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

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost., 1° aprile 2021 n. 59, dichiara illegittimo l'art. 18, comma VII, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 – Statuto dei lavoratori - sul licenziamento del lavoratore per giustificato motivo obiettivo;
2. Corte cost., 29 marzo 2021 n. 49, sulla nuova disciplina del gioco del bingo come introdotta dall'art. 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205;
3. Corte cost., 23 marzo 2021 n. 46, sugli impianti di produzione di energia rinnovabile.

Corte di cassazione

4. Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9005, sul giudice competente a decidere le controversie riguardanti l'incameramento della cauzione negli appalti pubblici;
5. Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8568, sul giudice competente a decidere le azioni risarcitorie proposte dai privati nei confronti della P.A. per illegittima occupazione delle aree nell'ambito di procedimenti espropriativi;
6. Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2021, n. 8503, sugli oneri dovuti nel caso di attraversamento del demanio idrico da parte di reti di comunicazioni elettroniche.

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

7. Cons. Stato, Ad. pl., 9 aprile 2021, n. 6, l'Adunanza plenaria si pronuncia sulle azioni esperibili in caso di giudicato civile di rigetto della domanda di

risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato;

8. C.g.a., sez. giur., 7 aprile 2021, n. 295, sul risarcimento danni e colpa dell'Amministrazione se il provvedimento è illegittimo per difetto di motivazione;
9. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2021, n. 2759, incompatibilità ad essere nominato presidente di T.a.r. monosezionale per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense nella medesima sede;
10. Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2021 n. 2753, all'Adunanza plenaria diverse questioni in tema di affidamento incolpevole da annullamento giurisdizionale.
11. Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2021, n. 2669, non sussiste soccombenza e interesse ad appellare solo per fare affermare un principio di diritto in astratto, perché tale possibilità è tassativamente stabilita nel solo caso di cui all'art. 99 comma 5 c.p.a.
12. Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2643, sul controllo notarile e sulla competenza degli Uffici di Registro sugli atti di costituzione delle società *start-up* innovative;
13. Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640, sulle competenze nel procedimento di autorizzazione paesaggistica e sul meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni;
14. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, sull'ammissibilità dell'avvalimento premiale;
15. T.a.r. per la Puglia, Bari, sez. III, 24 marzo 2021, n. 495, sugli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di "grave illecito professionale" e sulla titolarità della quota "sovrana" del capitale sociale.

Consiglio di Stato – Pareri

16. Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 29 marzo 2021, n. 533, parere sullo schema di regolamento in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

Normativa ed altre novità di interesse

17. Legge 1 aprile 2021, n. 46 – Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale (in G.U. n. 82 del 6 aprile 2021; in vigore dal 21 aprile 2021);
18. Decreto-Legge 1 aprile 2021, n. 44 – Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici (in G.U. n. 79 del 1° aprile 2021; in vigore in pari data).

Corte costituzionale

(1)

La Corte dichiara illegittimo l'art. 18, comma VII, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 – Statuto dei lavoratori - sul licenziamento del lavoratore per giustificato motivo obiettivo.

Corte costituzionale, sentenza 1° aprile 2021 n. 59 – Pres. Coraggio, Red. Sciarra

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «può altresì applicare» – invece che «applica altresì» – la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma.

(2)

La Corte si pronuncia sulla nuova disciplina del gioco del bingo come introdotta dall'art. 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

Corte costituzionale, sentenza 29 marzo 2021 n. 49 – Pres. Coraggio, Red. Amato

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale – sollevate in riferimento agli artt. 3 e 41, nonché 11 e 117, primo comma, della Costituzione – dell'art. 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), il quale, nel modificare l'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)», alla lettera a), differisce al 30 settembre 2018 il termine entro il quale l'Agenzia delle dogane e dei monopoli procede alla gara per la riattribuzione delle concessioni del gioco del bingo e, al contempo, alla lettera b), eleva gli importi dovuti dai concessionari, operanti in regime di proroga tecnica, a euro 7.500 per ogni mese o frazione di mese superiore ai quindici giorni, e a euro 3.500 per ogni frazione di mese inferiore ai quindici giorni.

