



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

### Indice

#### Corte costituzionale

1. Corte cost., 18 aprile 2019, n. 96, ribadisce la compatibilità con il diritto comunitario del divieto di conversione nel settore pubblico del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato;
2. Corte cost., 18 aprile 2019, n. 94, esclude dai vincoli del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario le spese per finalità socio assistenziali;
3. Corte cost., 18 aprile 2019, n. 93, ribadisce che la legislazione statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente vincola anche le Regioni a statuto speciale.

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

4. Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2019, n. 2641, sulla partecipazione alla gara pubblica come raggruppamento verticale o orizzontale;
5. Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019, n. 2621, sulla esclusione di liste elettorali dalle elezioni europee, per contrassegno con simbolo identificativo di altra lista;
6. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2019, n. 2437, rimette alla Corte di giustizia UE la disciplina nazionale dei criteri per individuare la categoria prioritaria per la restituzione del prelievo nel settore lattiero-caseario;
7. T.a.r. per il Lazio, sez. III, 26 aprile 2019, n. 5327, rimette alla Corte di giustizia UE la questione della qualificazione di Poste italiane s.p.a.;
8. T.a.r. per il Lazio, sez. II *ter*, 26 aprile 2019, n. 5321, sulla distinzione tra consumo di alimenti sul posto e somministrazione di alimenti con riferimento al centro storico di Roma;
9. T.a.r. per la Toscana, sez. II, 23 aprile 2019, n. 600, rimette alla Corte costituzionale la legge della Regione Toscana in materia di cave di marmo;

10. T.a.r. per il Lazio, sez. I ter, 18 aprile 2019, n. 5034, afferma la giurisdizione del g.o. sui provvedimenti prefettizi di iscrizione del trasferimento della sede legale di una associazione;
11. T.a.r. per il Piemonte, sez. II, 18 aprile 2019, n. 447, sugli spazi pubblici per la propaganda politica ed elettorale;
12. T.a.r. per la Toscana, sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, sui rapporti tra accesso ai documenti, ordinario e civico, nel settore degli appalti con riferimento agli atti della fase esecutiva.

## Corte costituzionale

(1)

**La Corte ribadisce la compatibilità con il diritto comunitario del divieto di conversione nel settore pubblico del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato.**

**[Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2019, n. 96 – Pres. Lattanzi, Red. Coraggio.](#)**

La Corte:

*“dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 77, comma 2, della legge della Regione Siciliana 28 dicembre 2004, n. 17 (Disposizioni programmatiche e finanziarie per l’anno 2005), sollevata, in relazione all’art. 117, primo comma, della Costituzione, in riferimento alla direttiva n. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dal Tribunale ordinario di Termini Imerese, in funzione di giudice del lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe”.*

Ha rammentato, in particolare, quanto segue: *“Questa Corte, infatti, nel ripercorrere la sentenza della CGUE Mascolo, ha ricordato che «i precedenti della Corte di giustizia [...] affermano che rientra nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere, al fine di prevenire l’utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo*

determinato, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o, ancora, a norme equivalenti in vigore, purché tengano conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori [...]».

10.– Infine, la stessa misura del risarcimento del danno, come alternativa alla trasformazione, è stata oggetto di attenzione in sede europea e nazionale; basti al riguardo, citare – come ricordato nella recente sentenza n. 248 del 2018 – la decisione della CGUE 7 marzo 2018, in causa C-494/16, Santoro, che ha ritenuto la compatibilità con il diritto dell’Unione europea delle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 15 marzo 2016, n. 5072, pronunciata nel giudizio nel corso del quale era intervenuta la sentenza della CGUE Marrosu e Sardino.

La sentenza delle sezioni unite civili, dopo aver ribadito il divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato, ha riconosciuto al dipendente pubblico, a seguito della reiterazione illegittima dei contratti a termine, il diritto al risarcimento del danno previsto dall’art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, con esonero dall’onere probatorio, nella misura e nei limiti di cui all’art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l’impiego, di incentivi all’occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro)“.

**Su analogha problematica si veda la recente ordinanza del T.a.r. per il Lazio, sez. III, 3 aprile 2019, n. 4336 oggetto della News US n. 44 del 15 aprile 2019 che ha rimesso alla Corte di giustizia UE la normativa interna che preclude la trasformazione dei contratti di durata triennale, prorogabili per due anni, dei ricercatori universitari, in rapporti a tempo indeterminato, in assenza di altre misure efficaci nell’ordinamento giuridico nazionale per sanzionare eventuali abusi nei confronti dei lavoratori.**

**La Corte afferma che non interferisce con la disciplina del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario una spesa regionale a scopo socio assistenziale che esula dalla finalità di tutela della salute assoggetta ai limiti previsti dal piano.**

**[Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2019, n. 94 – Pres. Lattanzi, Red. de Pretis.](#)**

La Corte:

*1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lettera a), numero 2), della legge della Regione Molise 30 gennaio 2018, n. 2 (Legge di stabilità regionale 2018), nella parte in cui aggiunge la lettera o-bis) all'art. 4, comma 1, della legge della Regione Molise 5 maggio 2006, n. 5 (Disciplina delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale), limitatamente alle parole «e consegne ex articolo 34 del Codice della Navigazione», contenute nella citata lettera o-bis);*

*2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge reg. Molise n. 2 del 2018, nella parte in cui, rinviando alla Tabella A allegata alla stessa legge regionale, rfinanzia la legge della Regione Molise 25 maggio 1990, n. 24 (Provvidenze in favore delle Associazioni di tutela degli invalidi), promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., con il ricorso indicato in epigrafe.*

Ha rammentato, in particolare, la Corte che: *“Benché dunque la giurisprudenza costituzionale offra un'ampia e variegata gamma di leggi regionali dichiarate illegittime per contrasto con gli anzidetti parametri costituzionali, a causa dell'interferenza, anche solo potenziale, con il piano di rientro dal disavanzo sanitario e con i poteri del commissario, essa presenta anche casi nei quali questa interferenza è stata ritenuta insussistente e si è esclusa, di riflesso, l'illegittimità costituzionale della norma regionale censurata.*

*Ciò è accaduto quando è stata rinvenuta nella disposizione impugnata una finalità diversa da quella della tutela della salute. Così, ad esempio, è stata ritenuta non fondata la questione relativa a una norma regionale che allargava «la platea dei beneficiari dell'esenzione dal pagamento del ticket sanitario, includendo i minori*

*affidati dall'autorità giudiziaria a famiglie ospitanti e i minori in adozione, per i primi due anni di presa in carico», sull'assunto della natura socio-assistenziale della disposizione (sentenza n. 172 del 2018).*

*2.2.– Sulla scorta di questa giurisprudenza si deve concludere che la questione promossa nell'odierno giudizio non è fondata. È evidente, infatti, che la finalità della norma impugnata è quella di erogare un contributo economico – peraltro per un solo anno e per importi modesti – ad associazioni di invalidi che perseguono le finalità sociali individuate nei loro atti costitutivi, certamente non di assistenza sanitaria.*

*L'ambito applicativo della disposizione oggetto dell'impugnativa statale esula, pertanto, da quello oggetto di garanzia dei livelli essenziali di assistenza”.*

**(3)**

**La Corte ribadisce che la competenza legislativa statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema vincola anche le autonomie speciali cui compete solo adottare norme di tutela ambientale più elevata.**

**[Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2019, n. 93 – Pres. Lattanzi, Red. Modugno.](#)**

La Corte:

*“dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 5, della legge della Provincia autonoma di Trento 29 dicembre 2017, n. 17 (Legge collegata alla manovra di bilancio provinciale 2018)”.*

*Ha rammentato, in particolare, la Corte che: “...con la sentenza n. 198 del 2018, ha affermato che la materia su cui insiste il d.lgs. n. 104 del 2017 deve essere ricondotta, in via prevalente, alla competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, poiché la normativa in tema di VIA rappresenta, «anche in attuazione degli obblighi comunitari, un livello di protezione uniforme che si impone sull'intero territorio nazionale, pur nella concorrenza di altre materie di competenza regionale». Ha altresì precisato che, «sulla base [...] del titolo di competenza legislativa nella materia “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni*

*culturali”, di cui all’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, comprensiva tanto della tutela del paesaggio quanto della tutela dei beni ambientali o culturali», il legislatore statale può dettare una disciplina condizionante le potestà legislative delle Regioni ad autonomia differenziata e delle Province autonome, poiché tutti gli statuti speciali «annoverano, tra i limiti alle competenze statutariamente previste, le norme statali di riforma economico-sociale e gli obblighi internazionali»”*

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

**Le massime e le relative appendici, a cura del Cons. Giulia Ferrari, possono consultarsi nella Sezione “In evidenza” della Home page del sito istituzionale.**

**(4)**

**La III Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sulla partecipazione alla gara pubblica come raggruppamento verticale o orizzontale.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 24 aprile 2019, n. 2641 – Pres. Frattini, Est. Fedullo](#)**

Ha chiarito la Sezione che la possibilità per le imprese raggruppate - in forza “orizzontale” o “verticale” - di indicare le “parti” del servizio da ciascuna rispettivamente assunte in termini contenutistici e/o quantitativi è stata riconosciuta dalla giurisprudenza nomofilattica di questo Consiglio di Stato (cfr. Adunanza Plenaria n. 12/2012, cit.), secondo la quale “l’obbligo deve

ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate".

Né potrebbe farsi riferimento alla simmetria tra le prestazioni assunte dalle imprese raggruppate e le relative competenze (in termini di mezzi ed autorizzazioni possedute).

