



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

### Indice

#### Corte di giustizia dell'Unione europea

1. Corte di giustizia UE, sezione IV, 26 marzo 2020, sul diritto di uno Stato membro di adottare una normativa in forza della quale un'autorità di controllo può avviare, per motivi di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, un procedimento di riesame d'ufficio al fine di controllare le violazioni della normativa in materia di appalti pubblici;
2. Corte di giustizia UE, sezione IV, 26 marzo 2020, sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese.

#### Corte costituzionale

3. Corte cost., 26 marzo 2020 n. 57, sulle misure interdittive antimafia adottata dal Prefetto nei confronti dell'attività privata delle imprese oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa;
4. Corte cost., 26 marzo 2020 n. 56, dichiara illegittima la disciplina del servizio di noleggio con conducente nella parte in cui prevede l'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di noleggio presso le rimesse, con ritorno alle stesse.

#### Corte di cassazione, sezioni unite civili

5. Cass. civ., sez. un., 13 marzo 2020, n. 7220, dichiarano il difetto assoluto di giurisdizione del g.o., in merito ad una controversia relativa alla rideterminazione del vitalizio dovuto ad un membro del Parlamento, in quanto tale controversia rientra nella giurisdizione domestica della Camera.

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

6. Cons. Stato, sezione IV, 26 marzo 2020, n. 2109, sul termine di durata massima della sospensione precauzionale del militare imputato in un “procedimento penale per fatti di eccezionale gravità”;
7. Cons. Stato, sezione II, 25 marzo 2020, n. 2081, sulla richiesta del solo risarcimento del danno per occupazione *sine titulo* e sulla giurisdizione del giudice amministrativo;
8. Cons. Stato, sezione IV, 23 marzo 2020, n. 2040, rimette alla Corte di giustizia Ue la questione relativa al rimborso spettante agli operatori di telecomunicazione per lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni di flussi di comunicazioni;
9. Cons. Stato, sezione II, 23 marzo 2020, n. 2012, sul rapporto tra strumenti di pianificazione urbanistica e clausole di salvaguardia;
10. Cons. Stato, sezione II, 23 marzo 2020, n. 2011, sull’effetto interruttivo del fallimento e sulla decorrenza del *dies a quo* per l’impugnazione dei titoli edilizi da parte del terzo controinteressato;
11. Cons. Stato, sezione III, 20 marzo 2020, n. 2005, rimette alla Corte di giustizia Ue l’esclusione dalla gara del concorrente che, in sede di avvalimento, ha indicato una impresa ausiliaria che ha reso false dichiarazioni;
12. Cons. Stato, sezione IV, 20 marzo 2020, n. 1994, rimette all’Adunanza plenaria la questione relativa alla competenza dell’organo liquidatore, in caso di emanazione di un atto di liquidazione di una somma, spettante a seguito della realizzazione di un’opera pubblica su un fondo altrui, in epoca anteriore alla data di dichiarazione di dissesto del Comune;
13. Cons. Stato, sezione III, 19 marzo 2020, n. 1957, sulla legittimazione dell’operatore economico ad impugnare le modalità tecniche di emissione della carta di identità elettronica;
14. Cons. Stato, sezione VI, 16 marzo 2020, n. 1848, sulla sanatoria di opere connesse al manufatto oggetto di istanza di sanatoria;
15. Cons. Stato, sezione VI, 11 marzo 2020, n. 1738, sull’effetto conformativo del giudicato ultradecennale;
16. Cons. Stato, sezione III, 9 marzo 2020, n. 1704, sul fatturato specifico maturato dall’operatore economico come espressione di capacità tecnica.

17. Cons. Stato, sez. I consultiva, 24 marzo 2020, n. 615, parere sulle Linee Guida ANAC in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (*Whistleblowing*).

## Normativa

18. **DECRETO LEGGE 25 marzo 2020, n. 19** Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19. (GU Serie Generale n. 79 del 25-03-2020).  
Entrata in vigore del provvedimento: 26/03/2020;
19. **DPCM 22 MARZO 2020** Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. (GU Serie Generale n. 76 del 22-03-2020).

## Corte di giustizia dell'Unione europea

(1)

La Corte di giustizia Ue si pronuncia sul diritto di uno Stato membro di adottare una normativa in forza della quale un'autorità di controllo può avviare, per motivi di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, un procedimento di riesame d'ufficio al fine di controllare le violazioni della normativa in materia di appalti pubblici.

[Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 26 marzo 2020, C- 496/18 e 497/18 - Hungeod Közlekedésfejlesztési contro Közbeszerzési Hatóság.](#)

La Corte di giustizia Ue ha evidenziato che:

*"1) I considerando 25 e 27 della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE*

*del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, l'articolo 1, paragrafi 1 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, l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66, l'articolo 83, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, e l'articolo 99, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, devono essere interpretati nel senso che non impongono né vietano agli Stati membri di adottare una normativa in forza della quale un'autorità di controllo può avviare, per motivi di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, un procedimento di riesame d'ufficio al fine di controllare le violazioni della normativa in materia di appalti pubblici. Tuttavia, quando un siffatto procedimento è previsto, esso rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione nei limiti in cui gli appalti pubblici oggetto di un siffatto riesame rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae delle direttive sugli appalti pubblici e deve, quindi, rispettare tale diritto, ivi compresi i suoi principi generali, di cui fa parte il principio generale di certezza del diritto.*

*2) Il principio generale di certezza del diritto osta a che, nell'ambito di un procedimento di riesame avviato d'ufficio da un'autorità di controllo per motivi di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, una nuova normativa nazionale preveda, al fine di controllare la legittimità di modifiche di contratti di appalto pubblico, l'avvio di un siffatto procedimento nel termine di decadenza da essa fissato, sebbene il termine di decadenza previsto dalla normativa precedente, applicabile alla data di tali modifiche, sia scaduto."*

La Corte di giustizia Ue si pronuncia sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese.

[Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 26 marzo 2020, C - 344/18 - ISS Facility Services NV contro Sonia Govaerts.](#)

La Corte di giustizia Ue ha evidenziato che:

*“In presenza di un trasferimento d’impresa che coinvolge più cessionari, l’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che i diritti e gli obblighi risultanti da un contratto di lavoro sono trasferiti a ciascuno dei cessionari, in proporzione alle funzioni svolte dal lavoratore interessato, a condizione che la scissione del contratto di lavoro che ne risulta sia possibile o non comporti un deterioramento delle condizioni di lavoro né pregiudichi il mantenimento dei diritti dei lavoratori garantito da tale direttiva, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare. Nell’ipotesi in cui una tale scissione si rivelasse impossibile da realizzare o arrecasse pregiudizio ai diritti di detto lavoratore, l’eventuale risoluzione del rapporto di lavoro che ne conseguirebbe sarebbe considerata, ai sensi dell’articolo 4 di detta direttiva, come dovuta al fatto del cessionario o dei cessionari, quand’anche tale risoluzione fosse intervenuta su iniziativa del lavoratore.”*

**Corte costituzionale**

(3)

La Corte costituzionale dichiara che le misure interdittive antimafia adottate dal Prefetto nei confronti dell'attività privata delle imprese oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa, non viola il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata perché, pur comportandone un grave sacrificio (nella specie era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane), è giustificata dall'estrema pericolosità del fenomeno mafioso e dal rischio di una lesione della concorrenza e della stessa dignità e libertà umana.

