



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

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 227, sulle deroghe al concorso pubblico.

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

2. Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2021, n. 6401, sull'obbligo dei sanitari di sottoporsi al vaccino anti Covid-19;
3. Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2021, n. 7972, sulla valutazione della Banca d'Italia in relazione alla natura dei contratti posti in essere dagli intermediari finanziari;
4. C.g.a., sez. riun., 30 novembre 2021, n. 412, sul trasferimento in Sicilia di strade a uso pubblico e relative pertinenze ai comuni competenti per territorio e sulla gestione delle infrastrutture a IRSAP;
5. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici;
6. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, al g.a. la giurisdizione sulle domande risarcitorie da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale
7. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, sulla possibilità di sollevare in appello il difetto di giurisdizione da parte del ricorrente soccombente in primo grado e sulla responsabilità dell'amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato;
8. C.g.a., sez. riun., 15 novembre 2021, n. 380, sugli interventi di recupero e riqualificazione delle aree compromesse e sulla trasformazione del territorio per lo sviluppo sostenibile delle aree.

9. Tar per il Lazio, sez. I, 3 dicembre 2021, n. 12518, sulla nomina a Presidente di sezione del Consiglio di Stato;
10. T.a.r. per il Piemonte, sez. I, 2 dicembre 2021, n. 1108, sulla rilevanza temporale, in sede di gara pubblica, dell'obbligo dichiarativo delle condanne non automaticamente escludenti.

Consiglio di Stato – Pareri

11. Cons. Stato, sez. per gli atti norm., 2 dicembre 2021, n. 1820, sulle garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste agli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, nonché agli articoli 24, 35 e 93 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Normativa ed altre novità di interesse

12. Corte costituzionale - Comunicato 2 dicembre 2021 - Inammissibile il conflitto contro il *green pass* in scuole e università;
13. Legge 19 novembre 2021, n. 165 –Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (GU Serie Generale n. 284 del 29 novembre 2021). Entrata in vigore del provvedimento: 30 novembre 2021.

(1)

Corte costituzionale

La Corte costituzionale si pronuncia sulle ipotesi in cui è ammissibile la deroga al concorso pubblico.

[Corte costituzionale, sentenza 2 dicembre 2021, n. 227, Pres. Coraggio, Red. Prosperetti](#)

La Corte costituzionale ha evidenziato che «la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo

quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle» (sentenza n. 40 del 2018 e n. 110 del 2017; nello stesso senso, sentenze n. 7 del 2015 e n. 134 del 2014) e, comunque, sempre che siano previsti «adeguati accorgimenti per assicurare [...] che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico» (sentenza n. 225 del 2010).

Infatti, «la necessità del concorso per le assunzioni a tempo indeterminato discende non solo dal rispetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., ma anche dalla necessità di consentire a tutti i cittadini l'accesso alle funzioni pubbliche, in base all'art. 51 Cost.».

Già in passato la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del mancato ricorso a una tale «forma generale ed ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche» (sentenza n. 40 del 2018), in relazione a norme regionali di generale e automatico reinquadramento del personale di enti di diritto privato (come le società a partecipazione regionale) nei ruoli delle Regioni, senza il previo espletamento di alcuna procedura selettiva di tipo concorsuale (*ex multis*, sentenza n. 225 del 2010).

Un simile trasferimento automatico finirebbe, infatti, per risolversi in un privilegio indebito per i soggetti beneficiari di una procedura come quella descritta, in violazione dell'art. 97 Cost. e, di conseguenza, degli artt. 3 e 51 Cost. (*ex multis*, sentenze n. 227 del 2013 e n. 62 del 2012).

Anche nel caso di trasferimento di funzioni da soggetti privati ad enti pubblici, come nel caso in esame, deve ritenersi che «l'automatico trasferimento dei lavoratori presuppone un passaggio di *status* – da dipendenti privati a dipendenti pubblici (ancorché in regime di lavoro

privatizzato) – che [...] non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico» (sentenza n. 167 del 2013).

