



**Newsletter n. 41/2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost. 26 ottobre 2023, n. 192, la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale in relazione alla celebrazione del processo per il sequestro e l'omicidio di Giulio Regeni.

Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali

2. Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, autotutela in caso di falso o mendacio e potere di controllo urbanistico-edilizio;
3. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298, *project financing*: rito degli appalti e responsabilità precontrattuale;
4. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9265, la tutela della salute pubblica tra principio di precauzione e canone di proporzionalità;
5. T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 18 ottobre 2023, n. 3088, sull'obbligo di provvedere sull'istanza volta ad ottenere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 26 del d.l. n. 50 del 2022;
6. T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 10 ottobre 2023, n. 3021, sul procedimento di individuazione dei comuni interessati dalla esenzione IMU;
7. T.a.r. per la Lombardia, 9 ottobre 2023, n. 731, ammissibile la c.d. "clinicizzazione", ossia l'attribuzione ai professori straordinari di incarichi di direzione di unità operativa ospedaliera, anche senza procedura selettiva.

Consiglio di Stato – Pareri

8. **Cons. Stato, sez. I, parere 24 ottobre 2023, n. 1345, sull'inammissibilità del ricorso straordinario per l'ottemperanza a precedente decreto decisorio, sugli effetti dell'annullamento di un giudizio di avanzamento e sulla natura del relativo verbale della commissione di avanzamento.**

Corte costituzionale

(1)

La Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale in relazione alla celebrazione del processo per il sequestro e l'omicidio di Giulio Regeni.

Corte costituzionale 26 ottobre 2023, n. 192, Pres. Sciarra, Red. Petitti

E' incostituzionale dell'art. 420-*bis*, comma 3, del c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata a New York il 10 dicembre 1984, ratificata e resa esecutiva con legge 3 novembre 1988, n. 498, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa.

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

(2)

Autotutela in caso di falso o mendacio e potere di controllo urbanistico-edilizio.

[Consiglio di Stato, sezione II, 2 novembre 2023, n. 9415 - Pres. Simeoli, Est. Manzione](#)

L'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 tipizza l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

La norma *de qua* declina un'ipotesi di autotutela doverosa parziale, la quale, nello scandire la mera dequotazione del termine ragionevole, consente all'amministrazione di procedere al riesame anche oltre i termini legalmente contemplati nonchè di riscontrare l'eventuale istanza del terzo, finalizzata ad ottenerne l'attivazione, senza perciò solo vincolare il contenuto della decisione.

La clausola di salvaguardia delle sanzioni, previste dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, impone di distinguere le ipotesi di falsa dichiarazione sostitutiva di certificazioni o di atto notorio dai casi di rappresentazioni mendaci, ivi comprese quelle afferenti allo stato dei luoghi; sicché solo nel primo caso l'annullamento (che equivale alla decadenza) è anche obbligatorio, estendendosi la doverosità al *quomodo* e non rimanendo limitata all'*an*.

Il controllo del territorio, strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica rimesse all'ente locale, attiene alla verifica, effettuabile senza limiti di tempo, della conformità degli interventi al regime di edificabilità dei suoli, come cristallizzati nei titoli edilizi.

Il controllo sulla legittimità dei titoli implica, per contro, la verifica, *ex post*, dell'assentibilità dello *ius aedificandi*, in un'ottica di contemperamento delle esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza del diritto nonché di legittimo affidamento.

L'esercizio del potere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, che non incontra alcun limite di ordine temporale, si riferisce a tutto ciò che è realizzato *sine titulo*, in difformità dallo stesso ovvero utilizzandone una tipologia del tutto estranea all'intervento effettuato.

La mancanza dei presupposti, invece, ove non tempestivamente rilevata, giustifica, sussistendone le condizioni, il solo annullamento d'ufficio al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990.