[Corte costituzionale, sentenza 26 marzo 2020 n. 57 - Pres. Cartabia, Red. Coraggio](#)

La Corte costituzionale ha evidenziato che il fenomeno mafioso è stato oggetto – specie negli ultimi tempi – di una ricca e sistematica giurisprudenza amministrativa, su cui si è a lungo soffermata la relazione sull'attività della Giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato per l'anno giudiziario 2020 (parte allegata, paragrafo “Attività giurisdizionale”, punto 5.1.), che ha messo in evidenza un quadro preoccupante non solo per le dimensioni, ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e in particolare – e in primo luogo – per la sua pericolosità (rilevata anche da Corte cost. sentenza n. 4 del 2018). Difatti la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave *vulnus*, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana.

Con l'informazione antimafia interdittiva si richiede all'autorità amministrativa di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.

Al provvedimento in questione viene riconosciuta natura «cautelare e preventiva» (Cons. Stato, Ad. pl., sentenza 6 aprile 2018, n. 3), comportando

un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.

Deriva dalla natura stessa dell'informazione antimafia che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, perché sintomatici e indiziari.

Tutto ciò, peraltro, non comporta che nella specie si debba ritenere violato il principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa, in quanto il dato normativo, arricchito dell'articolato quadro giurisprudenziale, esclude, dunque, la fondatezza dei dubbi di costituzionalità avanzati dal rimettente in ordine alla ammissibilità, in sé, del ricorso allo strumento amministrativo, e quindi alla legittimità della pur grave limitazione della libertà di impresa che ne deriva

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha individuato un nucleo consolidato (sin dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione terza, 3 maggio 2016, n. 1743, come ricorda la sentenza della terza sezione, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale.

Tra queste: i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica"; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

In particolare, quanto al profilo della ragionevolezza, la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi ulteriormente.

In questa valutazione complessiva dell'istituto un ruolo particolarmente rilevante assume, anche, il carattere provvisorio della misura.

La Corte, quindi, alla luce di tale coordinate ermeneutiche, ha dichiarato *“non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Palermo con l'ordinanza indicata in epigrafe.”*

#### (4)

**La Corte costituzionale dichiara illegittima la disciplina del servizio di noleggio con conducente nella parte in cui prevede l'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di noleggio presso le rimesse, con ritorno alle stesse.**

**[Corte costituzionale, sentenza 26 marzo 2020 n. 56 - Pres. Cartabia, Red. De Pretis](#)**

La Corte costituzionale ha rilevato che il legislatore statale, intervenendo direttamente sull'organizzazione e sullo svolgimento del servizio di NCC, ha adottato misure dirette allo scopo di assicurarne l'effettiva destinazione a un'utenza specifica e non indifferenziata e a evitare interferenze con il servizio di taxi, con l'obiettivo di rafforzare, tramite il contrasto dei diffusi

comportamenti abusivi presenti nel settore, un assetto di mercato definito con norme in cui si esprime il bilanciamento tra la libera iniziativa economica e gli altri interessi in gioco. La sintesi fra tutti questi interessi richiede invero una disciplina uniforme, finalizzata a garantire condizioni omogenee di mercato e assenza di distorsioni della concorrenza su base territoriale, che si potrebbero verificare qualora le condizioni di svolgimento del servizio di NCC variassero da regione a regione, salva restando la possibilità di regimi differenziati per situazioni particolari, la cui valutazione rientra nelle medesime attribuzioni statali.

Il rigido vincolo imposto dal legislatore - che prevede l'obbligo di iniziare e terminare ogni singolo servizio di NCC presso le rimesse, con ritorno alle stesse, ai sensi di quanto previsto dal secondo periodo del comma 4 dell'art. 11, della legge n. 21 del 1992, come sostituito dall'art. 10-bis, comma 1, lettera e), del d.l. n. 135 del 2018- si risolve in un aggravio organizzativo e gestionale irragionevole, in quanto obbliga il vettore, nonostante egli possa prelevare e portare a destinazione uno specifico utente in ogni luogo, a compiere necessariamente un viaggio di ritorno alla rimessa "a vuoto" prima di iniziare un nuovo servizio. La prescrizione non è solo in sé irragionevole - come risulta evidente se non altro per l'ipotesi in cui il vettore sia chiamato a effettuare un servizio proprio dal luogo in cui si è concluso il servizio precedente - ma risulta anche sproporzionata rispetto all'obiettivo prefissato di assicurare che il servizio di trasporto sia rivolto a un'utenza specifica e non indifferenziata, in quanto travalica il limite della stretta necessità, considerato che tale obiettivo è comunque presidiato dall'obbligo di prenotazione presso la sede o la rimessa e da quello, previsto all'art. 3, comma 2, della legge n. 21 del 1992, di stazionamento dei mezzi all'interno delle rimesse (o dei pontili d'attracco).

Per la loro stretta connessione all'obbligo di iniziare e terminare ogni viaggio alla rimessa, sono illegittime anche le norme che derogano in casi particolari allo stesso obbligo, e segnatamente il comma 1, lettera f), nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 11 della legge n. 21 del 1992, e il comma 9 dell'art. 10-bis del d.l. n. 135 del 2018.

Per questi motivi la Corte costituzionale ha dichiarato *l'illegittimità costituzionale dell'art. 10-bis, comma 1, lettera e), del decreto-legge 14 dicembre*

2018, n. 135 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, nella legge 11 febbraio 2019, n. 12, nella parte in cui ha sostituito il secondo periodo del comma 4 dell'art. 11 della legge 15 gennaio 1992, n. 21 (Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea) e dell'art. 10-bis, commi 1, lettera f), nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 11 della legge n. 21 del 1992, e 9, del d.l. n. 135 del 2018.