Se ne deve concludere che il generale ed automatico transito del personale di un ente di diritto privato nell'organico di un soggetto pubblico regionale non possa essere realizzato senza il previo espletamento di una procedura selettiva non riservata, ma aperta al pubblico, in quanto, altrimenti, si avrebbe una palese ed ingiustificata deroga al principio del concorso pubblico, al quale debbono conformarsi – come più volte affermato da questa Corte – le procedure di assunzione del personale delle pubbliche amministrazioni (*ex multis*, sentenza n. 190 del 2005).

Nel caso in esame, le norme regionali censurate vengono a vincolare, invece, l'amministrazione a bandire una procedura che si risolve in una riserva integrale dei posti messi a concorso a favore dei dipendenti di un ente privato, l'ARAS, per i quali viene prevista, per di più, l'entrata in servizio nella pubblica amministrazione con la sola valutazione dei titoli e con l'anzianità pregressa già maturata presso il precedente datore di lavoro privato.

La Corte costituzionale ha, quindi, dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., dell'art. 2, comma 40, della legge reg. Sardegna n. 3 del 2009 e dell'art. 1, comma 2, della legge reg. Sardegna n. 47 del 2018, nella versione vigente precedentemente alla sostituzione operata dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge reg. Sardegna n. 34 del 2020, limitatamente alla parte in cui stabilisce «e svolge le corrispondenti funzioni mediante l'attuazione dell'articolo 2, comma 40, della legge regionale 7 agosto 2009, n. 3 (Disposizioni urgenti nei settori economico e sociale), nei limiti di spesa previsti dalla medesima norma».

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

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

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

(2)

La III sezione si pronuncia sull'obbligo dei sanitari di sottoporsi al vaccino anti Covid-19.

[Consiglio di Stato, sezione III, decreto cautelare 2 dicembre 2021, n. 6401 – Pres. Frattini](#)

In sede di comparazione tra l'interesse del personale sanitario a non vaccinarsi - malgrado l'imponente quantità di studi scientifici che indicano la netta prevalenza del beneficio vaccinale anti Covid-19 per il singolo e per la riduzione progressiva della pandemia ancora gravemente in atto - e la esigenza essenziale di protezione della salute collettiva, occorre dare prevalenza a quest'ultima, atteso che la prevalenza del diritto fondamentale alla salute della collettività rispetto a dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate, assume una connotazione ancora più peculiare e dirimente allorché il rifiuto di vaccinazione sia opposto da chi, come il personale sanitario, sia - per legge e ancor prima per il cd. "giuramento di Ippocrate" - tenuto in ogni modo ad

adoperarsi per curare i malati, e giammai per creare o aggravare il pericolo di contagio del paziente con cui nell'esercizio dell'attività professionale entri in diretto contatto.

Ha chiarito il decreto che soltanto la massiva vaccinazione anche ed anzitutto di coloro che entrano per servizio ordinariamente in contatto con altri cittadini, specie in situazione di vulnerabilità, rappresenta una delle misure indispensabili per ridurre, anche nei giorni correnti, la nuovamente emergente moltiplicazione dei contagi, dei ricoveri, delle vittime e di potenzialmente assai pericolose nuove varianti; quanto ora sottolineato, anche sotto il profilo del danno irreparabile, indica che, semmai, esso sarebbe incomparabilmente più grave per la collettività dei pazienti e per la salute generale, rispetto a quello lamentato dall'operatore sanitario sulla base di dubbi scientifici certo non dimostrati a fronte delle amplissimamente superiori prove, con l'erogazione di decine di milioni di vaccini solo nel nostro Paese, degli effetti positivi delle vaccinazioni sul contrasto alla pandemia e alla sue devastanti conseguenze umane, sociali e di deprivazione della solidarietà quale principio cardine della nostra Costituzione.

(3)

La VI sezione si pronuncia sulla valutazione della Banca d'Italia in relazione alla natura dei contratti posti in essere dagli intermediari finanziari, finalizzata a stabilire se rientrano o meno nell'attività autorizzata.

[Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 30 novembre 2021, n. 7972 – Pres. f.f. Simonetti, Est. Lopilato](#)

La valutazione della Banca d'Italia relativa alla natura dei contratti posti in essere dagli intermediari finanziari, finalizzata a stabilire se rientrano o meno

nell'ambito dell'attività autorizzata, deve essere svolta avendo riguardo alla causa del contratto che deve essere intesa come funzione-economico individuale dell'operazione negoziale (nella fattispecie concreta il criterio causale è stato utilizzato per distinguere il contratto di cessione del credito e il contratto di fideiussione).

