



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

### Indice

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

1. **Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2021, n. 6470**, sulla decadenza per *mala gestio* dalla concessione del servizio di gioco mediante apparecchi automatici alla luce del principio di proporzionalità;
2. **Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2021, n. 6421**, sulla ammissibilità di un ricorso per revocazione, fondato sulla circostanza che il ricorrente non ha mai rinunciato alla domanda di annullamento di una ordinanza di demolizione, ove tale rinuncia risulti, invece, formalmente riportata a verbale di udienza, mai impugnato con querela di falso;
3. **T.a.r. per il Lazio, sez. st. Latina, sez. I, 28 settembre 2021, n. 537**, sugli effetti che la dichiarazione di dissesto del comune produce sulle azioni esecutive aventi un sostanziale contenuto di cognizione;
4. **T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 28 settembre 2021, n. 444**, sulla violazione dell'obbligo di rispettare le misure di contenimento del contagio degli alunni della scuola di infanzia;
5. **T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. III, 20 settembre 2021, n. 9846**, sul giudice competente a decidere una controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante;
6. **T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. I, 4 agosto 2021, n. 9204**, alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione se le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrino sempre nella nozione di "irregolarità", eventualmente nella specie di una "frode", rilevante ai sensi del regolamento UE n. 1083/2006, e se, in caso positivo, sia corretto applicare un tasso di rettifica del 100%.

7. Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, 30 settembre 2021, n. 1582, ha reso il parere sul nuovo TUSMAR.

### Normativa ed altre novità di interesse

8. Decreto-Legge 30 settembre 2021, n. 132– Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP
9. Decreto-Legge 27 settembre 2021, n. 130 – Misure urgenti per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale (in G.U. n. 231 del 27 settembre 2021; in vigore dal 28 settembre 2021).

## 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](http://www.giustizia-amministrativa.it), a cura del consigliere Giulia Ferrari.

(1)

La sezione si pronuncia sulla decadenza per *mala gestio* dalla concessione del servizio di gioco mediante apparecchi automatici alla luce del principio di proporzionalità, come elaborato dalla Corte di giustizia UE.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 27 settembre 2021, n. 6470, Pres. Poli, Est. Conforti](#)

La sezione ha evidenziato che il termine “decadenza” designa fattispecie eterogenee, che non presentano presupposti applicativi unitari né

rispondono ad una logica comune. Si tratta di una moltitudine di proteiformi previsioni normative, che si differenziano per presupposti e finalità, e delle quali costituisce il minimo comune denominatore la sola tipologia degli effetti giuridici scaturenti, che pure, peraltro, possono presentarsi variamente modulati: l'estinzione *ex tunc* o, in alcuni casi, *ex nunc*, della situazione giuridica di vantaggio connessa al rapporto concessorio.

Come ha chiarito la Corte di giustizia dell'Unione Europea (Corte giustizia Unione Europea, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 72/10; Corte giustizia Unione Europea 28 gennaio 2016, C-375/14, punto 22 e la giurisprudenza ivi citata), considerata l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri nella disciplina del gioco lecito, la compatibilità euro-unitaria delle ipotesi di decadenza dalle concessioni per lo svolgimento delle attività economiche correlate a questo settore sussiste ogni qualvolta la previsione della decadenza implichi il perseguimento di motivi imperativi di interesse generale, collegati al miglioramento della solidità economica e finanziaria, dell'onorabilità e dell'affidabilità dei concessionari, nonché della loro estraneità da sodalizi criminali.

Il giudizio sulla sussistenza dei suddetti "motivi imperativi di interesse generale" e sul rispetto del criterio di chiarezza e proporzionalità nella comminatoria delle ipotesi di decadenza e sulla loro successiva applicazione, spetta – per espressa e consolidata affermazione della Corte di giustizia - all'apprezzamento del giudice nazionale.

La decadenza può operare solo nelle ipotesi tassative previste dalla legge (Cons. Stato, Ad. pl. 11 settembre 2020, n. 18).

All'individuazione di ipotesi specifiche di decadenza nella convenzione accessiva, si affiancano quelle fattispecie di decadenza, di carattere generale, previste in via legislativa.