(3)

***Project financing*: rito degli appalti e responsabilità precontrattuale.**

[Consiglio di Stato, sezione V, 27 ottobre 2023, n. 9298 – Pres. De Nictolis, Est. Caminiti](#)

Nella procedura di *project financing* occorre distinguere tre fasi:

1) la prima fase, ancorché in qualche misura procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma all'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore inerente alla presentazione della

proposta di finanza di progetto, in cui si esprime la valutazione dell'interesse pubblico, di competenza dell'organo di governo;

2) la seconda fase è caratterizzata dall'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale, con sottoposizione ad approvazione del progetto preliminare, rimessa alla competenza del consiglio;

3) la terza fase prevede l'indizione di una gara sul progetto approvato, rimessa alla competenza della dirigenza e soggetta, come tale, ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 119 e 120 c.p.a., la parola affidamento, riferibile ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, deve essere decifrata come relativa all'atto con cui la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto.

Laddove la procedura di *project financing* non abbia superato la prima fase e, pertanto, nessuna procedura competitiva per l'affidamento sia venuta ad esistenza, è inapplicabile alla relativa controversia il rito speciale degli appalti.

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.

Nel caso in cui venga affermata la sussistenza di una responsabilità precontrattuale, il risarcimento del danno va parametrato non già all'utile che il contraente avrebbe potuto ritrarre dall'esecuzione del rapporto, ma all'interesse contrattuale negativo, che copre sia il danno emergente (ossia le spese inutilmente sostenute per dare corso alle trattative), sia il lucro cessante (da intendersi come mancato guadagno rispetto a eventuali altre occasioni di contratto che la parte allegghi di avere perduto).

(4)

La tutela della salute pubblica tra principio di precauzione e canone di proporzionalità.

[Consiglio di Stato, sezione III, 26 ottobre 2023, n. 9265 – Pres. Greco, Est. Pescatore](#)

Il principio di precauzione impone alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. Ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche in assenza di certezze riguardo all'esistenza o alla portata del pregiudizio per la salute delle persone che si vuole scongiurare.

I principi di proporzionalità e ragionevolezza impongono all'amministrazione il bilanciamento tra l'interesse privato alla commercializzazione dei prodotti e le contrapposte esigenze di tutela della salute pubblica, con la conseguenza per cui il peso di scelte cautelative, imposte dal dubbio residuale sui margini di rischio, debba gravare sul soggetto responsabile della condotta illecita.

(La fattispecie inerisce ad un provvedimento, con il quale l'amministrazione ordinava, tra l'altro, che tutti i lotti di prosciutto, nei quali era stata riscontrata la presenza di antiparassitari nelle parti superficiali, fossero sottoposti a un'idonea toelettatura con eliminazione della cotenna e del grasso di rivestimento, al fine di poterne garantire l'integrità rispetto a possibili contaminazioni nelle parti edibili. L'atto *de quo* è stato ritenuto conforme sia alle regole di precauzione sia ai principi di proporzionalità e ragionevolezza).

(5)

Sull'obbligo di provvedere sull'istanza volta ad ottenere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 26 del d.l. n. 50 del 2022.

[T.a.r. per la Sicilia, sezione I, 18 ottobre 2023, n. 3088 – Pres. Veneziano, Est. Cappellano](#)

L'amministrazione è tenuta a provvedere sull'istanza con cui il privato chiede la maggiorazione degli importi sul costo dei materiali, ai sensi dell'art. 26 del d.l. n. 50 del 2022; infatti, l'obbligo di provvedere in capo alla pubblica amministrazione sussiste anche al di là di un'espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di chiedere l'aggiornamento dei prezzi, come nel caso in esame in cui la disposizione – a differenza di quanto disposto dall'art. 1-*septies* del d.l. n. 73 del 2021 – non richiede la presentazione di un'apposita istanza.

(6)

Sul procedimento di individuazione dei comuni interessati dalla esenzione IMU.

