



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

Indice

Corte di cassazione, sezioni unite civili

1. **Cass. civ., sez. unite, 28 maggio 2020, n. 10089**, al g.o. una controversia relativa all'inclusione nell'elenco nazionale degli idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del SSN;
2. **Cass. civ., sez. unite, 28 maggio 2020, n. 10082**, al g.a. una controversia relativa all'aggiudicazione mediante asta pubblica di un immobile dell'INAIL nell'ambito del procedimento di "cartolarizzazione".

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

3. **Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdizionale, 3 giugno 2020, n. 380**, sulla specificità dei motivi e sui motivi aggiunti nel contenzioso elettorale;
4. **Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdizionale, 3 giugno 2020, n. 372**, sull'onere della prova nell'azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia;
5. **Cons. di Stato, sez. IV, 26 maggio 2020, n. 3330**, sull'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione;
6. **Cons. di Stato, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 3170**, sul piano delle attività estrattive;
7. **T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020, n. 632**, sull'esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di rinvio a giudizio per bancarotta fraudolenta;

8. [T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 1° giugno 2020, n. 363](#), alla Corte di giustizia Ue la tutela assistenziale e previdenziale dei giudici di pace e la proroga dell'incarico.

Consiglio di Stato – Pareri

9. [Cons. di Stato, sez. I consultiva, 1° giugno 2020, n. 1028](#), parere sul regime di pubblicità degli atti dell'Anac.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(1)

Le Sezioni unite dichiarano la giurisdizione del g.o. su una controversia relativa all'inclusione nell'elenco nazionale degli idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del SSN.

[Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 28 maggio 2020, n. 10089 – Pres. Mammone, Est. Mancino](#)

Le Sezioni unite hanno evidenziato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una controversia relativa all'inclusione nell'elenco nazionale degli idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del SSN.

Hanno precisato le Sezioni unite che *l'autonomia del procedimento di formazione dell'Elenco nazionale rispetto a quello di nomina trova il suo punto di emersione evidente nella circostanza che l'avviso pubblico non è preordinato alla copertura di determinate vacanze e, dunque, non è preparatorio del procedimento di nomina, ma si risolve nella formazione dell'elenco di soggetti professionalmente idonei.*

L'aspirante all'inserimento nell'elenco, in possesso dei requisiti per l'idoneità professionale disegnata dalla legge, è portatore di un diritto soggettivo perché la legge

obbliga l'amministrazione competente ad attuarlo, inserendo nell'elenco i soggetti in possesso dei requisiti inderogabilmente richiesti dalle disposizioni normative primarie e dagli atti amministrativi, restando escluso l'esercizio di poteri discrezionali.

L'amministrazione è chiamata esclusivamente a verificare i presupposti (regolare e tempestiva domanda) e la sussistenza dei requisiti normativamente previsti (diploma di laurea ed esperienza dirigenziale), nello svolgimento di attività vincolata, di carattere meramente ricognitiva, della cui natura partecipa anche il giudizio tecnico (impropriamente, si parla di discrezionalità tecnica), quale è quello concernente la verifica dell'esperienza dirigenziale e dei titoli professionali.

Il riparto della giurisdizione deve operarsi, pertanto, sulla base della regola generale secondo cui allorché sono controversi beni della vita non investiti dal potere amministrativo, la tutela è affidata al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi.

(2)

Le Sezioni unite dichiarano la giurisdizione del g.o. a decidere una controversia relativa all'aggiudicazione mediante asta pubblica di un immobile dell'INAIL nell'ambito del procedimento di "cartolarizzazione".

[Corte di cassazione, sezioni unite, ordinanza 28 maggio 2020, n. 10082 – Pres. Travaglino, Est. Cosentino](#)

Le Sezioni Unite hanno evidenziato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad un controversia con cui si contesta l'aggiudicazione mediante asta pubblica di un immobile dell'INAIL nell'ambito del procedimento di "cartolarizzazione", in omaggio al principio secondo cui nelle *procedure di dismissione degli immobili degli enti previdenziali,*

la fase pubblicistica - e, quindi, la giurisdizione generale di legittimità – riguardano la fase dell'asta, fino all'aggiudicazione.