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti della Banca d'Italia che, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, hanno oggetto le modalità di svolgimento e la qualificazione giuridica di una particolare attività negoziale da parte degli intermediari finanziari, impone di stabilire se la valutazione effettuata sia fondata su presupposti di fatto corretti e se la stessa qualificazione giuridica della vicenda negoziale risulti conforme alle regole civilistiche.

Ha ricordato la sezione che l'art. 106, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) prevede che «l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia».

L'art. 107 dello stesso decreto dispone che la Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività al ricorrere di specifiche condizioni che, nel loro complesso, devono garantire «la sana e prudente gestione» (Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2019, n. 2826).

Il decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29 (Regolamento in materia di intermediari finanziari) prevede l'obbligo di iscrizione in un elenco speciale per gli intermediari finanziari che intendono svolgere attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico. Agli intermediari iscritti nell'elenco generale è vietato svolgere tale attività in via esclusiva o prevalente (art. 11) ed è consentito, invece, svolgere attività di «acquisto di crediti».

L'attività di valutazione della Banca d'Italia ha avuto ad oggetto lo svolgimento di attività negoziale dell'intermediario il che impone di delineare la distinzione tra contratto di garanzia fideiussoria e di cessione di credito.

L'attività di qualificazione giuridica deve essere svolta muovendo dalla causa del contratto. L'orientamento costante della giurisprudenza più recente è nel senso che la causa deve essere intesa come funzione economico-

individuale del contratto o, con altra terminologia, come causa concreta o ragione pratica dell'affare, il che impone di avere riguardo all'assetto reale degli interessi programmato dalle parti per stabilire quale sia la "funzione" ovvero il "senso" dell'operazione economica (tra la altre, Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490). Una volta definita tale funzione si può procedere all'inquadramento del singolo contratto nell'ambito dei tipi legali, se previsti, ovvero, in assenza di una specifica disciplina, qualificare il contratto come atipico (art. 1322 c.c.).

Il contratto di fideiussione è un contratto tipico ad effetti obbligatori disciplinato dagli artt. 1936 -1957 c.c., che si può perfezionare anche con la sola proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore secondo il meccanismo dell'art. 1333 c.c. L'art. 1936 prevede che «è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui». Si tratta di una forma di garanzia personale dell'adempimento dell'obbligazione che si caratterizza per il fatto che si aggiunge alla garanzia generica costituita dal patrimonio del debitore principale la garanzia generica costituita dal patrimonio del garante (art. 2740 cod. civ.). Il debitore principale e il garante sono obbligati in solido, con possibilità anche di stabilire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale (art. 1944 c.c.). Si tratta di una obbligazione solidale unisoggettiva perché prevista nell'interesse esclusivo del debitore principale.

La cessione di credito è un contratto ad effetti reali disciplinato dagli artt. 1260 - 1267 c.c. che realizza, ai sensi dell'art. 1376 c.c., una vicenda traslativa del credito e, in particolare, il trasferimento a titolo particolare del credito che si perfeziona con il consenso del cedente (l'originario creditore) e del cessionario (nuovo creditore). Si tratta di uno schema negoziale generale che non identifica uno specifico tipo contrattuale ed, in quanto tale, è compatibile con diverse funzioni economico-individuali. In particolare, la ragione pratica dell'affare può essere variabile nel senso che la finalità che le parti intendono perseguire può consistere in una vendita di credito, in una cessione di pagamento e anche in una cessione a causa di garanzia (Cass. civ, sez. I, 16 novembre 2018, n. 29608; sez III, 3 aprile 2009, n. 8145). La cessione può essere *pro solvendo* o *pro soluto*: nel primo caso il cedente risponde della solvenza del debitore, nel secondo caso tale garanzia non è prevista (art. 1267 c.c.). In presenza di una cessione *pro solvendo*, il cedente assume la qualifica di fideiussore o di garante autonomo nei confronti del ceduto.

