



Consiglio di Stato

Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa

*Pasquale de Lise
Presidente del Consiglio di Stato*



Palazzo Spada

Roma, 8 febbraio 2011

APPENDICE

SOMMARIO

A) ATTIVITA' GIURISDIZIONALE

1. Autorità amministrative indipendenti: a) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. b) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. c) Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas. 2. Banca d'Italia. 3. Servizi pubblici. 4. Appalti e contratti della Pubblica amministrazione. 5. Enti locali. 6. Accesso ai documenti. 7. Edilizia. 8. Espropriazione. 9. Strumenti urbanistici. 10. Beni storici e artistici. 11. Sanità. 12. Elezioni. 13. Processo amministrativo. 14. Risarcimento danni.

B) ATTIVITA' CONSULTIVA

1. Sezione Consultiva per gli atti normativi. 2. Autorità amministrative indipendenti: a) Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas. b) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 3. Organizzazione della Pubblica amministrazione. 4. Appalti e contratti della pubblica amministrazione. 5. Procedimento amministrativo. 6. Pubblico impiego. 7. Istruzione. 8. Ambiente. 9. Agricoltura. 10. Ricorsi amministrativi.

C) DATI STATISTICI

ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

Sommario: 1. Autorità amministrative indipendenti: a) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. b) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. c) Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas. 2. Banca d'Italia. 3. Servizi pubblici. 4. Appalti e contratti della Pubblica amministrazione. 5. Enti locali. 6. Accesso ai documenti. 7. Edilizia. 8. Espropriazione. 9. Strumenti urbanistici. 10. Beni storici e artistici. 11. Sanità. 12. Elezioni. 13. Processo amministrativo. 14. Risarcimento danni.

1. Autorità amministrative indipendenti

a) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Di indubbia importanza è la sentenza 21 dicembre 2010, n. 9322 della VI Sezione, che è intervenuta sulla delicata questione relativa alle operazioni di portabilità del mutuo, dichiarando illegittime le sanzioni inflitte, ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 23, 24 e 25, comma 1, lett. d), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alle banche per mancata surrogazione dei mutui (e quindi del subingresso nel contratto esistente) ovvero per surrogazione con previsione di oneri per i richiedenti. A tale conclusione la Sezione è pervenuta sul rilievo che la relativa disciplina ha formato oggetto, nel periodo successivo all'entrata in vigore del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, di modificazioni e approssimazioni contenutistiche, nonché di indicazioni di carattere interpretativo/applicativo rivolte agli operatori bancari, alle quali hanno fatto seguito interventi integrativi e correttivi delle prescrizioni in precedenza impartite, che non hanno certamente agevolato il compito degli istituti di credito, ai quali peraltro contemporaneamente si riconosceva autonomia decisionale in ordine alla scelta fra diverse tipologie negoziali (sostituzione, in luogo di surrogazione), situazione questa aggravata dal fatto che fino alla finanziaria 2008 mancava una disciplina della portabilità attiva che imponesse la gratuità dell'operazione.

Da segnalare è anche la sentenza, sempre della VI Sezione, n. 9575 del 29 dicembre 2010, che ha dichiarato inammissibile l'intervento - nel giudizio proposto avverso la sanzione comminata dall'Autorità antitrust (nella specie, per la fornitura di *jet fuel*, in violazione dell'art. 81 TCE) - della società risultante dalla scissione di quella destinataria della sanzione, ai sensi degli artt. 111 e 267 c.p.c., nella dichiarata qualità di successore a titolo particolare nella situazione giuridica controversa. La tesi svolta dalla Sezione è che l'acquisto, a seguito di scissione societaria, del ramo d'azienda al quale si imputava una condotta vietata dal diritto antitrust, e quindi un illecito amministrativo, non determina la successione nella relativa responsabilità: vale a dire, nel linguaggio dell'art. 111 c.p.c., la successione nel 'diritto controverso'. Sono stati ritenuti ostativi alla successione il carattere personale della responsabilità punitiva (art. 27 Cost.; artt. 1 e 3, l. 24 novembre 1981, n. 689, applicabile in materia di sanzioni *antitrust* in forza dell'art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287) e il principio di non trasmissibilità dell'obbligazione sanzionatoria (cfr. art. 7, l. n. 689 del 1981).

Importante è anche la sentenza n. 1435 dell'11 marzo 2010, con la quale la VI Sezione ha affermato che in tema di pubblicità occulta, ai fini dell'applicazione della sanzione, è sufficiente la colpa dell'operatore, non essendo necessario l'accertamento del dolo. Infatti, per la punibilità delle condotte perseguite con sanzione amministrativa si richiede la cd. "responsabilità colpevole" in base all'art. 27 Cost., che implica la necessaria "personalità" della responsabilità, mentre è indifferente l'individuazione della stessa come dolosa o colposa.