Deve invero osservarsi che, laddove non sia contestata (o dimostrata) la violazione dei criteri di qualificazione fissati dalla *lex specialis*, anche per le ipotesi di partecipazione di soggetti pluri-strutturati, la ripartizione delle prestazioni tra le imprese raggruppate, anche nell'ipotesi di raggruppamento di tipo "orizzontale", non può che essere rimessa alle loro scelte organizzative: scelte il cui criterio direttivo non può che essere la coerenza di quella ripartizione con le capacità ed i titoli abilitativi da ciascuna posseduti, ferma restando la comune responsabilità solidale in ordine al servizio oggetto di appalto complessivamente considerato.

(5)

**La III Sezione del Consiglio di Stato esclude le liste elettorali dalle elezioni europee, per contrassegno con simbolo identificativo di altra lista.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 23 aprile 2019, n. 2621 – Pres. f.f. ed Est. Nocelli](#)**

La Sezione III del Consiglio di Stato ha ribadito alcuni importanti principî in riferimento alle imminenti competizioni elettorali europee.

Sul piano del diritto nazionale, anzitutto, il giudice d'appello ha ricordato come l'art. 14, comma 3, d.P.R. n. 361 del 1957 vieti espressamente la presentazione, da parte di altri partiti o gruppi politici, di contrassegni riproducenti simboli o elementi caratterizzanti simboli che, per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento, possono trarre in errore l'elettore e come il successivo comma sesto non ammetta la presentazione, da parte di altri partiti o gruppi politici, di contrassegni riproducenti simboli o elementi caratterizzanti simboli che, per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento, possono trarre in errore l'elettore.

In applicazione di queste disposizioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima l'esclusione di una lista elettorale che intendeva usare nel proprio contrassegno un simbolo che ormai identificava da anni, per l'elettorato, un'altra formazione politica, tradizionalmente presente sia nel Parlamento nazionale che in quello europeo, al fine di garantire una corretta e consapevole scelta dell'elettore, immune da sviamenti e confusioni, verso una determinata forza politica, con tutela, quindi, dell'affidamento identitario che l'elettore può ragionevolmente effettuare attraverso un riscontro, appunto, dei simboli nell'immagine socialmente nota di un partito.

Sul piano del diritto europeo, poi, il Consiglio di Stato ha ricordato che i partiti o gruppi politici nazionali possono inserire, nel contrassegno che intendono presentare, simboli e/o denominazioni di partiti europei, fornendo la relativa documentazione sulla legittimità all'uso.

Con la decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio del 13 luglio 2018 è stato modificato l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, inserendovi l'articolo 3-ter, secondo cui «gli Stati membri possono consentire l'apposizione, sulle schede elettorali, del nome o del logo del partito politico europeo al quale è affiliato il partito politico nazionale o il singolo candidato».

Il partito nazionale, che deposita, all'interno del proprio contrassegno, anche quello (e/o la denominazione) di un partito politico europeo «affiliato», deve produrre l'attestazione/dichiarazione del presidente, segretario o altro



rappresentante legale del partito europeo di riferimento, che affermi l'esistenza di un «collegamento» (o affiliazione/associazione) con detto partito nazionale, e la conseguente legittimazione all'utilizzo del simbolo e/o della denominazione del partito o gruppo politico europeo all'interno del contrassegno che il medesimo partito nazionale deposita.

In mancanza di tale collegamento, debitamente documentato, e che non può essere ovviamente frutto della mera iniziativa unilaterale del partito nazionale, non è legittimo l'uso del simbolo del partito europeo nel proprio contrassegno da parte del partito nazionale.

I principi relativi all'esigenza dell'affiliazione valgono, ha ricordato il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2621 del 23 aprile 2019, anche per il rapporto tra partito nazionale e altro partito estero e, dunque, anche per il collegamento orizzontale tra partito nazionale e quello presente in altro Stato dell'Unione e non solo, dunque, per quello verticale tra partito nazionale e partito presente nel Parlamento europeo, sempre ad evitare condotte che suscitino dubbi o confusione nei cittadini europei e alterino il formarsi del consenso elettorale.

Diversamente, infatti, si consentirebbe ad un partito politico nazionale di accreditarsi, presso l'elettorato, come "affiliato" ad un certo movimento partito o movimento politico estero, senza l'assenso di questo, e di presentare in questo modo contrassegni e simboli che ne dimostrano una comunanza di idee, di propositi e di programmi, con un altro partito presente in altro Stato dell'Unione.

L'affiliazione tra partiti a livello europeo rappresenta invece, sia alla luce della normativa eurounitaria sia in base a quella nazionale, un preciso istituto giuridico, subordinato all'accordo tra due formazioni politiche ed alla relativa prova.