In particolare già Cass. civ., sez. un., n. 3238 del 2010, aveva evidenziato che a fronte di una procedura d'asta ad evidenza pubblica, in cui le parti non agiscono su un piano di parità di diritti e doveri, ma nella quale una di esse per il conseguimento di un pubblico interesse è posta in posizione di supremazia, la posizione del privato partecipante si pone, fino al conseguimento dell'aggiudicazione del bene, in una posizione di interesse legittimo».

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

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

(3)

Il C.g.a. si pronuncia sulla specificità dei motivi e sui motivi aggiunti nel contenzioso elettorale.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza 3 giugno 2020, n. 380 – Pres. De Nictolis, Est. Verde](#)

Nel giudizio elettorale il principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova è da considerarsi attenuato, ancorché si richieda sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunciati, il numero delle

schede contestate e le sezioni cui si riferiscono le schede medesime (tutto ciò non in termini astratti, ma con riferimento a fattispecie concrete).

Nel giudizio elettorale con i motivi aggiunti non possono dedursi, in base alle risultanze della verifica disposta dal giudice, vizi inediti e cioè vizi che non trovano sufficiente e adeguato riscontro in quelli dedotti col ricorso introduttivo; e, in particolare, che nel giudizio elettorale sono ammissibili i motivi aggiunti che costituiscano esplicitazione, puntualizzazione o svolgimento di censure tempestivamente proposte, mentre non sono ammessi nuovi motivi derivanti da ulteriori vizi emersi a seguito delle verifiche istruttorie disposte dal giudice in relazione alle originarie censure, così conciliandosi i contrapposti interessi in gioco della effettività della tutela giurisdizionale e della celerità e speditezza che il giudizio elettorale deve in ogni caso assicurare.

Ha ricordato il Cons. giust. amm. sic. che l'inammissibilità del ricorso elettorale per genericità dei motivi sussiste solo quando il giudice non sia posto in grado di comprendere quali vizi il ricorrente deduca per sostenere l'invalidità del provvedimento impugnato, così che, fuori da questi stretti limiti, è dovere del giudice stesso interpretare il gravame ed esaminare le censure ancorché non organicamente articolate, ricavandole dal contesto del ricorso e della richiesta avanzata (Cons. Stato., V, 22 settembre 2011, n. 5345; id., sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2930; sez. 17 febbraio 2009, n. 912).

È stato più volte ribadito che ai fini della regolarità ed ammissibilità dei motivi del ricorso, basta che siano sufficientemente specificate le questioni che si intendono proporre al giudice, in modo da permettere l'identificazione dei vizi del provvedimento che si vuole denunciare e la individuazione delle norme ritenute violate, ancorché gli uni e le altre non siano precisamente ed espressamente specificati, poiché la formulazione alquanto sintetica dei motivi non impedisce al giudice ed alle parti resistenti di coglierne il contenuto, considerato anche che l'art 156 c.p.c. esclude la dichiarazione della nullità per inosservanza di forme di un atto processuale che abbia raggiunto

il suo scopo (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2011, n. 5345; id. 24 marzo 2011, n. 1792); i motivi di ricorso devono considerarsi muniti di adeguata consistenza e specificazione (che ne impone l'esame da parte del giudice) non già quando descrivono le conclusioni cui essi sono indirizzati, ma se e quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano (laddove invece, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio "*iura novit curia*", perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2011, n. 5345; id. 13 luglio 2006, n. 4419; id. 8 febbraio 2011, n. 854).

Come si è detto, nel giudizio elettorale, poi, il principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova è da considerarsi attenuato, ancorché si richieda sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono le schede medesime (tutto ciò non in termini astratti, ma con riferimento a fattispecie concrete, Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6411, onde evitare inammissibili azioni volte al mero riesame delle operazioni svolte, Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3430, ovvero meramente esplorative, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2010, n. 2439): ciò in considerazione della peculiare situazione di (obiettiva) difficoltà in cui si trova il soggetto che ha interesse ad aggredire le operazioni elettorali illegittime, sulla base di semplici informazioni, pur formalmente dichiarate ed acquisite agli atti del giudizio, ma necessariamente indiziarie, e tenendo conto dell'indefettibile esigenza di assicurare, tuttavia, l'effettività della tutela giurisdizionale, sancita dagli artt. 24 e 113 Cost., così che possono ritenersi ammissibili censure anche parzialmente generiche o che risultino poi affette da errata

individuazione del fatto che ha provocato la determinazione illegittima (Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 817).