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

(3)

La Corte si pronuncia sugli impianti di produzione di energia rinnovabile.

Corte costituzionale – sentenza 23 marzo 2021 n. 46 – Pres. Coraggio, Red. Amoroso

La Corte costituzionale ha dichiarato:

a) inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 953, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), sollevate – in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 97, 101, 102, 111, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione ai principi generali della materia della produzione energetica da fonti rinnovabili sanciti dagli artt. 6 della direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità e 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), e agli obblighi internazionali sanciti dagli artt. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e 1 del Protocollo addizionale alla CEDU;

b) infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 953, della legge n. 145 del 2018, sollevate – in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 97, 101, 102, 111, 113 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione ai principi generali della materia della produzione energetica da fonti rinnovabili sanciti dagli artt. 6 della direttiva 2001/77/CE e 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, e agli obblighi internazionali sanciti dagli artt. 6 CEDU e 1 Prot. addiz. CEDU, nonché dell'art. 2 del Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997.

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

Corte di cassazione, sezioni uniti civili

(4)

Le Sezioni unite si pronunciano sul giudice competente a decidere le controversie riguardanti l'incameramento della cauzione negli appalti pubblici.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 31 marzo 2021, n. 9005, Pres. Amendola, Est. Cosentino

Le Sezioni unite hanno precisato che la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto, ai sensi dell'articolo 48 d.lgs. n. 163 del 2006, a seguito dell'esclusione di un concorrente dalla gara – per non avere il medesimo fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara – rientra nella giurisdizione del giudice ordinario ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza, con riguardo, esemplificativamente, all'entità delle somme dovute, ai tempi e modalità del pagamento, all'individuazione dei soggetti obbligati; rientra, per contro, nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara.

(5)

Le Sezioni unite si pronunciano sul giudice competente a decidere le azioni risarcitorie proposte dai privati nei confronti della P.A. per illegittima occupazione delle aree nell'ambito di procedimenti espropriativi.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 26 marzo 2021, n. 8568, Pres. Manna, Est. Vincenti

Le Sezioni unite hanno precisato che:

a) a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e 191 del 2006, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie risarcitorie promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, aventi ad oggetto occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile come tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, in consonanza con le norme che lo regolano, e ciò anche nel caso in cui l'ingerenza nella proprietà privata e/o la sua utilizzazione, nonché la sua irreversibile trasformazione, siano avvenute senza alcun titolo che le consentisse, ovvero nonostante il venir meno di detto titolo;

b) la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie risarcitorie relative alle occupazioni illegittime della P.A. nell'ambito di procedimenti espropriativi non trova giustificazione nell'idoneità della dichiarazione di pubblica utilità a determinare l'affievolimento del diritto di proprietà, e quindi nella configurabilità della posizione giuridica del proprietario come interesse legittimo, ma nella riconducibilità della fattispecie alla materia urbanistico-edilizia, come definita dall'art. 7, comma primo, lett. b), della legge n. 205 del 2000, in forza della quale spettano alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie aventi ad oggetto comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere da parte della P.A., quali che siano i diritti (reali o personali) fatti valere nei confronti di quest'ultima, nonché la natura (restitutoria o risarcitoria) della pretesa avanzata.

