsi alla disciplina generale contenuta nel comma 4 dell'art. 20, l. 241/90, che esclude che un simile istituto possa essere utilizzato in relazione ad atti e procedimenti riguardanti l'ambiente.

(2) - Ai sensi del combinato disposto degli artt. 42, commi 1 e 2, cit. e 4, co. 2, lett. c), d.m. 18 dicembre 2008, il GSE si deve limitare a verificare l'esistenza del titolo autorizzativo, non potendo sindacare la legittimità e conseguentemente l'efficacia dello stesso; in relazione agli atti prodromici che devono essere adottati da altre Amministrazioni ovvero dagli enti locali o, in generale in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti, il controllo operato dal GSE ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore.

(3) - L'art. 1, comma 960, l. n. 205 del 2017, stante il suo univoco tenore letterale, è applicabile ratione temporis, solo in relazione a provvedimenti emanati dal Gestore successivamente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2018) (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 20 aprile 2018, n. 1749).

(7)

La condanna alla *astreinte* è possibile solo in presenza di violazione del giudicato e non di sentenza semplicemente esecutiva.

[Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2815 – Pres. Poli, Est. Taormina](#)

Definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Campania, sez. V, 30 agosto 2017, n. 4217](#), relativa alla ottemperanza alla sentenza del [T.a.r. per la Campania, sez. V, 27 settembre 2016, n. 4452](#), lo accoglie in parte e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata decisione, dispone nei sensi di cui in motivazione.

(8)

I provvedimenti di autotutela su atti di ritiro di ordini di demolizione sono retti dai principi enucleati dalla Adunanza plenaria n. 9 del 2017 in quanto integralmente vincolati.

[Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2799 – Pres. Poli, Est. Sabato](#)

Respinge l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Toscana, sez. III, del 6 agosto 2007, n. 1653](#).

(9)

L'introduzione, nell'art. 4 d.lgs. 18 aprile 2016, dell'inciso "dei contratti attivi", non depone nel senso di escludere l'applicazione dei principi generali previsti dall'art. 4 ai contratti diversi dai contratti attivi; né restringe la portata applicativa che già il testo dell'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006 e poi il testo analogo dell'originario art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 attribuiscono alla previsione dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito oggettivo del codice, consentendo comunque quel collegamento tra l'art. 4 e l'art. 17, per nulla messo in dubbio a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, così come era stato reputato pressoché scontato nei rapporti tra gli artt. 19 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

[Cons. Stato, commissione speciale, 10 maggio 2018, n. 1241](#)

Afferma la Commissione speciale del Consiglio di Stato, in particolare, che:

Come l'Adunanza Plenaria ha già avuto modo di evidenziare a proposito dell'art. 217 del d.lgs. n. 163 del 2006 e delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, dagli appalti semplicemente "esclusi" – ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente "esentati" – occorre distinguere gli appalti del tutto "estranei" agli ambiti di azione delle direttive, emergendo dal quadro normativo "[...] una diversificazione delle cause di esclusione degli appalti dall'ambito di applicazione delle direttive. In particolare, nel "genus" esclusioni possono individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa "ratio", gli appalti "esenti" e gli appalti "estranei". Gli appalti "esenti" sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni latu sensu di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segreti, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi. [...]. Gli appalti "estranei" sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE). [...]]>> (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2011).

Orbene, queste conclusioni si addicono anche alla disciplina risultante dalle direttive sopravvenute 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE e dall'attuale codice dei contratti pubblici e comportano, con riferimento ai contratti aventi ad oggetto terreni fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni che, come detto in premessa, i contratti passivi di acquisto e di locazione nei quali la p.a. sia conduttore rientrano tra i contratti c.d. esclusi dall'ambito oggettivo delle direttive e del codice, ma dalle une e dall'altro espressamente contemplati nelle norme di esenzione; i contratti attivi di alienazione e di locazione nei quali la p.a. sia locatore sono invece del tutto estranei alle previsioni delle direttive; ne è conseguita la loro totale estraneità anche alle previsioni originarie del d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, quando il legislatore del correttivo, dando seguito al rilievo contenuto nel parere n. 782/2017, ha inserito espressamente i "contratti attivi" nell'art. 4 del codice, ha fatto sì che contratti estranei, per causa ed oggetto, all'ambito di azione delle direttive "appalti pubblici", in forza di tale specifica previsione dell'ordinamento interno

vengano assoggettati ai principi dei Trattati e perciò accomunati, per questo aspetto, ai contratti c.d. esclusi.