Negli stessi termini Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6126; id., sez. V, 13 aprile 2016, n. 1477; id. 16 marzo 2016, n. 1059; id. 11 febbraio 2016, n. 610; id. 22 marzo 2012, n. 1630.

(4)

Il C.g.a. si pronuncia sull'onere della prova nell'azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, sentenza 3 giugno 2020, n. 372 – Pres. De Nictolis, Est. Caleca](#)

In sede di azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale di una interdittiva antimafia il riparto dell'onere della prova della colpa deve seguire i criteri generali e l'onere della prova a carico dell'Amministrazione non è in qualche modo attenuato, né la responsabilità può essere circoscritta solo a gradi più elevati di colpa (colpa grave).

L'attività del Prefetto in materia di informative antimafia è certamente caratterizzata da ampia discrezionalità, ma non si tratta di un caso isolato di attività discrezionale nell'ordinamento, e l'attività discrezionale non si sottrae alla completa ed esaustiva verifica giurisdizionale.

Non possono non richiamarsi gli effetti estremamente penalizzanti dei provvedimenti interdittivi in capo agli operatori economici, il che onera la competente Amministrazione di un'attenta ponderazione di tutti gli elementi di fatto nella ricerca certosina del giusto punto di equilibrio tra le esigenze di una tutela anticipata e quella di preservare (sia pur in una logica

probabilistica e non di certezza) margini di obiettività e di verificabilità al giudizio sotteso all'applicazione di misure di rigore.

Spetta pertanto all'Amministrazione dell'interno, in caso di informativa antimafia illegittima, provare che il proprio errore sia frutto di cause oggettive o della "complessità delle questioni da esaminare al fine di ricostruire un quadro indiziario attendibile, in presenza di diversi elementi sui quali si fondano comunemente i provvedimenti di cautela antimafia (frequentazioni, parentele, rapporti di affari, contatti da parte di soci con soggetti controindicati)" (Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3799).

(5)

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sull'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 26 maggio 2020, n. 3330 – Pres. Poli, Est. D'Angelo](#)

Qualora il provvedimento di autotutela d'ufficio di un titolo edilizio sia stato annullato in sede giudiziale per difetto di motivazione, l'Amministrazione conserva il potere di intervenire nuovamente sulla base di una adeguata motivazione che dia conto dell'interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento del permesso di costruire.

L'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione è normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limita a formalizzare l'effetto (acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale) già verificatosi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa; l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere edilizie abusivamente realizzate è infatti una misura di

carattere sanzionatorio che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione; ne discende, data la natura dichiarativa dell'accertamento dell'inottemperanza, che la mancata indicazione dell'area nel provvedimento di demolizione può comunque essere colmata con l'indicazione della stessa nel successivo procedimento di acquisizione.

Ha ricordato la Sezione che trattandosi di provvedimento in autotutela basato sulla violazione dell'assetto di interessi sotteso alle scelte di pianificazione del territorio effettuate dall'ente locale, il relativo onere motivazionale risulta anche caratterizzato dalla "rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati, al punto che nelle ipotesi di maggiore rilievo potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possono integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio dello *ius poenitendi*" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 8 del 2017). E tra gli interessi pubblici "autoevidenti" vi è sicuramente quello all'ordinato assetto urbanistico assicurato dalla stabilità della pianificazione attuativa (nel caso di specie il piano di lottizzazione), rispetto al quale l'eventuale affidamento dell'interessato deve essere considerato recessivo.

