



**Newsletter n. 45/2023 della Giustizia amministrativa  
a cura dell'Ufficio del massimario**

## **Indice**

### **Corte costituzionale**

1. Corte cost., 4 dicembre 2023, n. 211, sulla decorrenza dell'immissione in ruolo nel concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria;
2. Corte cost., 24 novembre 2023, n. 209, sull'emersione del lavoratore straniero.

### **Corte di cassazione, sezioni unite civili**

3. Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, sulla sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento.

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

4. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2023, n. 10530, divieto di previsione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo e tipologie di appalti di servizi;
5. Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2023, n. 10510, la peculiare figura di *hosting provider* ed il divieto di mercato secondario a fini commerciali;
6. Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2023, n. 10507, profili di legittimità costituzionale della legge della regione Emilia-Romagna in tema di partecipanze agrarie;

7. **Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 10486, pianificazione attuativa comunale e risvolti problematici applicativi;**
8. **Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2023, n. 10307, alla Corte di giustizia UE la questione circa la qualificabilità o meno come aiuti di stato delle misure per razionalizzare il comparto delle fonderie di ghisa e di acciaio;**
9. **T.a.r. per la Liguria, sez. II, 4 dicembre 2023, n. 960, sugli effetti della pronuncia con cui le sezioni unite dichiarano la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia;**
10. **T.a.r. per il Lazio, sez. I, 28 novembre 2023, n. 17781, sull'interesse a ricorrere avverso i provvedimenti di impegni adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287.**

## Corte costituzionale

(1)

**La decorrenza dell'immissione in ruolo nel concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria.**

**[Corte costituzionale, 4 dicembre 2023, n. 211, Pres. Barbera, Red. D'Alberti.](#)**

Sono incostituzionali gli artt. 27, comma 2, e 28, comma 4, del decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 443 (Ordinamento del personale del Corpo di polizia penitenziaria, a norma dell'art. 14, comma 1, della legge 15 dicembre 1990, n. 395), nella parte in cui non prevedono che le vincitrici del concorso per vice ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria – che abbiano ottenuto l'idoneità al servizio a seguito della partecipazione al primo corso di formazione successivo all'assenza dal lavoro per maternità – siano immesse in ruolo con la medesima decorrenza, ai fini giuridici, attribuita agli altri vincitori del medesimo concorso.

**La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.**

**(2)**

**Sull'emersione del lavoratore straniero.**

**[Corte costituzionale, 24 novembre 2023, n. 209, Pres. e Red. Barbera](#)**

E' inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, commi 5 e 6, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, sollevata, in riferimento agli artt. 10, secondo comma, e 76 della Costituzione.

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, come convertito, sollevate, in riferimento agli articoli 3 e 35 Cost.

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 103, commi 5 e 6, del d.l. n. 34 del 2020, come convertito, sollevate, in riferimento agli artt. 97 e 113 Cost.

**La questione era stata rimessa dal T.a.r. per l'Umbria, con ordinanza n. 1 febbraio, n. 56, oggetto di News UM n. 38 del 18 marzo 2023.**

**Corte di cassazione, sezioni unite civili**

**(3)**

**Sulla sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento.**

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, 5 dicembre 2023, n. 33954, Pres. Virgilio, Rel. Criscuolo](#)

Le sezioni unite civili – decidendo su questione di massima di particolare importanza – hanno affermato il seguente principio:

«Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico.»

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

(4)

**Divieto di previsione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo e tipologie di appalti di servizi.**

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 5 dicembre 2023, n. 10530 - Pres. De Nictolis, Est. Masaracchia](#)

E' rimessa alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la seguente questione pregiudiziale:

“se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, nonché il principio euro-unitario di proporzionalità e l'art. 67, paragrafo 2,

della direttiva 2014/24/UE ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 95, commi 3, lettera a), e 4, lettera b), del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nonché nell'art. 50, comma 1, del medesimo decreto legislativo, come anche derivante dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8, secondo la quale, in caso di appalti aventi ad oggetto servizi con caratteristiche standardizzate ed al contempo ad alta intensità di manodopera, è vietata all'amministrazione aggiudicatrice la previsione, quale criterio di aggiudicazione, di quello del minor prezzo, anche nell'ipotesi in cui la legge di gara abbia cura di prevedere il ribasso sul solo aggio o utile potenziale di impresa, con salvezza dei costi per la manodopera”.

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

(5)

**La peculiare figura di *hosting provider* ed il divieto di mercato secondario a fini commerciali.**

**[Consiglio di Stato, sezione VI, 5 dicembre 2023, n. 10510 - Pres. Montedoro, Est. Ponte](#)**

Il *provider* è il soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete internet e dei servizi connessi all'utilizzo di essa.

In relazione all'attività di memorizzazione di informazione – *hosting*, ci sono due figure di *hosting provider*, passivo ed attivo.

Il primo pone in essere un'attività di prestazione di servizi di ordine meramente tecnico e automatico, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi.

Il secondo si ha quando l'attività ha ad oggetto anche i contenuti della prestazione resa.

Il criterio di imputazione della responsabilità della colpa è dotato di un contenuto di specificità, e, ad un tempo, conformato e graduato, *ex lege*, a misura dell'attività professionale svolta dai prestatori dei servizi *internet*.

E' vietato il mercato secondario svolto a fini commerciali.

Il legislatore fiscale può vietare fenomeni che siano per la loro dimensione ed il loro impatto contrari all'ordine economico, quali il bagarinaggio informatico senza che questo divieto risulti *ex se* violativo della libertà d'impresa, che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

E', invece, consentita la rivendita a certe condizioni di prezzo e di occasionalità che non sono considerate rischiose.