L'effetto dell'intervento correttivo-integrativo, coerentemente con la ratio di ampliamento delle tutele che lo ha determinato, non può certo essere quello di estendere l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti del tutto estranei alla disciplina del codice ed, invece, sottrarre all'applicazione di questi principi, come richiamati dall'art. 4, i contratti che, pur esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, da questo sono espressamente contemplati sia nello stesso art. 4 che nell'art. 17.

Il testo attuale dell'art. 4, quale risulta dopo l'interpolazione di cui all'art. 5 del correttivo, è peraltro coerente con tale conclusione, consentendo comunque quel collegamento tra l'art. 4 e l'art. 17, per nulla messo in dubbio a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, così come era stato reputato pressoché scontato nei rapporti tra gli artt. 19 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

(10)

Limiti al criterio della competenza del foro del pubblico impiego in presenza di impugnativa di atti emessi da autorità nazionali i cui effetti si ripercuotono su dipendenti in servizio in diverse circoscrizioni di T.a.r.

[Cons. Stato, sez. IV, ordinanza, 9 maggio 2018, n. 2791 - Pres. Poli, Est. Taormina](#)

Definitivamente pronunciando sul regolamento di competenza relativo all'ordinanza del [T.a.r. per le Marche, sez. I, 21 dicembre 2017, n. 317](#), lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della gravata ordinanza, dichiara la competenza del T.a.r. per il Lazio - Roma a decidere sulla controversia.

(11)

Natura programmatica del Piano di commercio e conseguente competenza del consiglio comunale per la approvazione.

[Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2018, n. 2762 – Pres. Poli, Est. D'Angelo](#)

Respinge gli appelli sui ricorsi riuniti avverso la sentenza del [T.a.r. per il Veneto, sez. III, n. 1423 del 29 dicembre 2016, n. 1423](#).

(12)

Il T.a.r. per la Toscana dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 1, lett. d), n. 1, l.r. 3 marzo 2015, n. 22, nel testo modificato dall'art. 2, comma 1, l.r. 30 ottobre 2015, n. 70, e 5, comma 1. lett. e) e p), l.r. 18 maggio 1998, n. 25, nel testo modificato dalle l.r. 28 ottobre 2014, n. 61 e 24 febbraio 2016, n. 15, in materia ambientale nella parte in cui attribuiscono alla Regione competenze in materia di rifiuti e bonifica siti inquinati in precedenza spettanti alle Province.

[T.a.r. per la Toscana, sez. II, ordinanza, 7 maggio 2018, n. 621 - Pres. Romano, Est. Viola](#)

Sulla impugnazione del Regolamento della Giunta Regionale Toscana del 29 marzo 2017, n. 13/R - *Regolamento recante disposizioni per l'esercizio delle funzioni autorizzatorie regionali in materia ambientale in attuazione dell'articolo 5 della legge regionale 18 maggio 1998, n. 25; dell'articolo 76 bis, l.r. 12 febbraio 2010, n.10 - Norme in materia di valutazione ambientale strategica (VAS), di valutazione di impatto ambientale (VIA), di autorizzazione integrata ambientale (AIA) e di autorizzazione unica ambientale (AUA); dell'art. 13, comma 1, lettera a), l.r. 31 maggio 2006, n. 20 - Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento; dell'articolo 16, l.r. 11 febbraio 2010, n. 9 - Norme per la tutela della qualità dell'aria ambiente. Modifiche al regolamento 25 febbraio 2004, n. 14/r (Regolamento regionale di attuazione ai sensi della lettera e), comma 1, dell'articolo 5 della legge regionale 18 maggio 1998, n. 25 – Norme per la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati, pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Toscana del 31 marzo 2017.*

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione delle norme costituzionali di cui all'art. 117, 2° comma lett. p) e s) della Costituzione, delle previsioni di cui agli artt. 2, 1° comma lett. d) n. 1 della l.r. 3 marzo 2015, n. 22 (nel testo modificato dall'art. 2, 1° comma della l.r. 30 ottobre 2015, n. 70) e 5, 1° comma lett. e) e p) della l.r. 18 maggio 1998, n. 25 (nel testo modificato dalle l.r. 28 ottobre 2014, n. 61 e 24 febbraio 2016, n. 15) nella parte in cui attribuiscono alla Regione Toscana le competenze già esercitate dalle Province in materia di:

- a) controllo e verifica degli interventi di bonifica ed al monitoraggio ad essi conseguenti previste dagli artt. 197, 1° comma lett. a), 242, 12° comma e 248, 1° e 2° comma del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152;*
- b) controllo periodico su tutte le attività di gestione, di intermediazione e di commercio dei rifiuti e accertamento delle relative violazioni, previste dagli artt. 197, 1° comma lett. b) e 262, 1° comma del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152;*
- c) verifica e controllo dei requisiti previsti per l'applicazione delle procedure semplificate previste dagli artt. 197, 1° comma lett. c), 214, 9° comma, 215 commi 3 e seg. e 216, commi 4 e seg. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.*

Si segnala che l'ordinanza è stata oggetto della News in data 17 maggio 2018 a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione.