## Corte di cassazione, sezioni unite civili

**(5)**

**Le Sezioni unite dichiarano il difetto assoluto di giurisdizione del g.o., in merito ad una controversia relativa alla rideterminazione del vitalizio dovuto ad un membro del Parlamento, in quanto tale controversia rientra nella giurisdizione domestica della Camera.**

**[Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 13 marzo 2020, n. 7220 – Pres. Virgilio, Est. Doronzo.](#)**

Le Sezioni unite, prendendo le mosse dalle sentenze della Corte costituzionale n. 120 del 2014 e n. 262 del 2017, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*Le controversie relative alle condizioni di attribuzione e alla misura degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari - istituto riconducibile alla normativa di "diritto singolare" che si riferisce al Parlamento e ai suoi membri a presidio della peculiare posizione di autonomia riconosciuta dagli artt. 64, comma 1, 66 e 68 Cost. - spettano alla cognizione degli organi di autodichia, i quali, pur essendo "interni" all'organo costituzionale di appartenenza ed estranei all'organizzazione della giurisdizione (sicché non rientrano nel novero dei giudici speciali di cui all'art.*

*102 Cost. e i loro provvedimenti non sono soggetti al sindacato di legittimità previsto dall'art. 111, comma 7, Cost.), tuttavia svolgono un'attività obiettivamente giurisdizionale, che (...) li legittima a sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme di legge cui le fonti di autonomia effettuino rinvio».*

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

**Le massime e le relative appendici sono state redatte dal Cons. Giulia Ferrari e possono consultarsi nella Sezione "In evidenza" della Home page del sito istituzionale.**

**(6)**

**La IV Sezione si pronuncia sul termine di durata massima della sospensione precauzionale del militare imputato in un "procedimento penale per fatti di eccezionale gravità".**

**[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 26 marzo 2020, n. 2109 – Pres. Anastasi, Est. Lamberti.](#)**

In deroga all'art. 9, comma 2, l. n. 19 del 1990, che ha definito in cinque anni il periodo massimo di sospensione cautelare dei pubblici dipendenti, l'art. 919, comma 3, del Codice dell'Ordinamento Militare consente la protrazione della sospensione precauzionale anche oltre il quinquennio di ordinaria durata, allorché un militare sia imputato in un "procedimento penale per fatti di eccezionale gravità"; tale disposizione, in quanto appunto volta ad evitare i danni potenzialmente connessi al rientro in servizio dell'imputato,

non può essere applicata ove il militare - scaduto il primo quinquennio di sospensione cautelare - sia già da tempo rientrato in servizio.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 919, comma 3, del Codice dell'Ordinamento Militare attribuisce all'Amministrazione il potere di prorogare lo stato di sospensione in cui il militare già si trovi, al fine di prevenirne il rientro in servizio alla scadenza dell'ordinario termine di cinque anni, ove tale rientro in servizio sia considerato suscettibile di incidere negativamente sull'immagine, sul prestigio e sul buon andamento del Corpo di appartenenza: ne consegue che l'Amministrazione non può utilizzare tale potere di proroga della sospensione cautelare allorché l'interessato, scaduto il primo quinquennio, sia già da tempo rientrato in servizio.

Nella specie l'interessato, già sospeso nel 2008 dal servizio nel Corpo Forestale dello Stato per un quinquennio, era rientrato in servizio nel 2013 ed era poi nel 2017 transitato nell'Arma dei carabinieri assumendo lo *status* militare.

Con provvedimento dell'aprile 2019 – essendo intervenuta una sentenza di condanna in primo grado - l'Arma ha illegittimamente disposto nuova sospensione cautelare del militare per un ulteriore quinquennio ai sensi dell'art. 919, comma 3, C.O.M.

(7)

**La II Sezione si pronuncia sulla richiesta del solo risarcimento del danno per occupazione *sine titulo* e giurisdizione del giudice amministrativo.**

[Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 25 marzo 2020, n. 2081 – Pres. Cirillo, Est. Manziane.](#)

La richiesta del solo risarcimento del danno per occupazione *sine titulo* non produce alcun effetto traslativo della proprietà in capo alla p.a. precedente; essa tuttavia rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo quando l'occupazione sia comunque retta da una dichiarazione di pubblica utilità, anche riveniente dall'inclusione in uno strumento urbanistico, in funzione del quale una quota dei terreni sono stati asserviti, ancorché illegittima (senza che rilevi la qualità del vizio di legittimità che la affetta), o inefficace o comunque non seguita dal completamento della procedura espropriativa (Cons. Stato, Ad. pl., 20 gennaio 2020, nn. 2, 3, 4 e 5).

Ha ricordato la Sezione che la giurisdizione amministrativa è sempre stata riconosciuta ove le domande di restituzione e di risarcimento del danno conseguente alle occupazioni *sine titulo* siano comunque rette da una dichiarazione di pubblica utilità, da ultimo riveniente da uno strumento urbanistico (il PEEP) in funzione del quale una quota dei terreni sono stati asserviti, ancorché illegittima (senza che rilevi la qualità del vizio di legittimità che la affetta), o inefficace o comunque non seguita dal completamento della procedura espropriativa.

Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. pl., 30 agosto 2005, n. 4; 9 febbraio 2006, n. 2; 30 luglio 2007, n. 9) ha più volte chiarito che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto sorte nell'ambito di una procedura di espropriazione (e non governate *ratione temporis* dalle norme sostanziali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 327, in ogni caso anteriormente alla sentenza della Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, che ha inciso sull'art. 53 del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità) le controversie aventi per oggetto il risarcimento danni da occupazione di un fondo a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, quale atto autoritativo che fa emergere il potere pubblicistico in rapporto al bene privato e costituisce, al tempo stesso, origine funzionale della successiva attività – sia giuridica che materiale – di utilizzazione per

scopi pubblici previamente individuati, con irreversibile trasformazione del bene immobile, senza che tuttavia sia intervenuto nelle more il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà, né che vi siano state ulteriori proroghe dell'occupazione. In questo quadro, le vicende patologiche del procedimento, quali la protrazione dell'occupazione oltre il termine di efficacia, non dequalificano cioè la valenza giuridica di un'attività espletata nel corso di un procedimento, che la dichiarazione ha ab origine funzionalizzato a scopi specifici di pubblica utilità.

Quanto detto sopra, rileva ancora la Sezione, può continuare a trovare astrattamente riscontro, purché la controversia si limiti, appunto, alla richiesta risarcitoria da occupazione illegittima, comunque cessata in forza della restituzione del fondo al legittimo proprietario, della stipula di un accordo transattivo con effetti traslativi del diritto di proprietà in capo alla amministrazione autrice della condotta abusiva, del maturarsi dell'usucapione che tuttavia si perfeziona a condizioni date, ovvero dell'adozione del provvedimento previsto dall'art. 42 *bis* T.U.es.