Ancora, è da segnalare la sentenza della VI Sezione 29 dicembre 2010, n. 9565, che ha accolto l'appello proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avverso la decisione del giudice di primo grado avente ad oggetto una c.d. pratica concordata tra concorrenti del settore assicurativo ramo-vita e consistente in un continuo scambio di informazioni su dati sensibili delle loro attività. Premesso che in un mercato regolamentato, e sottoposto al controllo di un'autorità di vigilanza al fine di garantirne l'effettività della concorrenza, gli operatori economici, sottoposti a procedimento di infrazione, sono tenuti a dar conto delle ragioni che giustificano gli accordi fra loro intervenuti e della non-immeritevolezza degli interessi perseguiti, la Sezione ha chiarito che l'esistenza e la sanzionabilità della c.d. pratica concordata non postula necessariamente che essa abbia prodotto effetti restrittivi della concorrenza, essendo sufficiente una accertata attitudine a produrli. Ha aggiunto che lo scambio di informazioni fra imprese operanti nel medesimo settore assicurativo ha carattere illecito se è in grado di eliminare o quanto meno di attenuare il grado di incertezza delle stesse imprese sul comportamento dei concorrenti.

b) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza n. 1461 del 13 dicembre 2010, ha chiarito che non ha natura di parere in senso tecnico quello reso dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici su richiesta della stazione appaltante o di una o più parti a norma dell'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, trattandosi piuttosto di una consulenza di supporto tecnico giuridico di alta specializzazione in vista del superamento di "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara", con la conseguenza che esso, anche se interamente recepito dalla stazione appaltante, non è impugnabile con il provvedimento di esclusione che la commissione di gara ha adottato su tale base, alla stessa stregua di un parere endoprocedimentale.

c) Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas

Di sicura importanza è la sentenza della VI Sezione n. 1215 del 2 marzo 2010 che, intervenendo su questione inerente al settore dell'energia elettrica, ha ritenuto legittimi gli atti dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas adottati da un collegio composto solo da due componenti. Ha chiarito che l'art. 1, comma 15, l. 23 agosto 2004, n. 239 prevede che, entro sessanta giorni dalla sua entrata in vigore, devono essere nominati gli ulteriori componenti dell'AEEG in numero complessivo pari a cinque compreso il Presidente. Premesso che il termine in questione ha carattere ordinatorio e che dalla mancata nomina dei componenti del collegio, a conclusione di un procedimento particolarmente complesso (disciplinato dall'art. 2, comma 8, l. 14 novembre 1995, n. 481), non può farsi derivare una paralisi della funzione regolatoria affidata per legge all'AEEG, ha concluso nel senso che la delibera n. 182 del 2004, che sancisce la necessità del *quorum* strutturale con riferimento alla maggioranza dei componenti, si riferisce ai componenti in carica, con la conseguenza che ove siano solo due in carica e siano d'accordo si raggiunge in effetti l'unanimità dei componenti in carica quale condizione per deliberare.

Nell'occasione la Sezione ha avuto anche modo di prendere posizione sulla problematica relative alle regole del contraddittorio procedimentale in materia di atti di regolazione. Ha chiarito che la l. 7 agosto 1990, n. 241 è legge generale sul procedimento amministrativo non nel senso di strumento di codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto di individuazione e definizione dei principi fondamentali ai quali la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve conformarsi. Pertanto i principi generali in tema di partecipazione procedimentale – i quali hanno lo scopo di assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, uno spazio adeguato agli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere – si pongono come canoni di interpretazione non

meramente letterale della disciplina di settore, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore.

2. Banca d'Italia

Di sicuro interesse è la sentenza n. 8016 dell'11 novembre 2010 della VI Sezione, che ha pronunciato sui poteri della Banca d'Italia in sede di commissariamento di un istituto di credito e sui limiti alla partecipazione degli amministratori interessati al relativo procedimento. Ha preliminarmente chiarito che il decreto con il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, dispone lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo di una Banca, ai sensi dell'art. 70, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, con conseguente nomina di Commissari straordinari, non va preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241*, stante la specialità della procedura di commissariamento quale evincibile dal comma 3 del citato art. 70, d.lgs. n. 385 del 1993, laddove prevede che il decreto di scioglimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze e la proposta della Banca d'Italia siano comunicati agli interessati, che ne facciano richiesta, non prima di quanto disposto dal successivo art. 73. Ha aggiunto che l'ampia discrezionalità di cui dispone la Banca d'Italia nella valutazione dei presupposti legittimanti il commissariamento degli istituti di credito induce ad escludere ogni sindacato giurisdizionale sulle valutazioni di merito da essa compiute, con esclusione dei soli casi di manifesta erroneità o irragionevolezza. Quanto al merito, ha affermato che nei procedimenti riguardanti il commissariamento di istituti di credito, tra procedimento sanzionatorio e procedura di commissariamento esiste completa autonomia, con la conseguenza che l'Amministrazione ben può porre i medesimi fatti alla base dell'uno e dell'altra e procedere in modo separato ed autonomo.