L'individuazione dell'area da acquisirsi non deve infatti essere necessariamente contenuta nel provvedimento di ingiunzione di demolizione, a pena di illegittimità dello stesso, ben potendo essere riportata nel momento in cui si procede all'acquisizione del bene. L'omessa indicazione nell'ordinanza di demolizione dell'area che viene acquisita di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune ai sensi dell'art. 31, comma 3, del TU edilizia per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione non costituisce ragione di illegittimità dell'ordinanza stessa giacché la posizione del destinatario dell'ingiunzione è tutelata dalla previsione di un successivo e distinto procedimento di acquisizione dell'area, rispetto al quale, tra l'altro, assume un ruolo imprescindibile l'atto di accertamento dell'inottemperanza

nel quale va indicata con precisione l'area da acquisire al patrimonio comunale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n.755 del 2018).

(6)

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sul piano delle attività estrattive.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 19 maggio 2020, n. 3170 – Pres. Poli, Est. Conforti](#)

Le norme sulle distanze dai centri abitati, pur incidendo, sicuramente, anche sugli aspetti correlati alla pianificazione e, precisamente, in sede di delimitazione del comparto estrattivo - perché di esse il pianificatore non potrà che tenere conto in sede di perimetrazione dell'area, dovendo, evidentemente, evitare di individuare delle porzioni di territorio che, per la loro conformazione in rapporto ai punti sensibili presi in considerazione dalla disposizione in esame, non consentano una proficua attività di "nuovi" scavi - dovranno essere necessariamente e principalmente tenute in considerazione in sede di esame delle richieste di autorizzazione e concessione, sicché la loro efficacia non potrebbero essere circoscritta ai soli profili concernenti la pianificazione.

In sede di rilascio dell'autorizzazione legittimamente la Regione non ha valutato il parere paesistico della Soprintendenza, giunto quando era scaduto il termine per la sua adozione, ma prima dell'adozione del provvedimento finale, nel caso in cui, pur essendo detto parere materialmente giunto presso gli uffici della Regione antecedentemente all'adozione del provvedimento finale, tuttavia esso è stato acquisito al protocollo in entrata dell'ente territoriale soltanto successivamente

all'emanazione del provvedimento di autorizzazione paesaggistica, che è stato dunque adottato senza che la Regione fosse a conoscenza dell'avvenuta emissione.

Ha ricordato la Sezione che l'attività estrattiva è disciplinata da una molteplicità di strumenti, alcuni dei quali normativi, taluni qualificabili come atti di pianificazione, altri, infine, costituenti provvedimenti amministrativi puntuali.

La fonte normativa principale della quale tenere conto è la legge regionale.

Lo strumento di pianificazione è costituito dal Piano regionale delle attività estrattive (P.R.A.E.), il quale provvede alla localizzazione delle cave e concorre a disciplinarne l'esercizio, anche attraverso le relative norme tecniche di attuazione (N.T.A.).

Il piano identifica, infatti, fra le cave potenzialmente presenti sul territorio regionale e potenzialmente idonee all'attività estrattive, quelle sulle quali tale attività economica potrà concretamente svolgersi. Infatti, non tutte le cave esistenti possono essere oggetto della predetta attività, ma solo quelle localizzate nelle aree indicate dal piano.

Il provvedimento puntuale che disciplina (e consente) l'attività di coltivazione delle cave è invece costituito dal titolo abilitativo, che per la Legge regionale campana può essere costituito dall'autorizzazione o dalla concessione.

L'autorizzazione e la concessione, non soltanto consentono lo svolgimento dell'attività di cava, per i suoi profili prettamente economico-industriale, abilitano cioè l'attività di impresa consistente nell'escavazione del fondo e nell'estrazione del materiale, altrimenti vietata anche al soggetto proprietario di un fondo individuato dal piano regionale quale potenziale cava, ma tengono luogo, per consolidata giurisprudenza amministrativa, anche dei titoli edilizi necessari al compimento di questa attività (almeno a partire da Consiglio di Stato, Ad. plen. 12 ottobre 1991, n. 8, per la quale "L'art. 1 l. 28 gennaio 1977 n. 10, laddove richiede il rilascio della concessione per qualsiasi trasformazione edilizia o urbanistica del territorio comunale, non si riferisce

anche alle attività estrattive o di sfruttamento di cave, per cui tali attività non sono soggette ad autorizzazione o concessione da parte del comune”, mentre rimane ferma la necessità del titolo edilizio per la “realizzazione degli impianti e delle strutture necessarie per la coltivazione della cava” (più di recente, Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2020, n. 566; sez. V, 13 giugno 2018, n. 3625; id. 13 dicembre 2012, n. 6386; Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 40075.).