Il provvedimento di decadenza può essere, quindi, giustificato anche dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamato espressamente per le concessioni dall'art. 176, qualora sia motivato in

relazione all'«esaurimento del rapporto fiduciario tra lo Stato e il concessionario».

Poiché non è dubitabile la compatibilità euro-unitaria dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 (e, innanzi, dell'art. 38, comma 1, lett f), d.lgs. n. 163 del 2006), né la parte prospetta una questione pregiudiziale in tale senso, può affermarsi, in applicazione della teorica dell'«atto chiaro» (Corte di giustizia della Comunità Europea, 6 ottobre 1982, n. 283/81, c.d. caso "Cilfit"), la piena legittimità e conformità, ai richiamati predicati di chiarezza e prevedibilità, della clausola generale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), in combinato disposto con l'art. 176, del d.lgs. n. 50 del 2016, quale ipotesi di decadenza dalla concessione amministrativa.

(2)

**La VI sezione si pronuncia sulla ammissibilità di un ricorso per revocazione, fondato sulla circostanza che il ricorrente non ha rinunciato alla domanda di annullamento di una ordinanza di demolizione, nonostante tale rinuncia risulti, invece, formalmente riportata a verbale di udienza, non impugnato con querela di falso.**

**[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 21 settembre 2021, n. 6421, Pres. Santoro, Est. Toschei](#)**

E' inammissibile un ricorso per revocazione ex art. 395, comma 1, n. 4 c.p.c., ove il ricorrente si sia doluto del fatto di non aver mai rinunciato alla domanda di annullamento di una ordinanza di demolizione e del fatto che, dalla motivazione della sentenza risulta erroneamente la rinuncia a detta domanda, nel caso in cui tale rinuncia risulti, invece, formalmente riportata a verbale di udienza; infatti: a) il verbale d'udienza è atto pubblico che fa fede

fino a querela di falso; b) nel caso di specie non risulta proposta la querela di falso nei confronti di detto verbale e il rimedio della revocazione non può sopperire al fine di ottenere un analogo risultato visto che costituisce *ius receptum* che per superare il carattere fidefacente degli atti pubblici la querela di falso è necessaria anche qualora si ritenga che l'immutazione del vero non sia ascrivibile a dolo ma soltanto ad imperizia, leggerezza o a negligenza del pubblico ufficiale, con la sola eccezione – che tuttavia nel caso di specie non si è concretizzata – del caso in cui dallo stesso contesto dell'atto risulti in modo evidente l'esistenza di un mero errore materiale compiuto da questi nella redazione del documento.

(3)

**Il T.a.r. si pronuncia sugli effetti che la dichiarazione di dissesto del comune produce sulle azioni esecutive aventi un sostanziale contenuto di cognizione.**

**[T.a.r. per il Lazio, sezione staccata di Latina, sezione I, ordinanza 28 settembre 2021, n. 537, Pres. ed est. Vinciguerra](#)**

La disposizione di cui all'art. 248, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, per il quale: "Dalla data della dichiarazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'articolo 256 non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione", prevede una tutela della concorsualità che comporta, in linea generale, l'inibitoria del ricorso di ottemperanza in quanto misura coattiva di soddisfacimento individuale del creditore, sicché non è ammissibile né perseguibile per le azioni esecutive c.d. "pure", quando l'importo dovuto dall'Amministrazione sia stato definitivamente quantificato e non occorra altra attività che quella del materiale adempimento, che deve avvenire nella sede propria della

procedura concorsuale per atti e fatti antecedenti al dissesto. Questa inibitoria legale (come già riconosciuto dall'Adunanza plenaria n. 4 del 1998) non investe quelle azioni esecutive aventi un sostanziale contenuto di cognizione, cioè quando il giudicato da ottemperare necessita di ulteriore attività giurisdizionale a carattere cognitivo ai fini della determinazione del quantum da inserire nella massa passiva formata dall'organo straordinario di liquidazione; in tal caso, il processo per l'ottemperanza prosegue e il giudice dell'ottemperanza, anche mediante un proprio commissario, può liquidare le somme effettivamente dovute, segnalando l'esistenza e l'importo del credito all'organo straordinario di gestione.