Nel riportato contesto, la Banca d'Italia svolge una valutazione peculiare che ha ad oggetto le modalità di svolgimento e la qualificazione giuridica di una particolare attività negoziale da parte degli intermediari finanziari. Il sindacato giurisdizionale su tali provvedimenti si atteggia anch'esso in modo peculiare perché impone di stabilire se tale valutazione sia fondata su presupposti di fatto corretti e se la stessa qualificazione giuridica della vicenda negoziale risulti conforme alle regole civilistiche.

(4)

Il C.g.a. si pronuncia sul trasferimento in Sicilia di strade a uso pubblico e relative pertinenze ai comuni competenti per territorio e gestione delle infrastrutture a IRSAP.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezioni riunite, 30 novembre 2021, n. 412 – Pres. Carlotti, Est. Buricelli](#)

La norma di cui all'art. 19, comma 2, l. reg. Sicilia n. 8 del 2012, che, nella versione originaria, assegnava al Commissario liquidatore il solo compito di individuare i beni dei singoli Consorzi ASI (inclusa la viabilità) da trasferire all'Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive (IRSAP), in seguito alle modifiche introdotte con la l. reg. Sicilia n. 10 del 2018 (art. 10, comma 1, lett. c), là dove, al comma 2, lett. b), sancisce, in capo al Commissario liquidatore, l'obbligo di trasferire strade a uso pubblico e relative pertinenze ai comuni competenti per territorio, non si pone in conflitto con l'art. 17, comma 2, della medesima l. reg. n. 8 del 2012, secondo cui spetta all'IRSAP la gestione delle infrastrutture, e ciò in quanto gli oneri di gestione sono una conseguenza naturale della titolarità del bene ed essi possono essere attribuiti ad un soggetto diverso solo in forza di una esplicita previsione derogatoria, che non è contenuta nell'art. 19, l. reg. n. 8 del 2012.

(5)

L'Adunanza plenaria si pronuncia su alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 29 novembre 2021, n. 21 – Pres. Patroni Griffi, Est. Franconiero](#)

Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi

Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa.

L'Adunanza plenaria n. 21 reitera i principi espressi dalla Adunanza plenaria 29 novembre 2021, n. 19.

Ha chiarito l'Alto consesso che con riguardo alla questione, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata

a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c. (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5).

La tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono ristorate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 c.c. danno emergente – lucro cessante.

Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680).

In senso parzialmente diverso si è espressa la Corte di cassazione. Con sentenza in data 3 luglio 2014, n. 15260 (sezione I) la Suprema Corte ha affermato che l'affidamento del concorrente ad una procedura di

affidamento di un contratto pubblico è tutelabile «indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto»; la stazione appaltante è quindi responsabile sul piano precontrattuale «a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante».

L'apparente contrasto rispetto agli approdi della giurisprudenza amministrativa deve tuttavia essere ridimensionato, avuto riguardo al fatto che il caso deciso dalla Corte di cassazione riguardava il concorrente primo classificato in una procedura di gara poi annullata in sede giurisdizionale amministrativa su ricorso di un altro concorrente. La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che «il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale» (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

L'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il

ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 c.p.a. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

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

(6)

L'Adunanza plenaria attribuisce al g.a. la giurisdizione sulle domande risarcitorie da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole poi annullato in sede giurisdizionale.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 29 novembre 2021, n. 20 Pres. Patroni Griffi, Est. Franconiero](#)

Sussiste la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, quanto nel caso in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia «urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio», devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.

E' devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, c.p.a. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i

«comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»; ed inoltre che «nelle particolari materie indicate dalla legge» di giurisdizione esclusiva - quale quella sugli «atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia» di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a. - essa si manifesta «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione.

Ha chiarito l'Alto consesso che nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento.

Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata.

La giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva. La giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo

Deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque

all'amministrazione che "agisce in veste di autorità" e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo - interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1). E ciò sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolare a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa.

Non sembra quindi condivisibile interporre nel rapporto amministrativo costituito dal provvedimento un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento alla stabilità del provvedimento medesimo, quale presupposto sostanziale della giurisdizione amministrativa. Attraverso la stabilità del provvedimento e del rapporto con esso costituito il privato beneficiario conserva l'utilità attribuitagli, che nella misura in cui è correlata ad un pubblico potere è e rimane oggetto di un interesse legittimo (da pretensivo a oppositivo, secondo la terminologia invalsa al riguardo).