(7)

Il T.a.r. per la Campania, Salerno, si pronuncia sull’esclusione dalla gara per omessa dichiarazione di rinvio a giudizio per bancarotta fraudolenta.

[T.a.r. per la Campania, Salerno, sezione I, sentenza 3 giugno 2020, n. 632 – Pres. Pasanisi, Est. Di Lorenzo](#)

L’omessa dichiarazione, da parte di una società concorrente ad una gara pubblica, del rinvio a giudizio del proprio legale rappresentante per bancarotta fraudolenta comporta l’esclusione della stessa dalla procedura, non avendo con tale condotta consentito alla stazione appaltante di valutare la rilevanza dei fatti sottesi al rinvio a giudizio sotto il profilo della sussistenza dell’illecito professionale nonché dell’integrità ed affidabilità dell’operatore.

Ha ricordato la Sezione che secondo un orientamento giurisprudenziale l’eventuale rinvio a giudizio dell’amministratore di un operatore economico nonché l’applicazione di una misura cautelare per i medesimi reati, non costituirebbero adeguati mezzi di prova della commissione di un grave illecito professionale, che comporterebbe l’esclusione dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza che la

loro omessa dichiarazione non configurerebbe la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. c-bis (Tar per la Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 258).

La Sezione ritiene tuttavia di preferibile l'opposto orientamento, in base al quale, anche oltre le ipotesi tipizzate dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, sussiste in capo all'operatore un obbligo di dichiarare fatti ragionevolmente idonei a compromettere la professionalità e l'affidabilità. In base a quest'ultimo preferibile indirizzo, il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società interessata, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano l'aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367; Tar per il Veneto, sez. I, 13 gennaio 2020, n. 39); sussistendo l'obbligo di dichiarare tutti i fatti rilevanti ai fini della moralità professionale delle imprese partecipanti, il partecipante non può non essere tenuto a dichiarare anche i rinvii a giudizio o misure restrittive, anche se non espressamente contemplati quali cause di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, e anche a prescindere dalla sottoscrizione dei cd. "patti di integrità" (Tar per la Toscana, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 180; Tar per il Piemonte, sez. I, 23 agosto 2019, n. 959). Insomma, «sussiste l'obbligo di dichiarare sempre e senza eccezioni le condanne (o anche solo le contestazioni) relative alle violazioni di norme riconducibili alla categoria in parola» (Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8711).

(8)

Il T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, rimette alla Corte di giustizia Ue la tutela assistenziale e previdenziale dei giudici di pace e la proroga dell'incarico.

T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sezione I, ordinanza 1° giugno 2020, n. 363 – Pres. Migliozi, Est. Amovilli

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se gli artt. 20, 21, 31, 33 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le direttive n. 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato (clausole 2 e 4), n. 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale (clausola 4) n. 2003/88/CE sull'orario di lavoro (art. 7), n. 2000/78/CE (art. 1, 2 comma 2 lett. a) in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana di cui alla l. n. 374 del 1991 e s.m.i. e d.lgs. n. 92 del 2016 come costantemente interpretata dalla giurisprudenza, secondo cui i giudici di pace, quali giudici onorari, risultano oltre che non assimilati quanto a trattamento economico, assistenziale e previdenziale a quello dei giudici togati, completamente esclusi da ogni forma di tutela assistenziale e previdenziale garantita al lavoratore subordinato pubblico.

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se la clausola 5 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE, osti all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana, secondo cui l'incarico a tempo determinato dei giudici di pace quali giudici onorari, originariamente fissato in 8 anni (quattro più quattro) possa essere sistematicamente prorogato di ulteriori 4 anni senza la previsione, in alternativa alla trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, di alcuna sanzione effettiva e dissuasiva.

