



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

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, ad eccezione delle n. 1 e n. 5 redatte a cura dell'Ufficio Studi.

(1)

L'Adunanza plenaria torna a pronunciarsi sui casi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado e ribadisce che la pronuncia che dichiara erroneamente l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità di un ricorso giurisdizionale, consuma il potere decisorio da parte del primo giudice e, stante l'effetto devolutivo dell'appello, impone al giudice del gravame, una volta riscontrato tale *error in iudicando*, di pronunciarsi nel merito.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 28 settembre 2018, n. 15 - Pres. Frattini, Est. Russo](#)

Questi i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria sui questi posti dalla VI Sezione con sentenza parziale n. 2122 del 5 aprile 2018:

a) l'art. 105, co. 1, c.p.a. indica talune specifiche categorie inderogabili di casi d'annullamento con rinvio, ognuna delle quali è implementabile nel suo specifico ambito dalla giurisprudenza attraverso una rigorosa interpretazione sistematica del testo vigente del Codice, senza possibilità alcuna di pervenire o di tendere alla creazione surrettizia d'una nuova categoria (e, dunque, d'una nuova norma processuale) o, peggio, all'arbitraria interpretazione motivata senza passare al previo vaglio del Giudice delle leggi, dalla prevalenza del solo principio del doppio grado di giudizio rispetto ad altri parametri costituzionali;

b) la nuova nomenclatura contenuta nel vigente art. 105 c.p.a. non ammette tout court l'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse quale sussumibile nella categoria della lesione dei diritti della difesa, sol perché su talune questioni di merito non si attua il doppio

grado di giudizio. Per contro, l'annullamento della sentenza con rinvio al primo Giudice può conseguire, nel caso indicato dalla Sezione remittente, solo a fronte di evidenti ed irrimediabili patologie del complesso della motivazione e non di singole distonie tra il chiesto e il pronunciato, ossia a fronte di quei, per vero, marginali casi in cui è inutilizzabile il decisum (che ridonda quindi nella nullità della sentenza) e sono stati conculcati i diritti di difesa di tutte le parti (P.A. inclusa); c) è sempre possibile, in linea di principio, riconoscere al Giudice d'appello il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell'impugnata sentenza, affinché si possa riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito ex art. 35, co. 1, c.p.a., ove s'accerti la patologica eversione del Giudice di prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dall'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.) –trattandosi, com'è noto, di vicende che impingono sulla struttura inderogabile ed essenziale della sentenza, rispetto all'oggetto del processo–, a condizione, però, che tal patologia, foss'anche per evidenti errori sui fatti di causa tali da alterare la stessa possibilità di difesa delle parti, investa il complesso della motivazione stessa e non una sola sua parte (invece emendabile nei modi ordinari) o, peggio, il punto di diritto affermato (specie se questo, al di là della precisione semantica o d'una buona forma espositiva, sia fedele agli indirizzi consolidati o prevalenti della giurisprudenza di questo Consiglio); d) è evidente che dette ultime ipotesi costituiscano, ovviamente alle condizioni testé evidenziate, tanto una lesione dei diritti della difesa sostanziale delle parti nel grado di riferimento, quanto una vicenda di nullità della sentenza ed implicano, per forza di cose, l'annullamento con rinvio ex art. 105, co. 1, c.p.a.

Analoga questione è stata già decisa dall'[Adunanza plenaria con le sentenze 30 luglio 2018, nn. 10 e 11](#) e [5 settembre 2018, n. 14](#)

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

(2)

Rilevazione automatica delle presenze per gli avvocati di una Azienda sanitaria, attuato mediante l'uso del cd. *badge*

[Consiglio di Stato, sez. III, 26 settembre 2018, n. 5538 - Pres. Frattini, Est. Fedullo](#)

E' legittima la delibera del Direttore generale del personale di una Azienda sanitaria che impone anche agli avvocati dell'Azienda di marcare con il badge l'entrata e l'uscita dal posto di lavoro, pena l'adozione di misure disciplinari.

Ha chiarito la sezione che l'autonomia e l'indipendenza qualificanti l'esercizio di una determinata attività lavorativa, quale quella degli Avvocati di enti pubblici, possono assumere – e concretamente assumono – contenuti e modalità di estrinsecazione diverse, in relazione alla tipologia di prestazione che viene in rilievo ed alla connessa esigenza, avvertita e tutelata

dall'ordinamento, di evitare che le stesse risultino compromesse da scelte organizzative con esse confliggenti, promananti dall'Amministrazione di appartenenza.

In particolare, con riguardo alla posizione dei cd. avvocati pubblici, ovvero quelli che sono incardinati organizzativamente presso un determinato ente pubblico ed ai quali è affidato lo ius postulandi nell'interesse dell'ente di appartenenza, deve osservarsi che le loro prerogative di indipendenza ed autonomia, proprio perché affidatari dell'interesse di una parte, attengono essenzialmente al "modo" in cui perseguire quell'interesse, ovvero alle scelte difensive da mettere in pratica per la sua migliore tutela, con la conseguenza che non rischiano di essere pregiudicate, anche nella percezione ab externo, da forme di controllo, circa le modalità anche temporali di svolgimento della loro prestazione, che con quelle scelte non siano, direttamente o indirettamente, interferenti.