(13)

Ambito del controllo esercitabile dal Comune sulla legittimazione attiva dei richiedenti il titolo edilizio ed eccezionalità dell'istituto pretorio del "lotto intercluso".

[Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2397 – Pres. Poli, Est. Verrico](#)

Accoglie l'appello avverso la sentenza non definitiva del [T.a.r. per la Valle d'Aosta, 16 marzo 2011, n. 24](#), concernente concessione edilizia per fabbricati destinati a civile abitazione e, per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza non definitiva, conferma l'annullamento della concessione edilizia n. 15 del 20 luglio 2010, nei sensi di cui in motivazione. (1-2)

(1) - *La legittimazione attiva a richiedere il rilascio di un titolo abilitativo edilizio si configura in capo non solo al proprietario del terreno, ma pure al soggetto titolare di altro diritto di godimento del fondo, che lo autorizzi a disporne al riguardo; v'è il contestuale onere della P.A. di accertare con serietà e rigore siffatta legittimazione a chiedere il titolo edilizio, dovendo la P.A. accertare che l'istante sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria.*

(2) - *L'amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo abilitativo, deve compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, senza però sostituirsi a valutazioni squisitamente civilistiche (che appartengono alla competenza dell'A.G.O.), arrendendosi dal procedere solo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi prima facie attendibili (cfr., da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 2016, n. 5363; Id., sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2116; Id., sez. IV, 7 settembre 2016, n. 3823; Id., sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4818; Id., sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894).*

(14)

Irrilevanza del giudicato civile in materia di occupazione acquisitiva, rinuncia abdicativa e impossibilità di adottare il provvedimento ex art. 42-bis T.U. espropriazioni.

[Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2396 – Pres. Poli, Est. Di Carlo](#)

Respinge l'appello avverso la sentenza breve del [T.a.r. per il Lazio - Roma, sez. II - bis, 19 maggio 2016, n. 5898](#), concernente mancata conclusione del procedimento espropriativo e l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42 bis d.P.R. n. 327/2001. (1-2)

(1) - *La condotta illecita dell'amministrazione, quale che sia stata la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), non può comportare l'acquisizione del bene, giacché essa configura un illecito permanente ex art. 2043 c.c. La suddetta condizione di illiceità può cessare solo in conseguenza: - a) della restituzione del fondo; - b) di un accordo transattivo; - c) della rinuncia abdicativa (e non traslativa, secondo una certa prospettazione delle Sezioni Unite) da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; - d) di una compiuta usucapione, ma solo nei ristretti limiti individuati dal Consiglio di Stato (sez. IV, n. 3988 del 2015 e n. 3346 del 2014); - e) di un provvedimento emanato ex art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001.*

(2) - *Ai fini dell'affermazione dell'(avvenuta) produzione dell'effetto abdicativo al diritto di proprietà, restano irrilevanti le seguenti circostanze: - a) che la suddetta statuizione sia evincibile dalla parte motiva delle pronunce civili, ma non anche dal loro formale dispositivo; - b) che, eventualmente, non si sia formato il giudicato; - c) che non sia stato adottato il provvedimento ai sensi dell'art. 42 bis del d.P.R. n. 327/2001; - d) che, eventualmente, non sia ancora stato definitivamente accertato il quantum risarcitorio.*

(15)

Rapporti fra preclusioni processuali nazionali, applicazione del diritto europeo e limiti all'obbligo sollevare questione pregiudiziale di interpretazione.

[Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2331 – Pres. Poli, Est. Lamberti](#)

Dichiara inammissibile il ricorso per la revocazione della sentenza del [Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2017, n. 1714](#), concernente restituzione di somme indebitamente percepite.

(1-2)

(1) - *Le questioni di compatibilità con la normativa europea della disciplina nazionale debbono comunque essere svolte nel rispetto delle preclusioni processuali stabilite dalla normativa nazionale (cfr., da ultimo, Corte di giustizia, 17 marzo 2016, C-161/15, Bensada; v. anche Corte di giustizia, 4 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel).*

(2) - *In tema di preclusioni processuali valgono i seguenti principi: - la pronuncia pregiudiziale interpretativa della Corte di giustizia non travolge il giudicato amministrativo, perché l'applicazione del diritto comunitario deve comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro poste a tutela del principio di certezza del diritto (Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540); - è inammissibile l'istanza di revocazione finalizzata all'applicazione di principi successivamente elaborati dalla Corte di giustizia (Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806); - non sussiste obbligo di rinvio pregiudiziale in presenza di un precedente giudicato di inammissibilità per difetto di una condizione dell'azione (Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131); - è inammissibile l'introduzione in sede di replica di doglianze ulteriori rispetto a quelle che hanno delimitato il perimetro del thema decidendum in appello.*

(16)

Modificazione della composizione del Collegio e vizi procedurali; inconfigurabilità del danno da perdita di *chance* derivante dal mancato godimento di un fondo occupato abusivamente dalla p.a. e limiti al risarcimento del danno non patrimoniale da occupazione abusiva.

[Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2018, n. 2285 – Pres. Poli, Est. Di Carlo](#)

Non definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Calabria - Catanzaro, sez. II, 15 luglio 2015, n. 1236](#), concernente risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale a seguito di illegittima espropriazione, lo rigetta in parte e, per il resto, sospende il giudizio, ai sensi dell'art. 77, comma 4, c.p.a. (1-3)

(1) - *Dal combinato disposto di cui agli artt. 75, comma 1, 76, comma 2 e 88, comma 2, del c.p.a., si evince la necessità della (sola) identità soggettiva tra il Collegio dinanzi al quale la causa è stata discussa e quello che, all'esito, assume la decisione oggetto di pubblicazione, sicché nessun rilievo potrebbe assumere la circostanza che le precedenti udienze siano state svolte alla presenza di diversi magistrati.*

(2) – *La domanda di risarcimento del danno da perdita di chance per il mancato sfruttamento edificatorio del fondo e dei correlativi frutti civili resta subordinata alla prova: a) del nesso eziologico tra la condotta antigiuridica della p.a. e la perdita di chance; l'accertamento di tale presupposto deve essere verificato attraverso un giudizio controfattuale che si basi sulle regole applicabili all'epoca dell'evento dannoso, tenendo conto anche degli orientamenti giurisprudenziali allora accolti; b) anche presuntiva e basata su un calcolo probabilistico, della perdita di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento.*

(3) – *Il danno non patrimoniale connesso alla occupazione abusiva di un fondo è risarcibile ex se, in astratto e anche a prescindere da un'effettiva dimostrazione del patimento del danno, solo in presenza dell'adozione di un provvedimento ex art. 42-bis, d.P.R. n. 327/2001, altrimenti è necessaria la allegazione e prova di rigorosi indici fattuali (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 5262 del 2017).*

(17)

Inammissibilità dell'appello ex art. 94 c.p.a., in caso di ricorso privo di alcune pagine; inconfigurabilità del risarcimento del danno derivante da annullamento per vizio di mera forma di ordinanza di demolizione qualora sia pacifico il carattere abusivo del manufatto.

[Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2018, n. 2271 – Pres. Poli, Est. D'Angelo](#)

Dichiara inammissibile l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Campania - Napoli, sez. III, 7 dicembre 2010, n. 27083](#), concernente il risarcimento dei danni per un'ordinanza di demolizione di un manufatto adibito ad attività commerciale. (1-2)

(1) - *L'incompletezza del ricorso mancante di alcune pagine - fra cui quelle attestanti la prova della intervenuta notificazione - determina l'inammissibilità dello stesso ai sensi dell'art. 94 c.p.a. e ciò anche a prescindere dalla intervenuta costituzione dell'intimato, che nulla abbia eccepito, in quanto: a) trattasi di adempimenti espressivi di precetti integranti l'ordine pubblico processuale; b) non è completamente intellegibile il contenuto dei motivi di appello con la conseguenza che risulta violato anche il combinato disposto degli artt. 40, comma 1, lett. b), e 101, comma 1, c.p.a. sotto il profilo della omessa specifica indicazione dell'oggetto del ricorso (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2773 del 2014; id., sez. VI, n. 1682 del 2009 e n. 1818 del 2007; id., sez. IV, n. 2967 del 2009 e n. 6847 del 2006).*

(2) - *Non può riconoscersi la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo in conseguenza di un giudicato di annullamento che abbia concluso per l'esistenza di vizi formali del provvedimento impugnato, senza alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto (cfr. ex multis, Cons, Stato, sez. V, n. 675 del 2015 e sez. IV, n. 1436 del 2016; n. 3520 del 2017). La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione derivante da un provvedimento illegittimo, infatti, assume natura extra-contrattuale e non oggettiva e non può prescindere dall'accertamento della colpevolezza che non può configurarsi qualora l'annullamento del provvedimento di demolizione sia intervenuto rilevando un vizio formale insito nel difetto di contraddittorio con l'interessato.*