Conseguentemente il divieto dell'art. 14, comma 3, del d.P.R. n. 361 del 1957, a mente del quale «non è ammessa la presentazione di contrassegni identici o confondibili con quelli presentati in precedenza ovvero con quelli riproducenti simboli, elementi e diciture, o solo alcuni di essi, usati tradizionalmente da altri partiti», nell'ottica della competizione elettorale

europea non riguarda solo i partiti nazionali, ma anche quelli di altri Stati membri dell'Unione, con la conseguenza che l'affiliazione è istituto applicabile sia al collegamento verticale tra partiti nazionali e partiti europei sia al collegamento orizzontale tra partiti di diversi Stati.

**Sulla medesima questione si veda Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019, n. 2620.**

(6)

**La III Sezione del Consiglio di Stato rimette nuovamente alla Corte di giustizia la disciplina nazionale dei criteri per individuare la categoria prioritaria per la restituzione del prelievo nel settore lattiero-caseario.**

**[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 15 aprile 2019, n. 2437 – Pres. Garofoli, Est. Veltri](#)**

Il Consiglio di Stato rimette nuovamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea la disciplina nazionale che ha previsto quale criterio per l'individuazione della categoria prioritaria cui restituire il prelievo nel settore lattiero-caseario indebitamente imputato, quello del regolare versamento mensile da parte dell'acquirente.

**Si segnala che l'ordinanza è stata oggetto di apposita News US n. 48 del 23 aprile 2019 ai cui approfondimenti si rinvia.**

**Su analoga problematica si veda la rimessione alla Corte di giustizia UE disposta da Cons. Stato, sez. III, con ordinanza 5 aprile 2019, n. 2241 oggetto di commento con la News US n. 46 del 17 aprile 2019 ai cui approfondimenti parimenti si rinvia.**

(7)

**Il T.a.r. per il Lazio rimette alla Corte di giustizia la qualificazione giuridica di Poste Italiane s.p.a. e l'estensione dell'obbligo di svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica.**

**[T.a.r. per il Lazio, sez. III, ordinanza, 26 aprile 2019, n. 5327 – Pres. ed Est. De Michele](#)**

Ha statuito il T.a.r. che:

*“Vanno rimesse alla Corte di Giustizia Ue le questioni: 1) se la società Poste Italiane s.p.a., in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata “organismo di diritto pubblico”, ai sensi dell’art 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE); 2) se detta società sia tenuta a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l’aggiudicazione degli appalti, che siano direttamente riferibili all’attività propria dei settori speciali, di cui alla direttiva 2014/25/UE, in applicazione della quale la stessa natura di organismo di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II° del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l’attività contrattuale non attinente, in senso stretto, a tali settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16; 3) se la medesima società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, resti invece – ove in possesso dei requisiti di organismo di diritto pubblico – soggetta alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgente – in via evolutiva rispetto all’originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza, come desumibile dalla ricordata pronuncia n. C-393/06 del 10 aprile 2008 – Ing. Aigner, ostando ad una diversa lettura la direttiva 2014/24/UE, per contratti conclusi da Amministrazioni aggiudicatrici; il “considerando” n. 21 e l’art. 16 della citata direttiva 2014/23/UE, d’altra parte, pongono solo un parametro presuntivo, per escludere la natura di organismo di diritto pubblico per le imprese, che operino in condizioni normali di mercato, essendo comunque chiaro, in base al combinato disposto delle medesime disposizioni, il prioritario riferimento alla fase*

istitutiva dell'Ente, ove quest'ultimo sia destinato a soddisfare "esigenze di interesse generale" (nel caso di specie sussistenti e non ancora cessate); 4) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al settore speciale e attività diverse, il concetto di "strumentalità" – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – debba essere inteso in modo non restrittivo, ostando, a quest'ultimo riguardo, i principi di cui al "considerando" n. 16, nonché gli artt. 6 e 13 della direttiva 2014/25/UE, che richiamano – per l'individuazione della disciplina applicabile, il concetto di "destinazione" ad una delle attività, disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Deve essere chiarito, pertanto, se possano essere "destinate" al settore speciale di riferimento – anche con le modalità vincolistiche attenuate, proprie dei settori esclusi – tutte le attività funzionali al settore stesso, secondo le intenzioni della stazione appaltante (ivi compresi, pertanto, i contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché i servizi di portierato e di custodia degli uffici, o altre forme di utilizzo di questi ultimi, se intese come servizio per la clientela), restando effettivamente privatizzate solo le attività "estrane", che il soggetto pubblico o privato può esercitare liberamente in ambiti del tutto diversi, con disciplina esclusivamente riconducibile al codice civile e giurisdizione propria del giudice ordinario (di quest'ultimo tipo ad esempio, per quanto qui interessa, è certamente il servizio bancario svolto da Poste Italiane, ma non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento alla fornitura e all'utilizzo degli strumenti di comunicazione elettronica, se posti al servizio dell'intero ambito di attività del Gruppo, pur essendo particolarmente necessari appunto per l'attività bancaria). Non sembra peraltro inutile sottolineare lo "sbilanciamento", indotto dall'interpretazione restrittiva attualmente prevalente, introducendosi nella gestione di settori assimilabili o contigui regole totalmente diverse, per l'affidamento di lavori o servizi: da una parte, le minuziose garanzie imposte dal Codice dei contratti per l'individuazione dell'altro contraente, dall'altra la piena autonomia negoziale dell'imprenditore, libero di operare contrattazioni in funzione esclusiva dei propri interessi economici, senza alcuna delle garanzie di trasparenza, richieste per i settori speciali e per quelli esclusi; 5) se infine l'indizione – con le forme di pubblicità previste a livello sia nazionale che comunitario – di una procedura di gara ad evidenza pubblica, a norma del codice degli appalti, possa rilevare ai fini dell'individuazione dell'area di destinazione