(4)

**Il T.a.r. si pronuncia sulla violazione dell'obbligo di rispettare le misure di contenimento del contagio degli alunni della scuola di infanzia.**

[T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sezione I, ordinanza cautelare 28 settembre 2021, n. 444, Pres. Migliozi, Est. Amovilli](#)

Non deve essere sospeso il provvedimento di dimissione dalla scuola di infanzia dello scolaro che ha volontariamente violato l'obbligo di rispettare le misure di contenimento del contagio (ovvero l'utilizzo delle mascherine ed il distanziamento interpersonale anche all'aperto) imposte dall'art. 1 del d.P.C.M. 2 marzo 2021 a tutela di fondamentali e inderogabili valori costituzionali (*in primis* artt. 2 e 32 Cost.) in considerazione della dimensione collettiva della salute basata sul principio di solidarietà, oltre che in armonia con lo stesso art. 2087 c.c. e con l'art. 7, d.lgs. n. 65 del 2017.

(5)

**Il T.a.r. si pronuncia sul giudice competente a decidere una controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della P.A. appaltante.**

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione III, sentenza 20 settembre 2021, n. 9846, Pres. Daniele, Est. Correale](#)

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo, una controversia avente ad oggetto la domanda, avanzata da un'impresa nei confronti della P.A. appaltante, di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale e, in particolare, dal mancato affidamento del completamento della fornitura di un prodotto, nel caso in cui l'affidamento sia stato disposto dalla P.A. in via diretta e sperimentale, senza il preventivo svolgimento di una gara pubblica; in tal caso, infatti, in assenza dei relativi presupposti e dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica che ha contraddistinto sin dall'inizio i rapporti tra le parti, deve desumersi che la P.A. abbia agito *iure privatorum* per procurarsi a scopo sperimentale alcuni prodotti e che la fornitura oggetto del contendere è del tutto estranea a forme di selezione pubblica imposte dal codice degli appalti, soprattutto in presenza della rappresentata esclusività del prodotto.

(6)

**Il T.a.r. rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione se le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrino sempre nella nozione**

di “irregolarità”, eventualmente nella specie di una “frode”, rilevante ai sensi del regolamento UE n. 1083/2006, e se, in caso positivo, sia corretto applicare un tasso di rettifica del 100%.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione I, ordinanza 4 agosto 2021, n. 9204 – Pres. Amodio, Est. Ravasio](#)

Il T.a.r. ha rimesso alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni:

I) se l’art. 70, par. 1, lett. b) del regolamento UE n. 1083 del 2006, l’art. 27, lett. C) del regolamento UE n. 1828 del 2006, l’art. 1 della convenzione TIF di cui all’atto del Consiglio del 26 luglio 1995, l’art. 1, par. 2 del Regolamento n. 2988 del 1995, e l’art. 3, comma 2, lett. b) della direttiva UE/2017/1371, debbano essere interpretati nel senso che le condotte astrattamente idonee a favorire un operatore economico, nel corso di una procedura di aggiudicazione, rientrino sempre nella nozione di “irregolarità” o “frode”, costituendo pertanto base giuridica per la revoca del contributo, anche quando non vi sia la prova piena che tali condotte siano state effettivamente poste in essere, ovvero non vi sia la prova piena che siano state determinanti nella scelta del beneficiario;

II) se l’art. 45, comma 2, lett. d) della direttiva 2004/187CE osti ad una norma, come l’art. 38, comma 1, lett. f) del decreto legislativo n. 163 del 2006, che non consente di escludere dalla gara l’operatore economico che abbia tentato di influire sul processo decisionale della amministrazione aggiudicatrice, in particolare quando il tentativo sia consistito nella corruzione di alcuni componenti la commissione di gara;

III) in caso di risposta positiva a uno o entrambi i quesiti che precedono, si chiede se le norme richiamate debbano essere interpretate nel senso che impongono sempre la revoca del contributo, da parte dello Stato membro, e la rettifica finanziaria, da parte della Commissione, al 100%, nonostante tali contributi siano stati comunque utilizzati per il fine per cui erano destinati e

per un'opera ammissibile al finanziamento europeo ed effettivamente realizzata;