(6)

**Profili di legittimità costituzionale della legge della regione Emilia-Romagna in tema di partecipanze agrarie.**

[Consiglio di Stato, sezione VI, 5 dicembre 2023, n. 10507 - Pres. Montedoro, Est. Gallone](#)

Permane il potere regionale di controllo sulle partecipanze agrarie.

Gli artt. 49, comma 1, lett. c) e 50 della legge della regione Emilia-Romagna 24 marzo 2004, n. 6) sono vigenti e non sono stati abrogati, in forza del meccanismo previsto dall'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, per effetto della sopravvenienza della legge 20 novembre 2017 n. 168 (recante "norme in materia di domini collettivi").

Non sussiste incompatibilità, *ex art. 15 disp. prel. c.c.*, tra la legge regionale e la legge statale, n. 168 del 2017, che ha introdotto nell'ordinamento la figura dei domini collettivi (in cui rientrano le partecipanze agrarie) e che costituisce *species* della categoria di usi civici, di cui agli artt. 1 e 3 della legge n. 1766 del 1928, definiti come proprietà collettive aperte.

Peraltro, gli enti esponenziali delle collettività, titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva, hanno personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria.

Ma la riconosciuta natura privata delle partecipanze non è radicalmente incompatibile con la permanenza di poteri pubblicistici di controllo sul loro funzionamento.

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, comma 1 lett. b), della legge della regione Emilia-Romagna 24 marzo 2004, n. 6, nel suo combinato disposto con gli artt. 25 e 29 della legge della regione Emilia-Romagna 27 maggio 1994 n. 24, per contrasto con gli artt. 3, 9 e 117, comma 2, lett. l) e s) della Costituzione.

Nella materia dell'ordinamento civile, di esclusiva competenza legislativa statale, rientra il regime dominicale degli usi civici e delle proprietà collettive.

Le regioni non hanno competenze legislative in tema di regime della proprietà pubblica.

**La presente decisione sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.**

(7)

**Pianificazione attuativa comunale e risvolti problematici applicativi.**

[Consiglio di Stato, sezione IV, 4 dicembre 2023, n. 10486 – Pres. Neri, Est. Loria](#)

L'approvazione degli atti della giunta comunale, dopo l'indizione dei comizi elettorali, non necessita dei requisiti dell'urgenza e dell'improrogabilità, posto che la disposizione di cui all'art. 38, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000, è strettamente riferibile ai soli atti di competenza del consiglio comunale.

La giunta comunale è competente ad approvare i piani attuativi comunali che non comportano variante allo strumento urbanistico generale.

Nella regione Friuli Venezia Giulia, poiché le procedure dell'art. 25 comma 3, della legge regionale, n. 5 del 2007 sostituiscono quelle previste dalle leggi

di settore, sussiste la possibilità di approvare i contenuti dei piani per gli insediamenti produttivi attraverso i piani attuativi comunali.

(8)

**Alla Corte di giustizia UE la questione circa la qualificabilità o meno come aiuti di stato delle misure per razionalizzare il comparto delle fonderie di ghisa e di acciaio.**

**[Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 29 novembre 2023, n. 10307 – Pres. De Felice, Est. Ravasio.](#)**

Sono rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE:

a) se una misura qual è quella disciplinata dalla normativa nazionale richiamata al paragrafo 20, e in particolare la misura prevista dall'art. 2, comma 2, lett. a) del decreto ministeriale n. 73/2004 sia qualificabile quale "aiuto ", ai sensi e per gli effetti degli artt. 107 e 108 TFUE nonché del Regolamento (UE) del Consiglio del 22.03.1999 - n. 659;

b) se una misura qual è quella disciplinata dalla normativa nazionale richiamata al paragrafo 20, e in particolare la misura prevista dall'art. 2, comma 2, lett. b) del decreto ministeriale n. 73/2004, sia qualificabile quale "aiuto " ai sensi e per gli effetti degli artt. 107 e 108 TFUE nonché del Regolamento (UE) del Consiglio del 22 marzo 1999 n. 659.

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

(9)

**Sugli effetti della pronuncia con cui le sezioni unite dichiarano la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia.**

[T.a.r. per la Liguria, sezione II, 4 dicembre 2023, n. 960 – Pres. Morbelli, Est. Vitali](#)

Qualora il giudice amministrativo sollevi il conflitto negativo di giurisdizione, e le sezioni unite dichiarino che la giurisdizione sulla controversia spetta al giudice ordinario, il giudice amministrativo non può che dichiarare il ricorso inammissibile, atteso che – ai sensi dell’art. 59, comma 1, l. n. 69 del 2009 - la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

(10)

**Sull’interesse a ricorrere avverso i provvedimenti di impegni adottati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell’art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287.**

[T.a.r. per il Lazio, sezione I, 28 novembre 2023, n. 17781 – Pres. Savo Amodio, Est. Ugo](#)

L’impugnazione del provvedimento di chiusura dell’istruttoria con impegni, ai sensi dell’art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287, è inammissibile, per carenza dell’interesse, ove parte ricorrente si limiti ad allegare l’assenza di pregiudizio alla concorrenza nella condotta oggetto di indagine da parte dell’Autorità. (Nel caso in esame una società concorrente lamentava l’adozione del provvedimento di impegni, sostenendo la liceità del precedente comportamento della società in asserita posizione dominante. Il Collegio reputava tale impugnazione inammissibile, non essendo individuabile un interesse concreto ed attuale all’annullamento dell’atto: invero, le deduzioni difensive evidenziavano unicamente un ipotetico vantaggio indiretto, mediato dall’annullamento del provvedimento e dalla contestuale e non governabile condotta di altro soggetto privato. Viepiú, la ricostruzione offerta dalla parte esponente assegnava alla società in asserita

posizione dominante una sorta di inammissibile ruolo di regolazione del mercato).