(6)

Le Sezioni unite si pronunciano sugli oneri dovuti nel caso di attraversamento del demanio idrico da parte di reti di comunicazioni elettroniche.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 25 marzo 2021, n. 8503, Pres. Travaglino, Est. Perrino

Le Sezioni unite hanno precisato che l'articolo 93, comma 2, del decreto legislativo 10 agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta – in base a quanto previsto dall'art. 12, comma 3, del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33 – nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione, restando quindi escluso ogni altro tipo di onere finanziario, reale o contributo, comunque denominato, di qualsiasi natura e per qualsivoglia ragione o titolo richiesto. In particolare, l'attraversamento del demanio idrico da parte delle infrastrutture di comunicazione elettronica gestite dalle regioni non è soggetto al pagamento di oneri o canoni che non siano previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche o da una legge statale ad esso successiva; e ciò in rispondenza alla ratio della disposizione, intesa ad eliminare ogni possibile tipo di interferenza sulla libera concorrenza nel settore di mercato delle telecomunicazioni che possa derivare dalla sottoposizione all'interno del territorio dello Stato a canoni o oneri geograficamente differenziati.

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

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

(7)

L'Adunanza plenaria si pronuncia sulle azioni esperibili in caso di giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 aprile 2021, n. 6 – Pres. Patroni Griffi, Est. Lageder

In caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327 del 2001; ai fini della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto.

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

(8)

Il C.g.a. si pronuncia sul risarcimento danni e sulla colpa dell'Amministrazione se il provvedimento è illegittimo per difetto di motivazione.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza 7 aprile 2021, n. 295 – Pres. De Nictolis, Est. Modica de Mohac

Dall'accertamento, con sentenza passata in giudicato, della illegittimità della revoca di un piano di lottizzazione non consegue l'automatico accertamento della colpa in capo all'amministrazione che aveva adottato il piano, ove l'annullamento sia stato disposto per difetto di motivazione e non perché sia stata valutata la legittimità della condotta che aveva portato all'adozione del piano stesso.

Ha chiarito il C.g.a. che la sentenza dichiarativa dell'illegittimità della revoca del piano di lottizzazione non si era spinta anche ad affermare la "colpa" dell'Amministrazione.

Il Giudice si è, infatti, limitato all'analisi del motivo di gravame volto a sindacare l'atto oggetto del suo scrutinio (id est, il provvedimento di revoca del piano di lottizzazione) sotto il profilo - il primo nell'ordine logico - della c.d. "violazione di legge". Avendo accertato che l'Amministrazione aveva fatto un uso errato delle norme regionali e nazionali in tema di "misure di salvaguardia" (pretendendo di applicarle anche prima della formale adozione del nuovo strumento urbanistico), ha ritenuto tale vizio "assorbente" e dunque sufficiente per pervenire all'annullamento del provvedimento.

E poiché l'annullamento "per violazione di legge" di un provvedimento amministrativo non implica - di regola - alcun esame sulla "colpa"

dell'Amministrazione che lo ha posto in essere (accertamento necessario per i soli giudizi risarcitori), è evidente che la "questione della colpa" non è (né può essere ritenuta) rimasta "assorbita" nel giudicato che ha sancito la illegittimità della revoca.
Il C.g.a. ha, inoltre, aggiunto che affermare l'illegittimità di un 'provvedimento di revoca' di un atto amministrativo non significa in alcun modo affermare automaticamente (o implicitamente) anche - e per relativo converso - la legittimità dell'atto che era stato revocato.
È noto, infatti, che la regola - tipica dei processi ordinari - secondo cui il giudicato "assorbe il dedotto ed il deducibile" (chiudendo pertanto ogni questione, anche se non trattata), non opera in sede di giurisdizione generale di legittimità; e che comunque nel c.d. processo amministrativo di annullamento ben può accadere (ed accade sovente, fisiologicamente) che il Giudice - la cui attività giurisdizionale è fortemente condizionata dai motivi di gravame introdotti dalla parte ricorrente e comunque dalle domande delle parti - finisca per soffermarsi ad esaminare esclusivamente l'atto (e cioè la legittimità del provvedimento), senza spingere la sua conoscenza sull'intero "rapporto" (emergente dalla controversia) fra cittadino ed Amministrazione.
Da tutto quanto fin qui osservato deve concludersi che l'accoglimento della domanda giudiziale di annullamento della delibera commissariale di revoca del piano di lottizzazione dell'area di proprietà della società appellante non ha affatto sancito (e men che mai con efficacia di giudicato) la piena legittimità della delibera con cui il piano di lottizzazione era stato (*illo tempore*) approvato (prima che venisse revocato); né, dunque e comunque, la colpevolezza della condotta del Commissario straordinario (o della Amministrazione commissariale, così può essere e sarà in seguito definita per distinguerla dalla Amministrazione comunale agente in via ordinaria) nell'aver proceduto alla revoca di tale delibera.