IV) nel caso in cui la risposta al quesito sub III) sia negativa, ovvero nel senso che non è imposta una revoca del contributo, o una rettifica finanziaria del 100%, si chiede se le norme richiamate al punto I), ed il rispetto del principio di proporzionalità, consentano di determinare la revoca del contributo e la rettifica finanziaria tenendo conto del danno economico effettivamente cagionato al bilancio generale dell'Unione europea: in particolare si chiede se, in una situazione quale quella oggetto del presente giudizio, le "implicazioni finanziarie", ai sensi dell'art. 98, comma 3, del regolamento UE n. 1083/2006, possano essere stabilite in via forfettaria, mediante applicazione dei criteri indicati nella tabella sub paragrafo 2 della decisione della Commissione n. 9527 del 19 dicembre 2013.

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

## Consiglio di Stato – Pareri

(7)

**Il Consiglio di Stato ha reso il parere sul nuovo TUSMAR.**

[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 30 settembre 2021, n. 1582, Pres. Luigi Carbone, Est. Paolo Carpentieri, Giuseppa Carluccio, Paolo Aquilanti, Claudio Tucciarelli e Luca Di Raimondo](#)

La sezione atti normativi del Consiglio di Stato si è pronunciata sullo schema di decreto legislativo contenente le modifiche al TUSMAR in attuazione della direttiva UE 2018/1808.

Il parere del Consiglio di Stato suggerisce al legislatore miglioramenti in relazione al rapporto con la disciplina regionale e ai richiami al principio di concorrenza.

Con riguardo alla nuova delimitazione dell'ambito locale radiofonico (raddoppio – con effetti di impatto regolatorio rilevanti – dell'attuale soglia di copertura dal 25 al 50 per cento) la sezione rileva come tale previsione non risulti espressamente sorretta da uno specifico criterio di delega né da disposizioni della direttiva.

Troppo generiche sono state giudicate le prescrizioni dirette ai fornitori di servizi in ordine al “rispetto della dignità umana” e “dei principi e dei diritti” di cui alla legge n. 633 del 1941. La sezione, in proposito, pone l'accento sulla tutela delle persone diversamente abili.

Positivo il giudizio sulle procedure per la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici e tra utenti e fornitori di piattaforme. La sezione chiede al Governo di valutare la possibilità di introdurre adeguati strumenti di monitoraggio al fine di poter progressivamente affinare i rimedi e adattarli alle esigenze emerse dalla prassi applicativa.

Si segnala che non risulta attuato il criterio di delega secondo il quale occorre “prevedere apposite misure per il contenimento del livello sonoro delle comunicazioni commerciali”. La sezione riconosce sul punto che il Governo può discrezionalmente decidere di non esercitare, per taluni punti o riguardo a determinati criteri direttivi, la delega conferita dal Parlamento, ma ricorda che quest'ultimo aveva espressamente chiesto di arginare la diffusa tendenza degli operatori del settore di trasmettere i messaggi pubblicitari con un volume sonoro decisamente più alto rispetto a quello della trasmissione o del programma nei quali il messaggio è inserito, formulando a tal fine un apposito criterio direttivo molto chiaro, puntuale e specifico.

Quanto alla progressiva razionalizzazione dell'uso delle risorse frequenziali in tecnica analogica in particolare al fine di eliminare o minimizzare situazioni interferenziali con i paesi radio-elettricamente confinanti (nelle more dell'adozione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze

radiofoniche in tecnica analogica) la Sezione richiama l'attenzione del Governo sulle possibili ricadute negative, anche economiche, sulla concorrenza, con particolare riguardo alla radiofonia soprattutto locale e alle imprese italiane, spesso di piccole e medie dimensioni, che operano in questo settore, che vedrebbero sacrificata la loro attività in ragione della tutela, ritenuta prevalente, dell'interesse dei paesi radio-elettricamente confinanti.