Nel caso all'esame della Sezione, invece, proprio in ragione del ritenuto passaggio dall'occupazione legittima, a quella illegittima, indi alla rinuncia abdicativa alla proprietà, senza soluzione di continuità, venuta meno l'efficacia interruttiva della permanenza dell'illecito in passato riconosciuta anche a quest'ultima, era evidente l'impossibilità di affrontare la sola questione risarcitoria, completamente al di fuori delle sottese vicende dominicali, che finirebbero per gravitare in un limbo intermedio di incertezza sine die. La prospettazione unitaria del procedimento, peraltro, ha fatto sì che la trattazione abbia riguardato promiscuamente sia aspetti concernenti, appunto, rivendicazioni risarcitorie da occupazione divenuta illegittima, ma fondata su originario provvedimento legittimo; sia questioni indennitarie correlate invece alla successiva e formalizzata ablazione del bene, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario (art. 133, comma 1, lett. g), ultimo periodo, c.p.a.) e risultano devolute alla Corte d'appello, in unico grado, secondo la regola generale dell'ordinamento di settore per la determinazione giudiziale delle indennità desumibile dalla interpretazione

estensiva dell'art. 29 del d. lgs. n. 150/2011, «il quale non avrebbe potuto fare espresso riferimento a un istituto introdotto nell'ordinamento solo in epoca successiva» (Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2018, n. 28572). La natura indennitaria (di pregiudizi conseguenti ad un atto lecito) e non risarcitoria (di danni cagionati da un fatto illecito) delle somme che la P.A. è tenuta a liquidare e a pagare (o, in mancanza di accettazione, a depositare) per pervenire all'acquisizione del bene al proprio patrimonio indisponibile è stata affermata e confermata dalla giurisprudenza nomofilattica non solo in relazione alle somme qualificate dallo stesso legislatore come "indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale" per la perdita della proprietà del bene immobile (così già Cass. civ., sez. un., 25 luglio 2015, n. 22096), ma anche in relazione all'interesse del cinque per cento annuo sul valore venale dell'immobile, menzionato al comma 3 dell'art. 42 bis che ne prevede il pagamento "a titolo risarcitorio", giacché si tratta di «una voce del complessivo indennizzo per il pregiudizio patrimoniale previsto dal comma 1 [...] il diritto al quale (nella sua integralità, comprensiva delle voci valore venale, pregiudizio non patrimoniale e interesse del cinque per cento annuo per il periodo di occupazione) sorge solo a seguito dell'adozione del provvedimento di espropriazione c.d. sanante», sicché l'uso dell'espressione "a titolo risarcitorio" costituisce «mera imprecisione lessicale, che non altera la natura della corrispondente voce dell'indennizzo, il quale essendo unitario non può che avere natura unitaria» (Cass. civ., sez. un., 25 luglio 2016, n. 15283).

(8)

**La IV Sezione rimette alla Corte di giustizia Ue la questione relativa al rimborso spettante agli operatori di telecomunicazione per lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni di flussi di comunicazioni.**

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 23 marzo 2020, n. 2040 – Pres. Maruotti, Est. Lamberti.

É rimessa alla Corte di Giustizia Ue la questione se i principi generali di cui agli artt. 18, 26 e 102 e ss. TFUE ostino ad una disciplina nazionale che, nell'individuare le modalità di computo della tariffa per l'esecuzione, da parte degli operatori di telecomunicazione, delle attività di intercettazione disposte dall'Autorità giudiziaria, non impone il rispetto del principio dell'integrale ristoro dei costi.

L'appellante ritiene che l'art. 96 d.lgs. n. 259 del 2003, nella parte in cui stabilisce che la tariffa riconosciuta agli operatori di telecomunicazioni per l'esecuzione delle attività obbligatorie di intercettazione possa essere quantificata, da parte dei competenti Ministeri, in maniera non parametrata al principio dell'integrale ristoro dei costi, sia contrario al principio europeo della non discriminazione su base territoriale, nonché, in generale, alle norme dei Trattati in materia di libero mercato e di concorrenza.

La Sezione osserva che l'esegesi propugnata dall'appellante non ha un'evidente e palese fondatezza, posto che:

- le direttive in tema di servizi di comunicazione elettronica (in primis la direttiva 2002/21/CE) non impongono *expressis verbis* agli Stati membri di riconoscere agli operatori l'integrale ristoro dei costi, potendosi dunque ritenere, anche in considerazione del carattere di normazione del fine e non dei mezzi proprio dell'istituto della direttiva, che si sia implicitamente inteso lasciare, sul punto, libertà agli Stati membri;

- la misura delle tariffe è analoga per tutti gli operatori, grandi e piccoli, nazionali ed esteri, per cui non si riscontra né un limite giuridico alla libera

concorrenza ed alla contendibilità del mercato, né, tanto meno, una discriminazione in base alla nazionalità;

- gli operatori sono tenuti, in base al diritto Ue, a svolgere le attività di intercettazione legalmente disposte dall'Autorità giudiziaria, per cui la misura del rimborso dei relativi costi non può intrinsecamente costituire una fonte di distorsione di quello specifico mercato, in quanto trattasi di attività normativamente imposta a tutti gli operatori di quel medesimo mercato attivi nel territorio nazionale, per fini superiori di interesse pubblico;

- più in generale, le attività investigative tese ad accertare e reprimere reati, fra cui sono sussumibili le intercettazioni, rivestono un primario interesse pubblico, riconosciuto come tale anche dal diritto Ue, per cui tollerano condizionamenti finanziari solo entro limiti contenuti, tanto più se tali condizionamenti sono previsti a favore di privati che operano in mercati regolati, quale quello delle telecomunicazioni.

Non emerge dunque, ad avviso della Sezione, il carattere anti-comunitario della disciplina in commento.

Ha però ricordato la Sezione che in disparte i casi di controversie fittizie (Corte di Giustizia Ue, sentenza 11 marzo 1980, C-104/79, Foglia) o di questioni puramente ipotetiche (Corte di Giustizia Ue, sentenza 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio Nazionale dei geologi), secondo la consolidata giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia il dovere di rimessione esula soltanto allorché:

- la questione sia materialmente identica ad altra già affrontata e risolta dalla Corte;

- la questione inerisca al punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica;

- la questione, pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto euro-unitario.

A quanto consta, la Corte non si è ancora occupata della specifica questione di cui alla presente causa, né ha comunque affrontato i punti di diritto da essa sollevati; per altro verso, da un lato l'ampiezza con cui i principi generali di cui agli artt. 18, 26 e 102 ss. TFUE incidono nella materia *de qua* non è di chiarezza tale da escludere con certezza la fondatezza della tesi sostenuta da Vodafone, dall'altro nell'attuale assetto ordinamentale la rimessione alla Corte si pone come un dovere per il Giudice di ultima istanza, sì che l'omissione di tale adempimento (che può determinare la responsabilità dello Stato e - inoltre - attivare forme di responsabilità civile dello stesso Giudice persona fisica) assume carattere di eccezione e può giustificarsi solo a fronte di istanze di rimessione connotate da macroscopica illogicità, eclatante infondatezza o palese superfluità.