Non può escludersi, tuttavia, che determinate forme di controllo, pur rivolte in via diretta a verificare le modalità temporali di assolvimento della prestazione professionale dell'avvocato pubblico, quindi attinenti agli aspetti "estrinseci" della stessa, si rivelino oggettivamente idonee ad intaccare il "nucleo essenziale" dei requisiti di indipendenza ed autonomia della sua attività lavorativa: si pensi, con riguardo al meccanismo oggetto di controversia, all'ipotesi in cui l'autorizzazione all'uscita dalla sede di servizio, per recarsi presso un ufficio giudiziario, debba essere rilasciata da un Settore dell'Amministrazione diverso da quello di inquadramento dell'avvocato.

(3)

Esclusione da una scuola di specializzazione per incompatibilità con il dottorato di ricerca

[T.a.r. per la Calabria, sez. II, 27 settembre 2018, n. 1652 – Pres. Durante, Est. Levato](#)

E' illegittima l'esclusione da una scuola di specializzazione disposta per asserita incompatibilità con il dottorato di ricerca, prevedendo la *lex specialis* solo l'incompatibilità con la partecipazione ad altre scuole di specializzazione, salvo integrare sul punto il bando successivo e l'allegato facsimile della domanda.

Ritiene il Collegio che la concreta applicazione del regime giuridico previsto per le selezioni pubbliche impone l'individuazione di un punto d'equilibrio tra la doverosa attuazione delle disposizioni normative e il relativo grado di diligenza del concorrente nel conoscere la *lex specialis*, da un lato, e, dall'altro, il ragionevole affidamento che lo stesso concorrente matura rispetto alla portata letterale delle prescrizioni contemplate nell'atto amministrativo generale e rispetto ai moduli di domanda ivi allegati.

Nella specie, il bando di concorso non indicava *expressis verbis* l'incompatibilità derivante dall'eventuale partecipazione ad un dottorato di ricerca ma si limitava a richiedere, all'art. 3, comma 5, lett. h), la dichiarazione "di essere/non essere iscritto a corsi di specialità in medicina e chirurgia" e il modulo di domanda, allegato alla *lex specialis*, si conformava a tale disposizione.

In forza di quanto rilevato, a fronte del generico richiamo al d.m. Salute del 7 marzo 2006 - contenuto nelle premesse del bando - e dell'ulteriore richiamo all'art. 11, comma 9, l. n. 448 del

2001 - la cui interpretazione stringente evincibile dal provvedimento non si riscontra nella lettera del bando né nella norma - è necessario presidiare, rispetto alle conseguenze derivanti dalla applicazione delle due disposizioni, il ragionevole affidamento maturato dalla ricorrente sulla portata precettiva e tassativa di quanto stabilito dal menzionato art. 3, comma 5, lett. h) e di quanto indicato nel facsimile della domanda di partecipazione.

Né, ancora, la legittimità provvedimento può fondarsi sul Decreto n. 12119 del 2016, e ciò sia perché, come rilevato da parte ricorrente, successivo al bando sia perché il medesimo esplicita proprio l'incompatibilità in questione, con adeguamento ad essa del nuovo bando riguardante il triennio 2019/2021 e del relativo modulo di domanda, i quali aggiungono - alla già prevista dichiarazione "di essere/non essere iscritto a corsi di specializzazione in medicina e chirurgia..." il chiarificatore inciso "... o dottorati di ricerca". Ad ulteriore supporto di quanto evidenziato, occorre da ultimo osservare che in termini astratti il regime delle incompatibilità consente all'interessato la possibilità di scelta tra due alternative, che nel caso di specie non è stata riconosciuta, essendo stata notificata alla ricorrente direttamente la determinazione di esclusione, in esito al contraddittorio procedimentale.

(4)

Revoca dell'autorizzazione sanitaria ad una casa di cura disposta dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario

[T.a.r. per la Calabria, sez. II, 27 settembre 2018, n. 1659 – Pres. Durante, Est. Levato](#)

E' legittima la revoca dell'autorizzazione sanitaria ad una Casa di cura nella quale, in esito ad un controllo operato dal N.a.s. dei Carabinieri, è stato riscontrato un numero di degenti superiore ai posti letto autorizzati, revoca disposta dal Commissario *ad acta* per il Piano di rientro dai disavanzi sanitari della Regione Calabria dopo avere inutilmente sollecitato l'esercizio del potere di vigilanza dell'A.s.p., cui compete anche di proporre il provvedimento da adottare all'organo commissariale.