[T.a.r. per la Sicilia, sezione I, 10 ottobre 2023, n. 3021 – Pres. Veneziano, Est. Cappellano](#)

Dal combinato disposto di cui all'art 1, comma 13 prima parte, della l. n. 208 del 2015, e art. 1 comma 758, lett. d) della l. n. 758 del 2019, si evince che la normativa nazionale, in tema di individuazione dei comuni interessati dalla esenzione IMU, ha cristallizzato non già l'elenco allegato alla circolare n. 9/1993 del Ministero delle finanze, bensì i criteri, i presupposti e il procedimento per l'applicazione dell'esenzione, ossia i requisiti oggettivi (i criteri individuati dalla circolare del Ministero dell'economia e delle finanze n. 9 del 1993) e soggettivi (i terreni agricoli ricadenti in aree montane o di collina delimitate ai sensi dell'art. 15 della l. n. 984/1977). Pertanto, non

occorre un intervento legislativo per la modifica di tale elenco; e residua in capo al Ministero dell'economia e delle finanze un margine di apprezzamento discrezionale in ordine agli aspetti relativi alla valutazione sotto il profilo tributario e di stima degli effetti finanziari delle eventuali proposte di individuazione dei comuni interessati.

(7)

Ammissibile la c.d. "clanicizzazione", ossia l'attribuzione ai professori straordinari di incarichi di direzione di unità operativa ospedaliera, anche senza procedura selettiva.

[T.a.r. per la Lombardia, Brescia, 9 ottobre 2023 n. 731 - Pres. Gabbricci, Est. Fede.](#)

Per conferire ai professori universitari – anche straordinari- l'incarico di direzione di una UOC in un'azienda ospedaliero-universitaria non occorre esperire procedure di selezione mediante colloquio e analisi comparativa di *curricula*, titoli professionali, volumi di attività svolta e aderenza al profilo ricercato: difatti il perpetuarsi della prassi di clanicizzazione delle strutture ospedaliere non crea una sperequazione a vantaggio del personale universitario, che si troverebbe in posizione di favore, una volta acquisito lo *status* di direttore di una divisione o di un servizio ospedaliero, dato che tale personale rimane preposto alle funzioni di direzione, senza il superamento di una selezione valutativa e regole di progressione di carriera, a tutto detrimento dei medici che hanno sempre svolto funzioni nell'ambito della struttura, cui rimarrebbero definitivamente precluse le aspettative di conseguire le funzioni apicali, perché tale assunto non considera che in ambito medico l'integrazione tra attività universitaria di didattica e di ricerca e attività ospedaliera di assistenza è indispensabile, che i professori di ruolo sono selezionati mediante un concorso pubblico, che i professori straordinari non sono nominati unilateralmente dall'azienda sanitaria ma d'intesa con l'Università (la quale valuta il profilo del singolo candidato, che deve avere conseguito l'idoneità per la fascia dei professori ordinari ovvero essere in

possesso di elevata qualificazione scientifica e professionale), e che comunque la durata dell'incarico di professore straordinario è di tre anni ed è rinnovabile per una sola volta.

Consiglio di Stato – Pareri

(8)

Sull'inammissibilità del ricorso straordinario per l'ottemperanza a precedente decreto decisorio, sugli effetti dell'annullamento di un giudizio di avanzamento e sulla natura del relativo verbale.

[Consiglio di Stato, sezione I, parere 24 ottobre 2023, n. 1345 – Pres. Poli, Est. Perrelli](#)

È inammissibile il ricorso straordinario proposto per l'esecuzione di un decreto decisorio di precedente ricorso straordinario.

L'annullamento, in sede giurisdizionale o di ricorso straordinario, di un giudizio di avanzamento a scelta di un militare, di regola non implica altro effetto conformativo che la rinnovazione del giudizio stesso ad esito libero ma con la eliminazione del vizio di legittimità riscontrato.

La querela di falso è l'unico mezzo, predisposto dall'ordinamento, per consentire il superamento dell'efficacia di prova legale riconosciuta dalla legge all'atto pubblico quale è il verbale delle operazioni poste in essere dalla Commissione di avanzamento.