**Si segnala che la presente ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione.**

(9)

**La II Sezione si pronuncia sul rapporto tra strumenti di pianificazione urbanistica e clausole di salvaguardia.**

**[Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 23 marzo 2020, n. 2012 – Pres. Cirillo, Est. Manzione.](#)**

Il disegno urbanistico espresso da uno strumento di pianificazione generale costituisce estrinsecazione del potere pianificatorio connotato da ampia

discrezionalità, che rispecchia non soltanto scelte strettamente inerenti all'organizzazione edilizia del territorio, bensì afferenti anche al più vasto e comprensivo quadro delle possibili opzioni inerenti al suo sviluppo socio-economico; esso si articola su vari livelli, secondo i principi di sussidiarietà, così da cercare di assicurare al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce il compito di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme il principio di adeguatezza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Allo scopo di evitare che nel periodo intercorrente tra l'adozione e l'approvazione definitiva di un piano vengano rilasciati provvedimenti che consentono attività edificatorie (o comunque trasformative) del territorio, alla stregua per lo più di norme maggiormente permissive, compromettendo l'assetto per come "progettato" e pensato negli strumenti adottati, in materia urbanistica si utilizzano le "clausole di salvaguardia"; esse si concretizzano nella doverosa sospensione dei procedimenti finalizzati al conseguimento di ridetti titoli, fino all'approvazione del nuovo strumento urbanistico pianificatorio, e in attesa della sua entrata in vigore, alla stregua del quale dovrà assumersi la determinazione definitiva.

Con la sentenza in esame la Sezione affronta il problema del rapporto tra i vari livelli di pianificazione territoriale, evidenziando come nella individuazione dei contenuti quelli di maggior dettaglio sono rimessi ai provvedimenti adottati dagli Enti più vicini al territorio, nel rispetto dei principi di sussidiarietà ed efficacia dell'azione amministrativa. Il rapporto intercorrente tra i vari livelli di pianificazione implica uno specifico scrutinio della loro portata e potenzialità immediatamente lesiva della posizione dei singoli, senza attenderne una "specificazione" in ambito territoriale più ristretto. Diversamente, in assenza di indicazioni specifiche nei Piani subordinati, ovvero, ancor prima, una volta acclarata la correttezza delle stesse, verrebbe meno anche l'interesse all'autonoma impugnativa del Piano sovraordinato.

Sul piano del diritto intertemporale, le cd. “misure di salvaguardia”, in una prospettiva esclusivamente cautelare, sono le regole utilizzate in urbanistica allo scopo di evitare che nel periodo intercorrente tra l’adozione e l’approvazione definitiva di un piano, il rilascio di provvedimenti che consentono attività edificatorie (o comunque trasformative) del territorio, alla stregua per lo più di norme maggiormente permissive, possa comprometterne l’assetto per come “progettato” e pensato negli strumenti adottati. Esse si concretizzano nella doverosa sospensione dei procedimenti finalizzati al conseguimento di ridetti titoli, fino all’approvazione del nuovo strumento urbanistico pianificatorio, e in attesa della sua entrata in vigore, alla stregua del quale dovrà assumersi la determinazione definitiva. L’esigenza sottesa alle misure di salvaguardia è dunque di carattere conservativo e si identifica nella necessità che le richieste dei privati – fondate su una pianificazione ritenuta non più attuale, in quanto *in fieri*, e quindi potenzialmente modificata – finiscano per alterare profondamente la situazione di fatto e, di conseguenza, per pregiudicare definitivamente proprio gli obiettivi generali cui invece è finalizzata la programmazione urbanistica, rendendo estremamente difficile, se non addirittura impossibile, l’attuazione del piano in itinere (Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2014, n. 257).

(10)

**La II Sezione si pronuncia sull’effetto interruttivo del fallimento e sulla decorrenza del *dies a quo* per l’impugnazione dei titoli edilizi da parte del terzo controinteressato**

**[Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 23 marzo 2020, n. 2011 – Pres. Cirillo, Est. Altavista.](#)**

La II Sezione ha affrontato due concorrenti questioni problematiche.

Risolvendo una prima questione, ha evidenziato che la previsione dell'art. 43, comma 3 della legge fallimentare comporta un effetto interruttivo automatico del giudizio pendente in caso di fallimento di una parte nel senso che l'interruzione non dipende più dalla dichiarazione resa in giudizio dal difensore, ma dalla conoscenza comunque acquisita dal giudice in quel giudizio; inoltre, tale disciplina, in caso di mancata costituzione del curatore fallimentare per la prosecuzione del giudizio, non fa venire meno la necessità che la interruzione sia comunque dichiarata nel corso del giudizio al fine di consentire la riassunzione nei confronti del fallimento.

La Sezione ha ricordato l'orientamento della Corte di cassazione, per cui l'art. 43, comma 3, della legge fallimentare - nel testo introdotto dal d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che stabilisce che l'apertura del fallimento determina l'interruzione automatica del processo - va interpretato nel senso che, intervenuto il fallimento, l'interruzione è sottratta all'ordinario regime dettato in materia dall'art. 300 c.p.c., nel senso che deve essere dichiarata dal giudice non appena sia venuto a conoscenza dall'evento, ma non anche che la parte non fallita sia tenuta alla riassunzione del processo nei confronti del curatore indipendentemente dal fatto che l'interruzione sia stata o meno dichiarata (Cass. civ., sez. I, ord., 1 marzo 2017, n. 5288). La previsione dell'art. 43, comma 3 della legge fallimentare, infatti, nel prevedere un effetto interruttivo automatico provocato dal fallimento sulla lite pendente, ha inteso sottrarre alla discrezionalità della parte colpita dall'evento interruttivo la rappresentazione dello stesso all'interno del processo, mentre il decorso dei termini previsti dall'art. 305 c.p.c., ai fini della declaratoria di estinzione presuppone, rispetto alla parte contrapposta a quella colpita dall'evento interruttivo, non solo la conoscenza in forma legale del medesimo evento, ma anche una situazione di quiescenza del processo, che si verifica per effetto della formale constatazione da parte del giudice istruttore dell'avvenuta interruzione automatica della lite, comunque essa sia stata conosciuta (Cass. civ., sez. I, 11 aprile 2018, n. 9016).

Risolvendo un secondo tipo di questione, ha evidenziato che gli orientamenti giurisprudenziali in materia di impugnazione di titoli edilizi da parte del terzo tendono a contemperare le esigenze di tutela dei terzi con il principio di certezza delle situazioni giuridiche e quindi, sotto tale profilo, anche della posizione di chi abbia ottenuto un titolo edilizio.

La “piena conoscenza”, ai fini della decorrenza del termine per la impugnazione di un titolo edilizio viene individuata nell’inizio dei lavori, nel caso si sostenga che nessun manufatto poteva essere edificato sull’area; laddove si contesti il *quomodo* (distanze, consistenza ecc.) al completamento dei lavori o, in relazione al grado di sviluppo degli stessi, nel momento in cui si renda comunque palese l’esatta dimensione, consistenza, finalità, del manufatto in costruzione (Cons. Stato, sez. II, 12 agosto 2019, n. 5664; id., sez. IV, 26 luglio 2018, n. 4583; id. 23 maggio 2018, n. 3075); mentre la *vicinitas* di un soggetto rispetto all’area e alle opere edilizie contestate, oltre ad incidere sull’interesse ad agire, induce a ritenere che lo stesso abbia potuto avere più facilmente conoscenza della loro entità anche prima della conclusione dei lavori e comunque chi intende contestare adeguatamente un titolo edilizio ha l’onere di esercitare sollecitamente l’accesso documentale (Cons. Stato, sez. II, 26 giugno 2019, n. 4390).