*dell'appalto, ovvero dell'attinenza di quest'ultimo al settore speciale di riferimento, in senso conforme all'ampliata nozione di "strumentalità", di cui al precedente quesito n. 4), ovvero – in via subordinata – se l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata dallo stesso soggetto che abbia indetto tale procedura di gara, o da soggetti che a detta procedura abbiano vittoriosamente partecipato, possa considerarsi abuso del diritto ai sensi dell'art. 54 della Carta di Nizza, quale comportamento che – pur non potendo incidere, di per sé, sul riparto di giurisdizione – rileva quanto meno ai fini risarcitori e delle spese di giudizio, poichè lesivo del legittimo affidamento dei partecipanti alla gara stessa, ove non vincitori e ricorrenti in sede giurisdizionale. (1)''.*

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

**Analoga questione è stata sollevata da T.a.r. per il Lazio, sez. III, con ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 oggetto della News US del 6 agosto 2018 ai cui approfondimenti si rinvia.**

**(8)**

**Il T.a.r. per il Lazio si pronuncia sulla distinzione tra consumo di alimenti sul posto e somministrazione di alimenti con riferimento al centro storico di Roma.**

**[T.a.r. per il Lazio, sez. II ter, 26 aprile 2019, n. 5321 – Pres. Morabito, Est. Gatto Costantino](#)**

Ha chiarito il Tar che lo stato del mercato e dell'ambiente urbano è tale da non consentire una indiscriminata proliferazione di esercizi commerciali, specie alimentari, essendosi dimostrato, nell'esperienza dell'Amministrazione e degli stessi operatori, che non è applicabile al caso di specie il principio (di tradizione classica) secondo cui il mercato raggiunge un equilibrio di ottimalità, senza adeguato intervento regolatore dello Stato

(apprezzamento questo che costituisce il frutto di una impostazione metodologica attinente al merito amministrativo che non è sindacabile in sede di legittimità), tanto da giustificarsi l'applicazione della deroga prevista dalla disciplina sulle liberalizzazioni delle attività commerciali.

La Sezione si è poi soffermata sulla differenza tra "consumo sul posto di alimenti" e "somministrazione di alimenti"

Ha chiarito che l'esigenza di una attenta perimetrazione della diversa fattispecie del consumo sul posto di prodotti alimentari presso rivendite di generi alimentari e laboratori artigianali di produzione di generi alimentari è chiaramente ed intuitivamente rivolta a prevenire fenomeni elusivi che utilizzino l'esercizio di vendita come un vero e proprio ristorante o esercizio di somministrazione, sottraendosi sia ai requisiti soggettivi e strutturali cui quest'ultimo è soggetto, sia e soprattutto alle limitazioni quantitative ed alle restrizioni di apertura e trasferimento di attività di somministrazione nei diversi ambiti di cui agli artt. 10 ed 11 della DAC n. 35 del 2010.

Non è superfluo rammentare, ai fini del corretto inquadramento dell'ambito operativo delle disposizioni di cui all'articolo in esame, che il "consumo sul posto" non definisce un'autonoma categoria di esercizio commerciale di prodotti alimentari, bensì una modalità specifica di fruizione di tali prodotti, che, a determinate condizioni di legge, si aggiunge alla vendita (e quindi ampliativa delle facoltà dell'esercente).

Più precisamente, il consumo sul posto di prodotti alimentari da parte della clientela è consentito innanzitutto agli artigiani alimentari iscritti all'apposito albo limitatamente ai prodotti di "propria produzione" (art. 5, l. n. 443 del 1985 e, nella Regione Lazio, artt. 6 e 15, l. reg. n. 3 del 2015) che, a tali fini, non necessitano di apposita autorizzazione commerciale; laddove essi intendano esercitare la vendita di prodotti alimentari non di propria produzione (e quindi far consumare sul posto i medesimi prodotti), deve munirsi di apposita SCIA di vicinato alimentare.