(9)

La IV Sezione si pronuncia sull'incompatibilità ad essere nominato presidente di T.a.r. monosezionale per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense nella medesima sede.

Consiglio di Stato, sezione V, 6 aprile 2021, n. 2759, Pres. Severini, Est. Fantini

È legittimo il diniego di nomina di Presidente di un T.a.r. monosezionale, opposto dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa al magistrato la cui figlia ha esercitato la professione di avvocato presso lo stesso T.a.r., con contenzioso ancora pendente, a nulla rilevando che la stessa abbia assunto l'impegno a non esercitare più presso detto Tribunale, essendo configurabile una presunzione assoluta di incompatibilità di sede per i presidenti di uffici giudiziari monosezionali, che non consente di pervenire alla soluzione per cui l'impegno personale dell'avvocato-congiunto di astenersi da ogni attività, anche stragiudiziale, nel campo del diritto amministrativo, dismettendo altresì gli incarichi già affidatigli, sia idonea a rimuovere lo stato di incompatibilità voluto dalla legge a tutela non solo della sostanza, ma anche della semplice apparenza dell'imparzialità e della terzietà del giudice, non meno importanti per la tranquilla fiducia che i cittadini debbono poter riporre nella giustizia.

(10)

La II Sezione rimette all'Adunanza plenaria diverse questioni in tema di affidamento incolpevole da annullamento giurisdizionale.

Consiglio di Stato, sezione II – ordinanza 6 aprile 2021 n. 2753 – Pres. Contessa, Est. Frigida

In ragione del contrasto giurisprudenziale esistente, vanno rimesse all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., le seguenti questioni:

a) se l'interessato – a prescindere dalle valutazioni circa la sussistenza in concreto della colpa della pubblica amministrazione, del danno in capo al privato e del nesso causale tra l'annullamento e la lesione – possa in astratto vantare un legittimo e qualificato affidamento su un favorevole provvedimento amministrativo annullato in sede giurisdizionale, idoneo a fondare un'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione;

b) in caso positivo, in presenza di quali condizioni ed entro quali limiti può riconoscersi al privato un diritto al risarcimento per lesione dell'affidamento incolpevole, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

Si veda sul punto, Cons. Stato, sez. II, 09.03.2021, n. 2013 oggetto di News USGA n. 29 del 26.03.2021.

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

(11)

La IV Sezione ritiene che non sussista soccombenza e interesse ad appellare qualora il ricorrente agisca al solo fine di affermare un principio di diritto in astratto, perché tale possibilità è tassativamente stabilita nel solo caso di cui all'art. 99 comma 5 c.p.a.

Consiglio di Stato, sezione IV, 30 marzo 2021, n. 2669 – Pres. Poli, Est. Lamberti

Non sussiste soccombenza e interesse ad appellare solo per fare affermare un principio di diritto in astratto, perché tale possibilità è tassativamente stabilita nel solo caso di cui all'art. 99 comma 5 c.p.a.

Ha chiarito la IV Sezione che non si apprezza alcun effettivo, oggettivo ed attuale interesse a contestare una sentenza cui, prima ancora della formulazione del gravame, si era già data, senza riserva alcuna, piena e completa attuazione, mediante l'esplicazione di una rinnovata, autonoma ed articolata istruttoria, che aveva condotto a soddisfare pienamente l'interesse pretensivo del privato, inizialmente mortificato dai provvedimenti poi annullati in prime cure.