### (11)

**La III Sezione rimette alla Corte di Giustizia Ue l’art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall’impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l’operatore economico**

**concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 20 marzo 2020, n. 2005 – Pres. Lipari, Est. Pescatore.](#)**

É rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione del se l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza nazionale, ormai consolidata, ritiene che: a) in forza del combinato disposto dei citati artt. 80, comma 5, lettera *f-bis*, e 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in caso di avvalimento, la dichiarazione mendace presentata dall'impresa ausiliaria comporta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che si è avvalso della sua capacità per integrare i prescritti requisiti di partecipazione; b) nell'ipotesi di dichiarazione mendace o di attestazione non

veritiera dell'impresa ausiliaria sul possesso dei requisiti ex art. 80, l'art. 89, comma 3, non è applicabile e, quindi, l'operatore economico non può sostituire l'impresa ausiliaria.

Si ritiene, infatti, che l'art. 89 prevede espressamente l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazioni mendaci provenienti dall'impresa di cui egli si avvale (Cons. Stato, sez. V, n. 6529 del 2018; id. n. 69 del 2019; Delibera Anac n. 337/2019). La sostituzione dell'impresa ausiliaria è consentita solo nelle altre ipotesi in cui risultano mancanti i pertinenti requisiti di partecipazione.

Ha aggiunto la Sezione che: a) la ratio dell'istituto dell'avvalimento è quella di favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, aprendolo ad imprese di per sé prive di requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo e consentendo loro la dimostrazione dei requisiti medesimi *per relationem*, attraverso il concorso di terzi soggetti ausiliari; b) l'istituto dell'avvalimento ha tradizionalmente goduto di ampio favore nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, che lo ha elaborato e ha contrastato prassi interpretative e disposizioni normative nazionali che potessero ostacolarne l'impiego.

Esemplificativa di questo indirizzo è la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, SWM Costruzioni, con la quale la Corte ha risolto una questione per rinvio pregiudiziale sollevata dalla V Sezione del Consiglio di Stato circa la compatibilità con il diritto UE della normativa nazionale (art. 49, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006) che vietava al concorrente in una pubblica gara di appalto di avvalersi - salvo ipotesi eccezionali - di più di un'impresa ausiliaria.

In quella sede la Corte ha definito la questione coniugando il principio della piena apertura concorrenziale con quello dell'effettività della messa a disposizione dei requisiti necessari. Secondo la Corte, infatti, "la direttiva

2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'Amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto".

La Corte ha richiamato il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza "nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici" (v., in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009, Conisma, in causa C-305/08).

La Corte ha tuttavia chiarito che eventuali limiti nazionali all'esercizio del diritto di avvalimento devono essere riguardati con rigore, alla luce dei principi di parità di trattamento e non discriminazione.

Sulla stessa scia si pone, in ambito nazionale, la pronuncia del Consiglio di Stato Ad. plen., del 4 novembre 2016, n. 23, la quale afferma, con specifico riferimento all'istituto dell'avvalimento, che "trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento Eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice Eurounitaria)".

**Si segnala che la presente ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione.**

(12)

La IV Sezione rimette all'Adunanza plenaria la questione relativa alla sussistenza, ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004, della competenza dell'organo liquidatore, in caso di emanazione di un atto di liquidazione di una somma, spettante a seguito della realizzazione di un'opera pubblica su un fondo altrui, in epoca anteriore alla data di dichiarazione di dissesto del Comune.

[Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 20 marzo 2020, n. 1994 – Pres. Maruotti, Est. Lamberti.](#)

É rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004, anche un atto di liquidazione di una somma, spettante a seguito della realizzazione di un'opera pubblica su un fondo altrui, in un'epoca anteriore alla dichiarazione di dissesto dell'ente (*recte*, dopo il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, purché prima della chiusura della gestione straordinaria) rientri nella competenza dell'organo di liquidazione, perché direttamente correlata ad un illegittimo "atto o fatto di gestione" antecedente al dissesto.

Ha ricordato che l'art. 252, comma 4, d.lgs. n. 267 del 2000 stabilisce che "l'organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente a fatti ed atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato".

L'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004 (convertito con l. n. 140 del 2004) prevede che "ai fini dell'applicazione degli articoli 252, comma 4, e 254, comma 3, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, si intendono compresi nella fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma, comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione di cui all'art. 256, comma 11, del medesimo Testo Unico".

La materia del contendere ruota, dunque, intorno all'interpretazione da riconoscere all'espressione "atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato".

**Si segnala che la presente ordinanza sarà oggetto di apposita News a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione.**

**(13)**

**La III Sezione si pronuncia sulla legittimazione dell'operatore economico ad impugnare le modalità tecniche di emissione della carta di identità elettronica.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 19 marzo 2020, n. 1957 – Pres. Frattini, Est. Noccelli.](#)**

É inammissibile il ricorso proposto da un operatore economico contro le nuove modalità tecniche di emissione della carta di identità elettronica (CIE) adottate dal Ministero dell'Interno in attuazione di quanto prevede art. 10, comma 3, d.l. n. 78 del 2015.

Ha chiarito la Sezione che la qualificazione dell'interesse vantato dall'operatore economico, al fine di legittimarlo a contestare le scelte adottate dall'amministrazione sul piano tecnico e a conferirgli, quindi, una posizione di interesse legittimo azionabile avanti al giudice amministrativo, presuppone e richiede sul piano ordinamentale una diretta correlazione tra il potere attribuito dalla norma alla Pubblica amministrazione e la posizione del soggetto, di modo che la discrezionalità tecnica non possa essere correttamente esercitata se non dopo aver ponderato anche l'interesse sotteso a questa posizione prima di adottare la soluzione ritenuta migliore, pur nel margine di opinabilità dettato dall'applicazione di discipline specialistiche.

Se, come nel caso esaminato dalla Sezione, la norma attributiva del potere prescinde da questa posizione, essendo preordinata al solo interesse pubblico all'adozione della tecnologia più progredita per l'emissione della carta d'identità elettronica (CIE), l'interesse dell'operatore economico a contestare l'adozione di questa tecnologia, in sé, non può dirsi qualificato dall'ordinamento, ancorché esso sia differenziato rispetto alla platea degli altri soggetti destinatari dell'azione amministrativa.

Diversamente, ogni operatore nel mercato di riferimento potrebbe contestare qualsivoglia scelta dell'amministrazione che ritenga lesiva del proprio interesse economico per questa sola ragione, mentre detto interesse, in difetto di qualificazione normativa, resta di mero fatto.