Per i fornitori di servizi di media audiovisivi a richiesta, che hanno la responsabilità editoriale di offerte rivolte ai consumatori in Italia, anche se stabiliti in altro Stato membro, il parere ricorda che, ai sensi della direttiva, si può ad essi chiedere di contribuire finanziariamente alla produzione di opere europee con contributi proporzionati e non discriminatori. Sul punto, il parere osserva che devono tuttavia essere precisati i casi in cui le prescrizioni non si applicano ai fornitori di servizi di media aventi sede in altri Stati membri (ad es., perché aventi un fatturato o un pubblico di modesta entità). Il Consiglio di Stato ritiene che vadano poi coordinate le disposizioni in modo da chiarire che, tra le opere europee, una sotto quota di investimento sia riservata a opere cinematografiche di espressione originale italiana ovunque prodotte da produttori indipendenti negli ultimi cinque anni.

Il parere condivide l'impostazione della nuova disciplina a tutela del pluralismo delle fonti di informazione, che fornisce attuazione alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (causa C-719/18), Vivendi SA contro AGCOM e nei confronti di Mediaset s.p.a.

Auspica, tuttavia, una riconsiderazione della figura della "nullità" per tutte "le operazioni di concentrazione e le intese". Tale previsione generale potrebbe non essere giustificabile in tutti i casi, alla luce dell'introduzione di un ampio potere di apprezzamento tecnico-discrezionale, riservato all'Autorità, sulla base di meri indici orientativi di rilevazione della sussistenza di "posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo".

Il Consiglio di Stato rammenta che vanno chiariti alcuni aspetti relativi al filtro nell'accesso alla programmazione in favore dei partiti e dei gruppi rappresentati in Parlamento, dei Consigli regionali, delle organizzazioni

associative delle autonomie locali, dei sindacati nazionali, delle confessioni religiose, dei movimenti politici dotati di un sufficiente grado di rappresentatività. In particolare dev'essere precisata la modalità per determinare il criterio del "sufficiente grado di rappresentatività".

Il parere chiede di specificare meglio le ragioni per le quali si sono ampliati i requisiti di accesso alla candidatura per l'elezione del componente del consiglio di amministrazione espresso dall'assemblea dei dipendenti della RAI Radiotelevisione italiana S.p.A.

Nell'ambito dell'adeguamento della normativa vigente, si invita il Governo a valutare se tra le cause ostative all'accesso alla carica di membro del consiglio di amministrazione o alla sua conservazione debba essere introdotto il riferimento anche ai commissari straordinari del Governo, in sintonia con quanto previsto dalla legge sul conflitto di interessi (legge n. 215/2004), e se, nel procedimento di revoca dei componenti del consiglio di amministrazione, vada qualificato l'intervento della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi come vero e proprio parere e non più come valutazione.

Quanto alle previsioni su AGCOM, ad avviso della sezione il suo nuovo potere sanzionatorio in materia di violazioni delle norme sul diritto d'autore deve essere precisato e coordinato con le sanzioni esistenti. Oltre alle sanzioni a tutela dei minori, deve essere chiarito che le violazioni in materia di tutela dei diritti fondamentali e di accessibilità è sanzionata da AGCOM anche nel caso in cui tali violazioni non riguardino i minori.

Deve essere infine precisato che AGCOM applica le sanzioni non più con riferimento alle posizioni dominanti, ma con riguardo alle posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo.

In questa prospettiva, anche i poteri sanzionatori di AGCOM concernenti i servizi di piattaforma per la condivisione di video vanno raccordati con il diverso grado di specificità dei vari precetti.

In termini generali, andrà operata una revisione della entità delle sanzioni, anche nel loro limite massimo, che tenga ragionevolmente conto del valore e

del tipo di bene di volta in volta tutelato, allo scopo di assicurarne, da un lato, la portata deterrente e, dall'altro, l'idoneità a contribuire ad un adeguato e coerente sviluppo del mercato dell'audiovisivo, secondo i criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed efficacia.

## Normativa ed altre novità di interesse

(8)

**[Decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132](#)** – Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (in G.U. n. 234 del 30 settembre 2021; in vigore dal 30 settembre 2021);

(9)

**[Decreto-Legge 27 settembre 2021, n. 130](#)** – Misure urgenti per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale (in G.U. n. 231 del 27 settembre 2021; in vigore dal 28 settembre 2021).