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

(7)

L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla possibilità di sollevare in appello il difetto di giurisdizione da parte del ricorrente soccombente in primo grado e sulla responsabilità dell'amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato.

[Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 29 novembre 2021, n. 19 Pres. Patroni Griffi, Est. Franconiero](#)

L'Adunanza plenaria ha precisato che è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dal ricorrente soccombente in primo grado.

L'Alto consesso ha poi evidenziato che la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento.

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

(8)

Il C.g.a. si pronuncia sugli interventi di recupero e riqualificazione delle aree compromesse e sulla trasformazione del territorio per lo sviluppo sostenibile delle aree.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezioni riunite, 15 novembre 2021, n. 380 – Pres. Carlotti, Est. Callea](#)

Ai fini della tutela essenziale del paesaggio le norme di piano non sono soltanto il metro per la valutazione e per la conformazione dei piani e programmi di governo del territorio e delle relative attività d'esecuzione, come ben evincesi, d'altro canto, proprio dagli artt. 146 e ss., d.lgs. n. 42 del 2004, sulla vigilanza ed i controlli per le vicende inerenti ai beni culturali e

del paesaggio; esse costituiscono, altresì, perché lo dice l'art. 143, comma 1, lett. g) e h), il metodo per l'individuazione sia degli interventi (di competenza operativa comunque altrui) di recupero e riqualificazione delle aree compromesse o degradate, sia delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio per lo sviluppo sostenibile delle aree coinvolte.

(9)

Il T.a.r. si pronuncia sulla nomina a Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione I, sentenza 3 dicembre 2021, n. 12518, Pres. Savo Amodio, Est. Tropiano](#)

Il T.a.r. dichiara in parte inammissibile e in parte irricevibile il ricorso proposto da un consigliere di Stato, in quanto la controversia è risolvibile mediante la piana applicazione dei principi generali sull'inoppugnabilità dell'atto non tempestivamente gravato e sulla conseguente inammissibilità dell'impugnazione dell'atto conseguente basato sul provvedimento presupposto consolidato, laddove esso sia dotato, contestualmente, di effetto ampliativo e restrittivo della sfera giuridica di due o più soggetti (*Doppelwirkung*).

Tali si atteggiano infatti, da una parte, il ruolo del 2008 nel quale è stato immesso il ricorrente principale ed i successivi plurimi atti applicativi dello stesso, dall'altra, le delibere del 2019 di nomina dei controinteressati a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

(10)

Il T.a.r. si pronuncia sulla rilevanza temporale, in sede di gara pubblica, dell'obbligo dichiarativo delle condanne non automaticamente escludenti.

[T.a.r. per il Piemonte, sezione I, sentenza 2 dicembre 2021, n. 1108, Pres. Salamone, Est. Manaletto](#)

In sede di gara pubblica, il termine di tre anni di cui al comma 10-*bis* dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 è applicabile agli illeciti professionali contrattuali e alle condanne superiori ai tre anni stessi, mentre laddove la durata della condanna comminata è inferiore ai tre anni non potrà che applicarsi il criterio del primo periodo del citato comma 10-*bis*, che impone una esclusione pari alla durata della pena dal passaggio in giudicato della sentenza.

La Sezione affronta la problematica della rilevanza temporale dell'obbligo dichiarativo delle condanne non automaticamente escludenti ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 e ritiene aderente al tipo di causa escludente invocata, omogenea per questo profilo ad ogni altra condanna ritenuta escludente dall'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, una valutazione che tenga conto del passaggio in giudicato della sentenza, come per altro espressamente imposto dal medesimo art. 80 in tutti i casi in cui menziona esplicitamente la rilevanza di condanne penali. La lontananza nel tempo della condotta oggetto di reato, per canto suo, entrerà legittimamente nelle valutazioni discrezionali spettanti alla stazione appaltante. Sulla specifica questione del *dies a quo* del termine di durata dell'efficacia escludente delle condanne tutte, anche alla luce del tenore letterale della disposizione, buona parte della giurisprudenza si è orientata per l'applicazione, anche in caso di condanne non automaticamente escludenti ma rilevanti in quanto possibili illeciti professionali, di un termine di esclusione decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza (cfr. Cons. Stato n. 4937 del 2020; Tar per il Lazio n.