Nemmeno è sostenibile che l'innovazione delle modalità di emissione, sol perché priverebbero l'operatore della precedente posizione di esclusiva rispetto ad una tecnologia ritenuta dalla pubblica amministrazione ormai obsoleta o non più rispondente alle sue esigenze, conferirebbero all'operatore un interesse qualificato, oltre che differenziato, a contestare le medesime modalità che la pubblica amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, ha inteso far proprie.

Anche la discrezionalità tecnica implica infatti un tratto di apprezzamento decisionale che non è sindacabile, quanto alla scelta delle stesse discipline o

tecnologie di fondo, perché è sempre riservato alla pubblica amministrazione un potere/dovere di opzione per l'una o per l'altra nel merito – nel caso di specie l'obsolescenza della pregressa tecnologia – non contestabile da qualsivoglia soggetto dell'ordinamento, per quanto direttamente interessato al mercato di riferimento.

(14)

**La VI Sezione si pronuncia sulla sanatoria di opere connesse al manufatto oggetto di istanza di sanatoria.**

[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 16 marzo 2020, n. 1848 – Pres. Montedoro, Est. De Luca.](#)

La valutazione della sanabilità delle opere incluse in una istanza presentata ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, nel caso in cui nella stessa area di pertinenza coesistano altre opere abusive non considerate dall'interessato nella predetta istanza, ma pur sempre funzionalmente collegate alle prime, come avviene nel caso in cui tutte le opere costituiscono manufatti funzionalmente legati all'esercizio di una attività imprenditoriale, non può non includere la verifica circa la sanabilità delle altre opere edilizie abusivamente realizzate, atteso che lo scrutinio sulla "doppia conformità" non può che essere complessivo.

Qualora le Norme tecniche di attuazione dello strumento urbanistico ammettano, per una determinata zona, interventi di ampliamento solamente con riguardo alle tipologie "unifamiliare, bifamiliare o trifamiliare o, in alternativa, la tipologia a blocco con un massimo di tre alloggi", nella parte in cui richiama la nozione tecnica di tipo edilizio bi-tri familiare, prende in esame manufatti appartenente alla classe tipologica di casa binata,

caratterizzati dalla presenza di due alloggi; è pertanto legittimo il diniego di sanatoria di diniego di sanatoria con la realizzazione di alloggi (venti) superiore all'abitazione trifamiliare consentita (unitamente a quella unifamiliare e bifamiliare) dalle Norme tecniche di attuazione.

Ha chiarito la Sezione che qualora venga chiesto il rilascio di un permesso di costruire riferito soltanto a talune delle opere realizzate e l'Amministrazione riscontri l'esistenza di altre opere abusive, non scomponibili in progetti scindibili, ma funzionalmente connesse al perseguimento di uno scopo unitario, l'ente procedente non può accogliere una domanda riguardante singole opere, dovendo aversi riguardo al complessivo intervento all'uopo realizzato.

(15)

**La VI Sezione si pronuncia sull'effetto conformativo del giudicato ultradecennale.**

**[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 11 marzo 2020, n. 1738 – Pres. Montedoro, Est. Lopilato.](#)**

Qualora sul procedimento di repressione di abuso edilizio si formi un giudicato che imponga all'Amministrazione, prima di disporre la demolizione, di concludere il precedente procedimento amministrativo al fine di valutare l'effettiva consistenza delle opere di urbanizzazione e di una vecchia istanza di concessione ancora pendente, il Comune, prima di procedere alla demolizione, deve dare esecuzione al predetto giudicato, anche se per effetto del decorso di un decennio il privato non possa più agire con l'*actio iudicati*, atteso che l'effetto conformativo che da esso discende non

si estingue con la prescrizione dell'*actio iudicati* ed "impedisce" di procedere alla demolizione delle opere prima di aver esaminato le predette questioni.

Il giudicato di annullamento di atti amministrativi produce, normalmente, effetti, oltre che di accertamento, di eliminazione, di ripristinazione e conformativi.

In particolare, il vincolo conformativo assume una valenza differente a seconda che oggetto di sindacato sia un'attività amministrativa vincolata o discrezionale: i) nel primo caso esso è pieno nel senso che viene delineata in modo completo la modalità successiva di svolgimento dell'azione amministrativa; ii) nel secondo caso esso ha valenza meno pregnante, in quanto non può estendersi, per assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, a valutazioni riservate alla pubblica amministrazione. Per quanto il giudizio amministrativo verta sul rapporto giuridico al fine di accertare la spettanza delle utilità finali oggetto dell'interesse legittimo, quando l'attività amministrativa è discrezionale, il vincolo giudiziale non può incidere su spazi di decisione, afferenti all'opportunità, attribuiti alla pubblica amministrazione.

Nella fase successiva al giudicato, occorre distinguere un momento relativo alla "medesima vicenda amministrativa" e un momento relativo ad una "diversa, ancorché collegata, vicenda amministrativa".

Nel primo caso relativo alla "medesima vicenda amministrativa", l'azione amministrativa successiva al giudicato, quando l'accertamento non è stato pieno in ragione dell'esistenza di poteri discrezionali, è retta da "regole giudiziali" e da "regole legali". Ne consegue che: i) una parte di tale azione deve rispettare i vincoli che derivano dal giudicato e, in particolare, il vincolo conformativo; ii) un'altra parte della medesima azione, non oggetto di specifico accertamento giudiziale, deve rispettare i vincoli posti dal principio di legalità.

Se l'amministrazione viola la prima tipologia di vincoli di tipo giudiziale, non eseguendo il giudicato o ponendo in essere un'attività di violazione o elusione del giudicato stesso, la tutela si svolge sul piano dell'esecuzione ed è costituita dall'azione di ottemperanza, con la quale si può contestare l'omissione ovvero la nullità degli atti adottati (artt. 112 ss. c.p.a.). Il codice del processo amministrativo ha previsto che tale azione debba essere proposta entro il termine di prescrizione di dieci anni decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza, in quanto ha configurato l'esistenza di un "diritto soggettivo all'esecuzione" sottoposto all'efficacia estintiva propria della prescrizione. Anche l'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato, che per la sua specialità, non soggiace al termine di centottanta giorni previsto per le altre cause di nullità (art. 30 c.p.a.), deve essere proposta nel rispetto del suddetto termine prescrizionale (art. 31, comma 4, c.p.a.).

Se l'amministrazione viola la seconda tipologia di vincoli di tipo legale, la tutela si svolge sul piano della cognizione ed è costituita, in presenza di atti amministrativi, dall'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di decadenza di sessanta giorni (art. 41, comma 2, c.p.a.) ovvero dall'azione di nullità (art. 31, comma 4, c.p.a.), che deve essere proposta nel termine di centottanta giorni.

Nel secondo caso relativa alla "diversa vicenda amministrativa", l'azione amministrativa è retta dalle regole legali e, dunque, deve rispettare il solo principio di legalità, in quanto si tratta di un rapporto differente da quello che è stato oggetto di accertamento giudiziale.