Di converso, la possibilità di chiedere al giudice l'affermazione di un principio in astratto (e, specularmente, la facoltà del giudice di disporre in tal senso), senza che ciò sia concretamente necessario per dirimere un reale contenzioso, è prevista dalla legge in via tassativa, in quanto integrante un'eccezione alla generale necessità, propria di ogni giurisdizione soggettiva, della perdurante sussistenza di un interesse ad agire in capo alla parte che formula la domanda di giustizia: nell'ambito del giudizio amministrativo, tale possibilità è sancita unicamente dall'art. 99, comma 5, c.p.a., in consonanza con l'art. 363 c.p.c. (cfr. anche, *mutatis mutandis*, art. 618, comma 1-*ter*, c.p.p.; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 9).

(12)

La VI Sezione si pronuncia sul controllo notarile e sulla competenza degli Uffici di Registro sugli atti di costituzione delle società *start-up* innovative.

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 29 marzo 2021, n. 2643 – Pres. Montedoro, Est. Lamberti

È illegittimo il decreto del Ministero dello sviluppo economico del 17 febbraio 2016, recante "modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative", non potendo il potere esercitato avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento, ovvero incidere

sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione delle *start up* innovative, così come previsti dalla norma primaria (art. 4, comma 10-*bis*, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3), che si limita a rimettere ad un decreto la predisposizione del modello uniforme, decreto che non poteva che interessare la sola modalità pratiche di redazione dell'atto costituivo, continuando per il resto ad operare le regole tradizionali; pertanto, prevedendo la norma primaria un'alternatività quanto alle modalità di costituzione (atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'art. 24 del Codice dell'amministrazione digitale), illegittimamente il decreto dispone che l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità esclusivamente informatica.

(13)

La IV Sezione si pronuncia sulle competenze nel procedimento di autorizzazione paesaggistica e sul meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni.

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 marzo 2021, n. 2640 – Pres. Greco, Est. Verrico

Nel procedimento di autorizzazione paesaggistica disciplinato dall'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento da questa sottopostale (parere che, sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 del medesimo art. 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164); tale assetto di competenze non viene alterato per il solo fatto che in determinati casi l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, che costituisce soltanto un modulo procedimentale

semplificatorio per l'acquisizione dei diversi atti di assenso richiesti in ordine a un intervento; ne discende che l'art. 14-*ter*, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale, laddove considera acquisito senza condizioni l'assenso delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o comunque non si siano pronunciate (ivi comprese quelle preposte alla tutela di interessi "sensibili" quale quello paesaggistico), va riferito unicamente agli "assensi" da rendere direttamente all'amministrazione procedente, e non anche all'ipotesi di autorizzazione paesaggistica, laddove la Soprintendenza è chiamata a esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento, ma sulla proposta al riguardo formulata della Regione.

Il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, si applica esclusivamente ai rapporti fra l'amministrazione "procedente" per l'adozione di un provvedimento definitivo e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta" a questo prodromici, e non anche al rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della Regione e della Soprintendenza in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Ha ricordato la Sezione che alla funzione di tutela del paesaggio (che il Ministero dei beni culturali esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione, essendo esso atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, attraverso il quale, similmente a quanto avviene nell'espressione del parere di cui all'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004, l'intervento progettato viene messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della sua compatibilità con il tutelato interesse pubblico paesaggistico, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto. Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere, appunto, "tecnico" e "proprio" del caso concreto, applica il principio

fondamentale dell'art. 9 Cost., il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. Anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, essa non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale (Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; id. 15 gennaio 2013, n. 220).

Ha ancora affermato la Sezione che a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (ai sensi dell'art. 146, comma 8, d.lgs. 42 del 2004), successivamente l'amministrazione procedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9 dello stesso d.lgs. n. 42), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza.