3. Servizi pubblici

In materia di servizi pubblici è da segnalare la sentenza della V Sezione n. 6529 del 10 settembre 2010, che ha tracciato le linee guida da seguire per distinguere i servizi pubblici locali di rilevanza economica da quelli che non presentano tale carattere. Ha affermato che, a detto fine, non può ritenersi confacente il ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o non, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, che garantisca la remunerazione efficace del capitale (*id est*, la capacità di produrre utili) mediante una organizzazione imprenditoriale capace di assicurare non solo la copertura dei costi sostenuti, ma anche un margine di profitto. Ha osservato che, in effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da Enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica (attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica), può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni. Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall'esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da Pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all'istruzione o alla sanità) e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, alle quali le varie attività sono sottoposte, dipende in definitiva più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi. A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle

peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio. In applicazione di tali principi il servizio di mensa scolastica comunale è stato qualificato come servizio pubblico privo di rilevanza economica.

4. Appalti e contratti della Pubblica amministrazione

Numerose sono le pronunce emesse nel corso dell'anno 2010 in materia di contratti della Pubblica amministrazione.

Sull'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare alle gare pubbliche è da segnalare la sentenza 10 settembre 2010, n. 6527 della V Sezione, che definisce l'ambito di partecipazione delle società miste alle gare di appalto. Con richiamo al divieto imposto (art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) alle società a capitale interamente pubblico o miste - costituite o partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali - di partecipare e aggiudicarsi gare non indette dagli Enti loro partecipanti, ha affermato che anche le Camere di commercio, in quanto enti pubblici, possono impiegare propri capitali per costituire società miste al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica; ma tale iniziativa non può essere perseguita mediante l'utilizzazione del capitale di una società strumentale (scorporo di ramo d'azienda costituito da attività estranee al vincolo di strumentalità con l'Ente affidante), perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite a soggetti che godono del beneficio del "minimo garantito". Ha osservato che le ragioni per le quali la società strumentale rappresenta una turbativa del libero giuoco della concorrenza sono da individuarsi nel rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscono, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o a coprirne i costi. Ha aggiunto che il privilegio economico non necessariamente deve concretizzarsi nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese.

Quanto ai requisiti di partecipazione alle gare pubbliche e, in particolare, a quello di regolarità contributiva, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza n. 557 del 21 aprile 2010, ha affermato che il suo possesso deve essere verificato con riferimento alla data di scadenza del termine stabilito per la presentazione della domanda e va conservato per tutta la durata della procedura, fino alla conclusione del contratto, pena la revoca dell'affidamento, senza che in contrario assuma rilievo un'eventuale successiva regolarizzazione da parte dell'impresa interessata, salvo il caso che l'impresa stessa abbia ottemperato alla presentazione tempestiva del d.u.r.c. (documento unico di regolarità contributiva) e, venuta successivamente a conoscenza di un'irregolarità contributiva, l'abbia sanata prima dell'aggiudicazione.

Con sentenza n. 1411 del 10 novembre 2010 lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha chiarito che, indipendentemente dal contratto collettivo in concreto applicato, le imprese che eseguono appalti di lavori pubblici o che aspirano a ottenere l'aggiudicazione di tali contratti sono obbligate, prima dell'esecuzione del contratto o prima della partecipazione alla gara, a iscrivere i propri lavoratori alla Cassa edile territorialmente competente. Ciò in quanto, diversamente opinando, si consentirebbe a qualunque concorrente ad una gara indetta per l'aggiudicazione di un appalto di lavori di eludere agevolmente le previsioni, normative e amministrative, in tema di verifica del requisito della regolarità contributiva, usando la semplice accortezza di optare per l'applicazione di una disciplina contrattuale collettiva diversa da quella del settore edile. In

questo modo si perverrebbe al risultato, certamente non assecondabile, di consentire a un'impresa di impegnarsi, con varie stazioni appaltanti, a effettuare lavori edili, senza dover dimostrare la sua regolarità contributiva nei confronti delle Casse edili. In pratica, si finirebbe per trasformare tutte le norme in materia di regolarità contributiva nei confronti delle Casse edili in previsioni di natura dispositiva, posto che l'impresa interessata, mediante una libera scelta negoziale compiuta prima della partecipazione a una procedura di evidenza pubblica, potrebbe decidere se sottostare, o no, ad esse.