Deve, però, ritenersi che, in alcuni casi, quando le due vicende presentano profili di collegamento sostanziale si produce quello che può essere definito "effetto conformativo" di coerenza o razionalità della complessiva azione amministrativa discendente dal giudicato.

In particolare, tale effetto, imponendo un obbligo non sottoposto a termine, produce uno svolgimento interno delle situazioni giuridiche coinvolte di tipo preclusivo nel senso che l'amministrazione non può regolare la "vicenda diversa" in contrasto con il complessivo accertamento giudiziale già svolto in ossequio al suddetto canone di coerenza nell'esercizio del potere.

La peculiarità della vicenda amministrativa risiede nel fatto che la forma di tutela si svolge esclusivamente sul piano della cognizione mediante la proposizione di un'azione di annullamento per violazione di legge o eccesso di potere che deve essere proposta nei riportati termini di decadenza. Ne consegue che il suddetto effetto conformativo incide anche, nei sensi indicati, sulla nuova attività amministrativa senza alcun limite temporale se non quello derivante dalla decorrenza del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo che con tale effetto si pone in contrasto.

In definitiva, l'effetto conformativo discendente dal giudicato impedisce l'adozione di atti amministrativi che con esso confliggono, anche indipendentemente dalla azionabilità in ottemperanza delle statuizioni della sentenza passata in cosa giudicata e della declaratoria di nullità degli atti adottati. Vengono così a scindersi l'eseguibilità del giudicato (impedita dalla prescrizione dell'*actio iudicati*) e la persistenza dell'effetto conformativo del medesimo, che comporta, comunque, il dovere dell'amministrazione di non adottare atti che contrastino con l'accertamento giudiziale e il conseguenziale effetto conformativo. Il diritto all'esecuzione del giudicato non è azionabile ma il dovere di tener conto del giudicato nelle ulteriori attività dell'amministrazione permane, con la conseguente possibilità di ritenere annullabile l'atto che non lo consideri.

Quanto esposto vale anche in presenza di attività amministrativa di repressione di abusi edilizi.

L'attività in esame è, normalmente, vincolata con la conseguenza che il giudice amministrativo accerta il rapporto con la produzione di un vincolo conformativo pieno sulla successiva attività amministrativa.

Può accadere, però, in presenza soprattutto di annullamento giudiziale di titoli edilizi già rilasciati ovvero per la complessità della vicenda amministrativa, che la pubblica amministrazione sia titolare di poteri discrezionali, con le conseguenze in ordine al regime dell'attività successiva sopra riportate.

(16)

**La III Sezione si pronuncia sul fatturato specifico maturato dall'operatore economico come espressione di capacità tecnica.**

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 9 marzo 2020, n. 1704 – Pres. Frattini, Est. Maiello.](#)

In applicazione dei principi espressi dalla Corte di giustizia Ue con sentenza del 14 febbraio 2019, n. 54, l'onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti non lede di per sé il diritto di difesa dell'operatore economico, ma questi deve essere messo in grado di conoscere agevolmente tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante; né d'altro canto è possibile riversare sulla stessa ditta che ha partecipato alla gara eventuali lacune informative, ponendo a suo carico l'onere di formalizzare un'istanza di accesso ai documenti presentati dalle controinteressate, dal momento che i suddetti oneri informativi, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 29, d.lgs. n. 50 del 2016 e 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e per come

integrati dalla citata pronuncia del giudice comunitario, gravano in via esclusiva sulla stazione appaltante.

La definizione della natura del fatturato specifico maturato dall'operatore economico come espressione di capacità tecnica va effettuata in stretta aderenza alle prescrizioni letterali della disciplina di gara ove contenente un'espressa qualificazione in tal senso non riducibile a mera espressione formale priva di significato precettivo. In siffatte evenienze l'avvalimento ha natura di avvalimento c.d. tecnico – operativo occorrendo, dunque, che vi sia stata effettivamente una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate affinché l'impegno dell'ausiliario possa dirsi effettivo ed evitare, così, che l'avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota".

## Consiglio di Stato – Pareri

(17)

**Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulle Linee Guida ANAC in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (*Whistleblowing*).**

**[Consiglio di Stato, sezione I consultiva, 24 marzo 2020, n. 615 – Pres. Mastrandrea, Est. Tucciarelli.](#)**

Le Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) sul *whistleblowing* nel settore pubblico, ai sensi dell'art. 1, comma 5, l. n. 179 del 2017, non hanno carattere vincolante per le pubbliche amministrazioni, che avranno comunque l'onere di motivare eventuali scelte diverse.

Ha chiarito la Sezione che nella individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione, la base legislativa di riferimento, costituita dall'art. 54-bis, d. lgs. n. 165 del 2001, contiene un elenco delle p.a. non coincidente con quello previsto dalla l. "anticorruzione" n. 190 del 2012. Ciò si riflette in particolare sull'applicabilità delle linee guida agli ordini professionali, alle Autorità amministrative indipendenti, alle società a controllo pubblico.

Con riguardo ai soggetti tutelati, la legge non prevede procedure distinte per gli appartenenti alle magistrature. Tuttavia, le garanzie sancite dagli artt. 101 ss. Cost. consigliano che ANAC verifichi con i rispettivi organi di autogoverno, ai fini dell'applicabilità ai magistrati, le modalità per assicurare la compatibilità con le garanzie di autonomia costituzionalmente sancita.

Quanto all'ambito oggettivo e all'individuazione delle condotte illecite, l'estensione, prospettata da ANAC, ai casi in cui si configurano fattispecie che potrebbero essere prodromiche, ovvero costituire un ambiente favorevole alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio, senza che esse configurino forme di illecito, non è facilmente riconducibile al dettato legislativo.

La gestione delle segnalazioni nelle amministrazioni e negli enti può essere realizzata anche tramite l'individuazione di alcuni ruoli da assegnare agli utenti del sistema, tra cui la figura, non prevista espressamente dalla legge, del custode delle identità.

Nelle procedure di ANAC relative alla gestione delle segnalazioni di condotte illecite e delle comunicazioni di misure ritorsive, possono essere legittimamente considerate anche le comunicazioni di misure ritorsive che provengano da soggetti diversi rispetto al segnalante o alle organizzazioni sindacali. Inoltre, solo una volta passata in giudicato, la sentenza sulla colpevolezza o meno del dipendente che abbia effettuato una segnalazione e sia stato sottoposto a procedimento penale potrà influire sulla valutazione di

ANAC circa il carattere ritorsivo della misura nei confronti del dipendente medesimo.

## Normativa ed altre novità di interesse

(18)

**DECRETO LEGGE 25 MARZO 2020, N. 19** Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19. (GU Serie Generale n. 79 del 25-03-2020).

Entrata in vigore del provvedimento: 26/03/2020;

(19)

**DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 22 MARZO 2020** Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. (GU Serie Generale n. 76 del 22-03-2020).