Possono consentire il consumo sul posto i panificatori (art. 4, comma 2 *bis*, d.l. n. 223 del 2006) nonché gli esercizi commerciali di vendita dei prodotti di cui all'art. 4, l. n. 77 del 1997 limitatamente ai prodotti di (sola) gastronomia

(quindi non di produzione propria, come gli artigiani) ai sensi dapprima dell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 114 del 1998 e poi dell'art. 3, comma 1, lett. f bis), d.l. n. 223 del 2006, conv. in l. n. 248 del 2006, nei limiti costituiti dall'obbligo di utilizzo dei "locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie".

Ha aggiunto la Sezione che ai fini della qualificazione dell'attività (se di somministrazione o consumo sul posto), debba procedersi ad una valutazione caso per caso delle singole fattispecie anche sulla base dell'art. 3, comma 1, lett. f bis), d.l. n. 223 del 2006, secondo cui il consumo immediato di prodotti da asporto all'interno di esercizi abilitati si distingue dalla ristorazione (e dunque non è soggetto ai relativi presupposti e requisiti abilitanti) in base ad un criterio sostanziale di accessorieta' rispetto alla vendita da asporto, che deve mantenere un carattere prevalente e funzionale. In questo senso, l'assenza di servizio assistito, che la norma prefigura quale parametro di riferimento per la identificazione della fattispecie, viene intesa come criterio "funzionale", che non si esaurisce nella semplice presenza o meno di camerieri ma che rinvia ad un concreto assetto dell'organizzazione dell'offerta, da accertarsi caso per caso, rivolto a mantenere il consumo sul posto come una semplice facolta' della clientela.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 8 aprile 2019, n. 2280) ha scelto una opzione ermeneutica diversa, sostanzialmente adesiva alla posizione dell'AGCM, ritenendo che il tratto distintivo del servizio assistito vada ricondotto alla semplice esistenza di "un vero e proprio servizio al tavolo - ulteriore e distinto rispetto alla vendita al banco dei prodotti alimentari - offerto dal gestore dell'attivita'".

Il Tar Lazio non condivide le conclusioni alle quali il giudice di appello è pervenuto.

Infatti, la norma di cui all'art. 3, comma 1, lett. f bis), d.l. n. 223 del 2006 prevede che il consumo assistito debba avvenire avvalendosi degli "arredi dell'azienda" (cfr. lett. "f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso

l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie"); l'art. 1, l. 25 agosto 1991, n. 287, prevede che "per somministrazione si intende la vendita per il consumo sul posto, che comprende tutti i casi in cui gli acquirenti consumano i prodotti nei locali dell'esercizio o in una superficie aperta al pubblico, all'uopo attrezzati".

Dal semplice raffronto testuale è evidente che (oltre al fatto che in nessuna delle due norme il legislatore si riferisce al "servizio ai tavoli") la tipologia di arredi sottesi alla dizione di cui all'art. 1, l. n. 287 del 1991 e la tipologia di arredi di cui alle fattispecie dell'art. 3 cit., sono elementi di fatto funzionali alla tipologia di attività esercitata e dunque preordinati a consentire due diverse tipologie di offerta al pubblico; nell'una, il "consumo sul posto" è elemento strutturale, identitario e necessario che definisce l'attività; nell'altra, il "consumo sul posto" è elemento accidentale ed eventuale, non necessario, quindi ancillare all'attività principale. Di conseguenza, gli arredi – in quanto funzionali all'attività - non possono essere considerati elementi fungibili o sovrapponibili di entrambe le fattispecie normative (presupposto questo necessario affinché la differenza tra le due ipotesi si esaurisca nella presenza o assenza di camerieri).

Ha ricordato la Sezione che la disciplina di legge delle attività commerciali già prevede, ove necessario, un periodo di specifica esperienza ai fini dell'abilitazione all'esercizio (come nel caso del commercio di prodotti alimentari e somministrazione, per cui sono richiesti i requisiti di cui all'art. 71, comma 6, l. 26 marzo 2010, n. 59, disciplina recepita, quanto alla regolamentazione di Roma Capitale, nella DAC n. 35 del 2010).

La previsione regolamentare si risolve, pertanto, in un appesantimento delle condizioni soggettive già vigenti in termini di legittimazione all'apertura dell'esercizio commerciale che non trova giustificazione nelle finalità di tutela che la deliberazione ha espresso a fondamento dell'approvazione del regolamento e che si aggiunge, duplicandoli, ai già previsti oneri di legge e di regolamento.



(9)

**Il T.a.r. per la Toscana rimette alla Corte costituzionale la legge regionale Toscana in materia di cave di marmo.**

[T.a.r. per la Toscana, sez. II, ordinanza, 23 aprile 2019, n. 600 – Pres. Trizzino, Est. Cacciari](#)

Ha chiarito il Tar che l'autorizzazione prevede un limite massimo di volumetria di materiale escavabile con riferimento ai singoli siti estrattivi; la legislazione regionale, precisamente l'art. 23, comma 1, lett. a) della L.R. n. 35/2015, stabilisce però un margine di tolleranza nella misura di 1.000 m<sup>3</sup>: ne segue che il superamento della volumetria autorizzata contenuto entro tale limite non necessita di una nuova autorizzazione, ma obbliga l'impresa unicamente ad inoltrare una segnalazione certificata di inizio attività senza configurare una fattispecie di escavazione in assenza di titolo, cui conseguirebbe la grave sanzione della decadenza dall'autorizzazione a carico dell'impresa.