Siffatto assetto di competenze, alla stregua dei principi sopra richiamati, non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-bis, l. n. 241 del 1990. Quest'ultimo – come detto – vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione "procedente" e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta", e non anche nel rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi.

(14)

La V Sezione si pronuncia sull'ammissibilità dell'avvalimento premiale.

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 25 marzo 2021, n. 2526 – Pres. Caringella, Est. Grasso

L'istituto dell'avvalimento rileva non solo ai fini della qualificazione ma anche per la valutazione dell'offerta.

Ha chiarito la Sezione che la problematica dell'avvalimento c.d. premiale (che evoca, in buona sostanza, la praticabilità del suo utilizzo anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato) ha diviso la giurisprudenza del giudice amministrativo.

La (concreta) funzione dell'avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara".

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, la ricordata Cons. Stato n. 1881 del 2020), del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire

(non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi – potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, *propter tenorem rationis*, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

(15)

Il T.a.r. si pronuncia sugli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di "grave illecito professionale" e sulla titolarità della quota "sovrana" del capitale sociale.

T.a.r. per la Puglia, Bari, sezione III, sentenza 24 marzo 2021, n. 495, Pres. Ciliberti, Est. Cocomile

Ai fini degli obblighi dichiarativi del concorrente ad una gara pubblica in caso di "grave illecito professionale", considerata la centralità dell'assemblea e delle sue decisioni rispetto alle vicissitudini societarie, la titolarità della quota "sovrana" del capitale sociale risulta essere certamente influente, soprattutto nel caso in cui la quota di partecipazione sia di oltre 2/3 del capitale sociale; pertanto, è facoltà della stazione appaltante desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico - da intendersi complessivamente inteso, dunque anche in conseguenza degli illeciti del socio sovrano - di cui

sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa.

Consiglio di Stato – Pareri

(16)

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di regolamento in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 29 marzo 2021, n. 533 – Pres. Volpe, Est. Ravenna

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali può farsi proponente della emanazione di un regolamento governativo avente ad oggetto l'attuazione della normativa primaria in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

Ha premesso la Sezione che l'art. 12, comma 20, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 ha soppresso il Comitato per i minori stranieri, operante presso la Presidenza del Consiglio
Il Ministero ha radicato la propria competenza ad adottare il lo schema di regolamento oggetto del richiesto parere negli artt. 33, comma 2, del Testo Unico Immigrazione e 22, l. n. 47 del 7 aprile 2017 su ricordati.
L'art. 33 richiamato, al comma 1, istituiva "presso la Presidenza del Consiglio dei ministri" il Comitato per i minori stranieri. Al comma 2, specificamente richiamato dal Ministero a fondamento dello schema in esame (e, per la parte che qui interessa, non alterato dalle modifiche successivamente intervenute), stabiliva che: "Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato, sentiti i Ministri degli affari esteri, dell'interno e di grazia e giustizia, sono definiti i compiti del Comitato, concernenti la tutela

dei diritti dei minori stranieri in conformità alle previsioni della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, [...]". Al comma 3 prevedeva che: "Il Comitato si avvale, per l'espletamento delle attività di competenza, del personale e dei mezzi in dotazione al Dipartimento degli affari sociali della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed ha sede presso il Dipartimento medesimo".