La controversia ha per oggetto la richiesta da parte di un giudice di pace che ha svolto l'incarico per lunghi anni e che ha goduto di varie conferme, di accertamento di un rapporto di lavoro pubblico a tempo pieno o *part time* con conseguente condanna del ministero al pagamento delle differenze retributive *medio tempore* maturate, oltre oneri previdenziali e assistenziali

La Sezione ha ricordato che, secondo la normativa italiana come costantemente interpretata dalla giurisprudenza interna, il rapporto di servizio dei giudici di pace, qualificato dalla legge come onorario, non presenta gli elementi tipici del rapporto di lavoro subordinato e segnatamente del rapporto di pubblico impiego, essendo alle dipendenze del Ministero della giustizia.

Ne consegue il mancato riconoscimento di ogni forma di tutela di tipo previdenziale ed assistenziale, anche in riferimento alla tutela della salute, della maternità e della famiglia oltre che del diritto irrinunciabile per qualsiasi lavoratore (art. 36 Cost.) alle ferie.

I giudici c.d. togati o di carriera sono invece titolari di un rapporto di lavoro in regime di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

La Sezione ritiene, tuttavia, dubbia la conformità al diritto dell'Unione di siffatta disciplina in base alla nozione di "lavoratore" di tipo senz'altro sostanziale invalsa nell'ambito del diritto dell'UE, svolgendo i giudici di pace funzioni giurisdizionali del tutto assimilabili a quelle dei giudici c.d. togati e/o comunque a quelle di un prestatore di lavoro alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione.

Ai fini del diritto comunitario i giudici possono essere considerati lavoratori ai sensi della clausola 2 punto 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, dal momento che la sola circostanza che i giudici siano qualificati come titolari di una carica giudiziaria non è sufficiente di per sé a sottrarre questi ultimi dal beneficio dei diritti previsti dall'accordo quadro (Corte di giustizia Ue., 1.3.2012, O'Brien, C-393/10).

In base alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e al principio di non discriminazione, il diverso trattamento di un lavoratore a tempo parziale rispetto ad un lavoratore a tempo pieno comparabile può giustificarsi solo con "ragioni oggettive". Orbene, la nozione di "ragioni oggettive" ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i

lavoratori a tempo pieno per il fatto che tale differenza di trattamento sia prevista da una norma generale ed astratta. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (v., per analogia con la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sentenza 13.9.2007 Del Cerro Alonso C-307/05 punti 57 e 58).

Va ricordato che considerazioni di bilancio non possono giustificare una discriminazione (v., in tal senso, sentenze del 23 ottobre 2003, Schönheit e Becker, C-4/02 e C-5/02, 22 aprile 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08).

La mera qualificazione legislativa di un rapporto di pubblico servizio come rapporto onorario non appare da sola ad escludere né la sussistenza, di fatto e diritto, di un rapporto di lavoro subordinato, né ingiustificate discriminazioni a danno dei lavoratori pubblici a tempo parziale e/o determinato in assenza della determinazione di criteri oggettivi e trasparenti sottesi ad un'esigenza reale di discriminazione, stante l'assenza nella legge 374/1991 istitutiva del giudice di pace (e nella normativa secondaria attuativa) di elementi precisi e concreti che contraddistinguano il rapporto di impiego del giudice di pace, anche nel particolare contesto in cui s'inscrive, e la correlata assenza di idoneità e di necessità della normativa discriminatoria richiamata (vedasi in particolare punti 4-5-6-7) a conseguire un obiettivo che sia diverso da quello di sfruttare in modo intensivo, continuativo ed a tempo pieno una forza lavoro, a costi esigui, senza approntare alcuna garanzia o tutela a fini previdenziali ed assistenziali, né garantire la continuità del servizio, ma sopperendo ad essa con indebite, ingiustificate reiterazioni di rapporti di lavoro a tempo determinato.

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

(9)

La I Sezione consultiva ha reso il parere sul regime di pubblicità degli atti dell'Anac.

[Consiglio di Stato, sezione I consultiva, parere 1° giugno 2020, n. 1028 – Pres. Torsello, Est. Neri](#)