Il fatto è che il lavoro di escavazione del marmo non è esattamente programmabile a priori. In linea generale, una corretta progettazione ed un'efficace direzione lavori sono in grado, rispettivamente, di prevenire e risolvere le problematiche che emergono nel corso degli scavi ma non si può escludere che, per fatti imprevedibili anche con la diligenza professionale, nel corso delle lavorazioni nasca l'esigenza di procedere rapidamente all'aumento della volumetria di scavo. Si può pensare alla necessità di rafforzare una parete nella cava a cielo aperto o di abbassare la quota di una galleria, rispetto a quanto progettato, per evitare il rischio di crolli. È quindi ragionevole che all'escavatore venga concesso un margine di tolleranza entro il quale procedere a variazioni in aumento delle volumetrie autorizzate, senza dover attendere i tempi del nuovo procedimento autorizzatorio. Appare però irragionevole la predeterminazione legislativa di un limite quantitativo valido in linea generale per tutte le cave, a prescindere dalle dimensioni di ciascuna di esse.

Il limite di 1.000 m<sup>3</sup> può essere sufficiente ad affrontare gli imprevisti in una cava di dimensioni modeste, ma può rivelarsi del tutto insufficiente con riguardo ad una cava di dimensioni ampie. Si tratta di situazioni differenti tra loro che il legislatore regionale invece, ai fini che qui interessa, tratta in modo eguale. Un conto infatti è una cava con fronte pari, ad esempio, a metri 500; altro conto è la cava con fronte esteso per chilometri: in quest'ultima si può ragionevolmente ritenere che sia facile arrivare, si ripete per fatti anche non addebitabili all'escavatore, a colmare il margine di tolleranza oggi vigente o addirittura a superarlo anche senza averne la percezione, e ciò comporta la gravissima conseguenza della decadenza dall'autorizzazione.

La questione è non manifestamente infondatezza, essendo orientamento costante della Corte Costituzionale (fin dalla sentenza n. 53 del 1958) quello secondo cui costituisce violazione del principio di eguaglianza il fatto di parificare situazioni oggettivamente diverse; mentre per contro non sussiste detta violazione laddove una diversità di disciplina corrisponda ad una diversità di situazioni, sempre con il limite generale dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (Corte cost. nn. 79 del 2016 e 85 del 2013). Si ha quindi violazione del principio di uguaglianza ogni qualvolta la legge, senza un ragionevole motivo, prevede un trattamento eguale in situazione diverse (Corte cost. n. 125 del 1977; 48 del 1977; 135 del 1976). Nel caso in esame non appare ragionevole che a fronte della diversità delle dimensioni delle cave la legislazione regionale toscana preveda un limite di tolleranza generale negli scavi, rispetto ai volumi autorizzati, espresso in termini quantitativi anziché in termini proporzionali alle dimensioni di ciascun sito estrattivo.

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

**(10)**

**Il T.a.r. per il Lazio dichiara la giurisdizione del giudice ordinario sui provvedimenti prefettizi di iscrizione del trasferimento della sede legale di una associazione.**

[T.a.r. per il Lazio, sez. I ter, sentenza 18 aprile 2019, n. 5034 – Pres. Panzironi, Est. Romano](#)

Ha chiarito il T.a.r. che a differenza del procedimento di iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche, avente natura sostanzialmente concessoria e per il quale sussiste dunque la giurisdizione del giudice amministrativo, stante il significativo ambito di apprezzamento discrezionale mantenuto dall'amministrazione prefettizia nella valutazione, in particolare, del requisito della "adeguatezza" del patrimonio fornito in dotazione all'ente rispetto alla realizzazione dello scopo (si veda, Cass. civ. sez. un., ord., 8 maggio 2014, n. 9943), l'iscrizione del successivo trasferimento di sede legale nel registro medesimo, ai sensi dell'art. 4, d.P.R. n. 361 del 2000, ricorrendone i presupposti, è una mera forma di pubblicità dichiarativa (Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2010, n. 16877).

L'atto di iscrizione del trasferimento della sede legale, dunque, non esprimendo apprezzamenti di opportunità o valutazioni circa la compatibilità della richiesta dell'interessato con esigenze di ordine generale, si esaurisce nella mera certificazione di un fatto giuridicamente rilevante con consistenza esclusivamente ricognitiva, ed è, pertanto, da considerarsi inidoneo a degradare od affievolire le posizioni di diritto soggettivo dell'ente istante o di terzi.