Ha chiarito il Tar che l'esercizio del potere di vigilanza è strumentale rispetto a quello decisorio e in presenza di una ingiustificata inerzia dell'A.s.p., la Regione – Commissario *ad acta* ben può esercitare il proprio potere decisorio sulla scorta di una qualificata istruttoria aliunde acquisita.

La rilevata strumentalità della potestà dell'A.s.p., rispetto al potere decisorio della Regione, ha legittimato l'organo commissariale - a fronte di un compendio istruttorio qualificato e grave, acquisito aliunde - a valutare gli esiti ispettivi del N.a.s. dei Carabinieri, determinandosi in conformità al citato potere decisorio di cui è munito e prescindendo dall'apporto dell'inerte Azienda sanitaria. Ad opinare diversamente, dovrebbe giungersi alla paradossale conclusione che pur in presenza di gravi e perduranti inadempienze presso strutture sanitarie - accertate da altri organi tecnici, come appunto il N.a.s. dei Carabinieri - possa essere preclusa l'adozione di conseguenziali provvedimenti regionali in caso di omesso esercizio del potere ispettivo dell'A.s.p.

(5)

Dichiarazioni sostitutive non veritiere quale causa ostativa al rilascio di titoli autorizzatori: questione di legittimità costituzionale

[T.a.r. per la Puglia – Lecce, sez. III, 17 settembre 2018, n. 1346 – Pres. d’Arpe, Est. Rotondano](#)

Con l’ordinanza in epigrafe il T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce – nell’ambito di un giudizio avente ad oggetto il diniego del rinnovo del patentino per la vendita di generi di monopolio a motivo di una presunta falsa dichiarazione circa l’assenza di pendenze con il concessionario della riscossione - solleva la questione di legittimità costituzionale dell’art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000 sulla disciplina dell'autocertificazione in relazione ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza di cui all’art. 3 Cost..

Rileva la sezione rimettente che, in base ad una esegesi consolidata, l’applicazione dell’art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 comporta, in caso di dichiarazione mendace, l’automatica decadenza dal beneficio eventualmente già conseguito, non residuando, nell’applicazione della predetta norma, alcun margine di discrezionalità alle PP.AA. che, in sede di controllo (d’ufficio) ex art. 71 del medesimo Testo Unico, si avvedano della (oggettiva) non veridicità delle autodichiarazioni, posto che tale norma prescinde, per la sua applicazione, dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi (unicamente) sul dato oggettivo della non veridicità, rispetto al quale risulta, peraltro, del tutto irrilevante il complesso delle giustificazioni addotte dal dichiarante medesimo; parimenti, tale disposizione, nel contemplare la decadenza dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base delle dichiarazioni non veritiere, impedisce (ovviamente e a fortiori, come nel caso di specie) anche l’emanazione del provvedimento (ampliativo) di accoglimento dell’istanza tendente ad ottenere i benefici dalla P.A..

Osserva tuttavia che la predetta norma nel suo meccanico automatismo legale (del tutto decontestualizzato dal caso specifico, ritenuto nella specie di modestissima rilevanza, trattandosi di preesistenza di una cartella per omesso pagamento di una sanzione amministrativa per violazione al Codice della Strada) e nella sua assoluta rigidità applicativa (che non conosce eccezioni), appare al Collegio incostituzionale, per violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza sanciti dall’art. 3 della Costituzione e per tale ragione, ravvisata la rilevanza della questione nel caso di specie, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma.

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

(6)

[DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 2 agosto 2018, n. 112](#)

Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2001, n. 398, concernente l'organizzazione degli uffici centrali di livello dirigenziale generale del Ministero dell'interno. (GU n. 228 del 01-10-2018)

Entrata in vigore del provvedimento: 16 ottobre 2018

(7)

[LEGGE 28 settembre 2018, n. 111](#)

Disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2018. (GU n. 227 del 29-09-2018 - Suppl. Ordinario n. 45)

Entrata in vigore del provvedimento: 14 ottobre 2018

(8)

[LEGGE 28 settembre 2018, n. 110](#)

Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2017. (GU n. 227 del 29-09-2018 - Suppl. Ordinario n. 45)

Entrata in vigore del provvedimento: 14 ottobre 2018

(9)

[DECRETO-LEGGE 28 settembre 2018, n. 109](#)

Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze. (GU n. 226 del 28-09-2018)

Entrata in vigore del provvedimento: 29 settembre 2018

Si segnala [l'articolo 10 recante "Norme in materia di giustizia amministrativa e di difesa erariale"](#)

(10)

[DECRETO-LEGGE 4 ottobre 2018, n. 113](#)

Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. (GU n. 231 del 04-10-2018)

Entrata in vigore del provvedimento: 05 ottobre 2018

(11)

[Comunicato stampa](#) – 26 settembre 2018- La Corte costituzionale dichiara la illegittimità del criterio di quantificazione dell'indennità di licenziamento in quanto ancorata in via esclusiva al parametro dell'anzianità di servizio del lavoratore.