La Sezione ha ricordato che sullo schema di regolamento si era già pronunciata dapprima con parere interlocutorio n. 822 del 2020 e poi con parere (negativo) n. 1535 del 28 settembre 2020 affermando, entrambe le volte, che - stante la non dimostrata sussistenza di una esplicita norma primaria che, prima della soppressione, abbia trasferito il Comitato e le relative competenze al Ministero del lavoro e delle politiche sociali - all'atto della soppressione il Comitato fosse tuttora incardinato presso la Presidenza del Consiglio; che, in conseguenza di quanto previsto dalla norma soppressiva, tali competenze siano state definitivamente trasferite ai competenti uffici dell'amministrazione nell'ambito della quale l'organo collegiale al momento operava, e cioè la Presidenza del Consiglio; che pertanto il Ministero non risulti avere titolo a disciplinare con regolamento competenze che non risultano essergli state attribuite da una fonte primaria
Il Ministero del lavoro ha chiesto alla Sezione atti normativi alla luce di nuovi argomenti forniti
La Sezione ha ritenuto persuasivi tali ulteriori elementi ed ha quindi concluso che la norma primaria attributiva al Ministero stesso della competenza sul Comitato – della quale i primi pareri della Sezione lamentavano la mancata indicazione - vada identificata nei decreti-legge n. 217 del 2001, n. 181 del 2006 e n. 85 del 2008, i quali presupponevano, ai fini della determinazione del loro contenuto, la individuazione delle competenze ministeriali
La Sezione si è posto quindi il quesito se la norma attributiva del potere di disciplinare con d.P.C.M. le competenze del Comitato, oggi collocate come detto presso il Ministero (l'art. 33, comma 2, del Testo Unico sull'Immigrazione) sia tuttora vigente o non debba piuttosto essere considerata incompatibile con l'evoluzione normativa successiva (e specificamente con l'avvenuto trasferimento delle suddette competenze al Ministero) e quindi tacitamente abrogata.

Al riguardo, un elemento testuale è offerto dal preambolo al d.P.C.M. recante il regolamento di attuazione del Comitato, laddove viene richiamato l'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, cioè la norma fondante la legittimazione ad adottare regolamenti ministeriali. Questo dato testuale conferma ciò che comunque può essere desunto implicitamente, e cioè che il potere di dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 33 del Testo Unico sui compiti del Comitato istituito dal comma 1 è conferito dal comma 2 dello stesso articolo alla fonte "d.P.C.M." nel presupposto dell'incardinamento di tale Comitato in seno alla Presidenza del Consiglio, come del resto chiaramente statuito dal comma 3 nella sua versione originaria.

Venuto meno tale presupposto con il trasferimento del Comitato e delle sue competenze al Ministero, deve trarsene, come necessaria conseguenza, la avvenuta abrogazione tacita dell'art. 33, comma 2, del Testo Unico sull'Immigrazione, laddove demanda a un d.P.C.M. la disciplina dei compiti del Comitato, giacché tali compiti non spettano più alla Presidenza del Consiglio; ne consegue altresì la non applicabilità dell'art. 22, l. n. 47 del 2017, nella parte in cui autorizza il Governo ad apportare, al d.P.C.M. n. 535 del 1999, le modifiche conseguenti all'entrata in vigore della legge stessa. D'altra parte, appare incongruo che venga disciplinata con d.P.C.M. una materia rientrante in toto nella competenza di un Ministero.

Venuta meno nei termini su esposti la facoltà di disciplinare la materia con d.P.C.M., e nella mancanza di una specifica disposizione attributiva al Ministero della facoltà di adottare un regolamento ministeriale ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988, non può che concludersi per la riespansione, nella materia de qua, della regola generalissima, di cui all'art. 17, comma 1, della medesima legge, che autorizza il Governo ad emanare regolamenti per l'attuazione delle leggi. In conclusione, ritiene la Sezione che il Ministero possa farsi proponente della emanazione di un regolamento governativo ai sensi dell'art. 17, comma 1, avente ad oggetto l'attuazione della normativa primaria in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati, nelle materie attribuite dalla legge alla propria competenza sua versione originaria.

Normativa ed altre novità di interesse

(17)

Legge 1° aprile 2021, n. 46 – Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale (in G.U. n. 82 del 6 aprile 2021; in vigore dal 21 aprile 2021);

(18)

Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44 – Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici (in G.U. n. 79 del 1° aprile 2021; in vigore in pari data).