4917 del 2020). Altra e diversa problematica attiene alla durata triennale di tale termine ed agli effetti, anche sistematici, che essa in concreto produrrebbe nel caso di specie. La problematica si inserisce infatti nel contesto e nella evoluzione giurisprudenziale e normativa in cui è maturata la disciplina del “grave illecito professionale” quale causa di esclusione dalla gara. In particolare l’applicazione di tale termine produrrebbe intollerabili effetti di incoerenza esterna rispetto a quanto previsto per le condanne per reati tipicamente escludenti, quali ad esempio quelli disciplinati dall’art. 317 *bis* c.p. Per questi ultimi, infatti, il comma 10-*bis* dell’art. 80 prevede un termine di rilevanza della causa escludente pari alla durata della pena stessa in ipotesi di pene inferiori a sette o cinque anni; praticamente, quindi, in casi di ben possibile condanna a pene inferiori ai tre anni per taluno dei reati, che per la loro gravità tipica addirittura obbligano la stazione appaltante ad escludere il concorrente e possono comportare la pena accessoria del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, si avrebbe una efficacia temporale della durata dell’esclusione minore di quella che si avrebbe nel presente caso, in cui è stata comminata una pena di due mesi e pochi giorni di reclusione soggetta a valutazione discrezionale della stazione appaltante. Ne deriverebbe un effetto contrario alla ratio sottesa al disposto normativo di creare un omogeneo e coerente sistema che garantisca, da un lato, una durata massima degli effetti escludenti conseguenti a qualunque tipo di condanna, dall’altro una omogeneità di trattamento tra le fattispecie che costituiscono grave illecito professionale sub specie di condanne, senza però trascurare la necessaria coerenza esterna della disposizione rispetto ad altre ipotesi di condanne tipicamente escludenti, che, come tali, sono state ritenute per definizione più gravi dallo stesso legislatore. Tale evidenza impone, a parere della Sezione, un’interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata della normativa, improntata al canone della ragionevolezza e proporzionalità, non potendosi ritenere che il riferimento contenuto nell’art. 10-*bis* “al comma 5”, ferma l’individuazione del limite triennale massimo di esclusione per tutte le ipotesi di gravi illeciti professionali, ivi comprese eventuali condanne non tipizzate dal legislatore nella loro valenza escludente, sfoci, per condanne di durata infratriennale e non corredate dalla pena accessoria del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, nella palese violazione del principio di uguaglianza e degli stessi criteri di

proporzionalità ed armonizzazione del sistema che hanno guidato il legislatore e la giurisprudenza in materia. Pertanto, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata e sistematica della normativa, nonché del principio di proporzionalità di derivazione eurounitaria che pure governa la materia deve ritenersi che il termine di tre anni di cui al comma 10-*bis* sia applicabile agli illeciti professionali contrattuali e alle condanne superiori ai tre anni stessi, mentre laddove la durata della condanna comminata sia inferiore ai tre anni non potrà che applicarsi il criterio del primo periodo del citato comma 10-*bis*, che impone una esclusione pari alla durata della pena dal passaggio in giudicato della sentenza.

Consiglio di Stato – Pareri

(11)

Sulle garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste agli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, nonché agli articoli 24, 35 e 93 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 2 dicembre 2021, n. 1820, Pres. Carbone, Est. Carluccio](#)

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di decreto recante il regolamento che abroga e sostituisce il decreto del Ministro dello sviluppo economico del 19 gennaio 2018, n. 31, con cui si adottano gli schemi tipo per le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste agli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, nonché agli articoli 24, 35 e 93 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19

aprile 2017, n. 56 e con cui si attuano le direttive 2014/23/UE, 2014/24/11E e 2014/25/UE.

Normativa ed altre novità di interesse

(12)

[Corte costituzionale, Comunicato 2 dicembre 2021](#) - Inammissibile il conflitto contro il *green pass* in scuole e università.

(13)

[Legge 23 novembre 2021, n. 178](#) - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (GU Serie Generale n. 284 del 29 novembre 2021). Entrata in vigore del provvedimento: 30 novembre 2021.