Tali posizioni giuridiche devono essere lette, giova rammentare, alla luce dell'ordinario criterio di riparto della giurisdizione rappresentato dal criterio del *petitum* sostanziale, criterio che si identifica non in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice e della domanda come prospettata dalle parti (cd. *petitum* formale), ma in relazione all'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (cd. *petitum* sostanziale; cfr. *ex pluribus*, Cass. civ., sez. un., 26 aprile 2013, n. 10060 e 16 novembre 2010, n. 23109).

**Il T.a.r. per il Piemonte si pronuncia sugli spazi pubblici per propaganda politica ed elettorale.**

[T.a.r. per il Piemonte, sez. II, sentenza 18 aprile 2019, n. 447 – Pres. Testori, Est. Limongelli](#)

Ha chiarito il T.a.r. che i valori dell'antifascismo e della Resistenza e il ripudio dell'ideologia autoritaria propria del ventennio fascista sono valori fondanti la Costituzione repubblicana del 1948, non solo perché sottesi implicitamente all'affermazione del carattere democratico della Repubblica italiana e alla proclamazione solenne dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, ma anche perché affermati esplicitamente sia nella XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista, sia nell'art. 1 della legge "Scelba" n. 645 del 20 giugno 1952.

La legge "Scelba" n. 645 del 20 giugno 1952, nel dare attuazione alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, ha individuato come manifestazioni esteriori di ricostituzione del partito fascista il perseguire finalità antidemocratiche proprie del partito fascista attraverso, tra l'altro, la minaccia o l'uso della violenza quale metodo di lotta politica, il propugnare la soppressione delle libertà costituzionali, lo svolgere propaganda razzista, l'esaltare principi, fatti e metodi propri del predetto partito, il compiere manifestazioni esteriori di carattere fascista e il denigrare la democrazia, le sue istituzioni o i "valori della Resistenza".

I principi affermati nelle predette norme costituiscono un limite alla libertà di manifestazione del pensiero, di riunione e di associazione degli individui, le quali non possono esplicarsi in forme che denotino un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione del disciolto partito fascista.

Ciò chiarito in linea generale, il T.a.r. ha ricordato che la disciplina dell'occupazione del suolo pubblico è demandata ai Comuni, sia in ordine

alla individuazione dei presupposti che in ordine alla determinazione del canone. La legge, in particolare, non predetermina le finalità in vista delle quali può essere attribuito a privati l'uso esclusivo del suolo pubblico, ma rimette ai Comuni il potere di regolamentarle e valutarle caso per caso, in funzione della meritevolezza dell'interesse perseguito e della sua idoneità a giustificare la sottrazione temporanea del bene pubblico all'utilizzo collettivo.

(12)

**Il T.a.r. per la Toscana si pronuncia sui rapporti tra accesso ai documenti ordinario e civico nel settore degli appalti con riferimento agli atti della fase esecutiva.**

**[T.a.r. per la Toscana, sez. III, sentenza 17 aprile 2019, n. 577 – Pres. ed Est. Romano](#)**

Ha preliminarmente chiarito il T.a.r. che circa l'ambito di operatività dell'istituto dell'accesso civico ed in particolare sulla sua applicabilità nella materia degli appalti pubblici, la giurisprudenza ha finora espresso orientamenti non univoci (T.a.r. Napoli, sez. VI, n. 6028 del 2017; T.a.r. Marche n. 677 del 2018; T.a.r. Lazio, sez. II, n. 425 del 2019; da ultimo, anche T.a.r. Toscana, sez. I, n. 422 del 2019).

Secondo un primo indirizzo, i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e, pertanto, restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013 (T.a.r. Parma n. 197 del 2018; T.a.r. Milano, sez. I, n. 630 del 2019).

In base ad un diverso indirizzo l'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 non va inteso come un rinvio fisso ma come volontà del legislatore di sottoporre l'accesso ai documenti di gara generici (non sensibili) alle norme ordinarie in tema di accesso, nella loro evoluzione storica e, pertanto, attualmente alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 33 del 2016, oltre tutto successivo al codice dei

contratti, che afferma la regola generale della integrale trasparenza la quale implica il diritto di chiunque, senza la prova di una particolare legittimazione e senza onere di motivare la relativa istanza, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, compresi tutti quelli attinenti alla fase del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicatario dell'appalto. Ha ancora ricordato il T.a.r. che l'art. 37, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 33 del 2013, poi sostituito dall'art. 31, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, prevede che "Le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". La norma da ultimo citata è infatti coerentemente inserita nel capo V (rubricato come "Obblighi di pubblicazione in settori speciali") del decreto legislativo, che sottopone ad accesso civico generalizzato tutta la documentazione oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo il codice degli appalti. Ne consegue una disciplina complessa, risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello c.d. civico, che hanno un diverso ambito di operatività e grado di profondità con effetti diversificati con riferimento al settore speciale dei pubblici appalti. In particolare, per quanto riguarda gli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico"; per quanto riguarda atti e documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, l'accesso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nella fattispecie non risultano osservati.