In relazione alle annotazioni sul casellario informatico il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (2 luglio 2010, n. 979) ha chiarito che le stazioni appaltanti sono tenute a prendere in considerazione le annotazioni iscritte nel casellario nei termini in cui esse sono state effettuate e non possono autonomamente sindacarne il contenuto (peraltro, detto sindacato è precluso alla stessa Autorità), a meno che le stesse iscrizioni, e gli atti ad esse presupposti, non risultino sospesi o annullati per effetto di un'impugnativa accolta, promossa in sede amministrativa o giurisdizionale. La possibilità per la stazione appaltante, che ha acquisito dall'Autorità di vigilanza l'informazione relativa al mancato possesso dei requisiti di partecipazione, da parte del concorrente alla gara pubblica, di valutarne la correttezza, accertandone autonomamente le vicende presupposte, non soltanto è preclusa dalla fonte di rango primario, che fa espresso riferimento alle risultanze del casellario, ma soprattutto è contraria ai principi che reggono l'intero funzionamento del sistema di verifica delle posizioni delle imprese concorrenti, mirante evidentemente a velocizzare gli accertamenti delle Amministrazioni mediante la consultazione diretta di detto archivio.

In tema di *project financing* è intervenuta l'Adunanza plenaria (15 aprile 2010, n. 1) che ha preliminarmente chiarito che il *project financing* è volto alla realizzazione di interventi di una certa entità mediante il concorso di risorse pubbliche e private; a tale risultato, per lo più perseguito con l'impiego dello strumento della concessione di costruzione e gestione, corrisponde sul piano procedurale la giustapposizione di una pluralità di modelli negoziali i quali, ancorché teleologicamente connessi in vista del raggiungimento del predetto risultato economico, conservano la propria autonomia: All'interno di tale cornice appaiono chiaramente distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima, nella disciplina dettata dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il *project financing* in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi, entro certi limiti, sindacabile in sede giurisdizionale, 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 alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore. Ha poi chiarito che nel *project financing* la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione non possono essere considerate come autonome e distinte, costituendo momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari.

Di sicuro interesse è anche la sentenza della IV Sezione n. 1705 del 23 marzo 2010, in tema di disapplicazione delle norme di cui all'art. 21, comma 5, l. 3 agosto 2009, n. 102, che ha mutato il regime dell'affidamento in concessione dell'esercizio di lotterie nazionali ad

estrazione istantanea, passando da un assetto organizzativo monoconcessionario ad uno multiconcessionario (fino a quattro concessionari). Ha, in particolare affermato, in relazione alle gare per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati lotterie nazionali ad estrazione istantanea, l'illegittimità della clausola del bando che introduce un "meccanismo di riserva" a favore del precedente concessionario (Lottomatica), indipendentemente dall'esito finale della licitazione indetta, prevedendo il diritto dello stesso a proseguire la sua gestione per un predeterminato periodo di tempo. La tesi svolta è che la *lex specialis*, così configurata, si pone in contrasto con i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza imposti dalla necessità di assicurare la massima concorrenza fra i soggetti interessati all'aggiudicazione e, in particolare, con i canoni di regolazione delle procedure di gara sanciti dalle norme e dai principi di diritto comunitario e, segnatamente, con gli artt. 49 e 86 del Trattato CE.

5. Enti locali

Da segnalare per la sua importanza la sentenza n. 9323 del 21 dicembre 2010, con la quale la VI Sezione ha chiarito che il decreto di scioglimento di un Consiglio comunale o provinciale per infiltrazioni mafiose e la valutazione delle acquisizioni probatorie in ordine a collusioni o condizionamenti non può essere adottato estrapolando dal materiale acquisito dall'Autorità singoli fatti ed episodi, al fine di contestare taluni di essi ovvero di sminuire il rilievo di altri in sede di verifica del giudizio conclusivo sull'operato dell'organo consiliare ma, in presenza di un fenomeno di diffusa criminalità, gli elementi adottati a riprova di collusioni, collegamenti e condizionamenti vanno considerati nel loro insieme, giacché solo dal loro esame complessivo può ricavarsi la ragionevolezza dell'addebito mosso al Consiglio comunale di incapacità, in un determinato contesto e a prescindere da responsabilità dei singoli, ad esercitare l'attività di controllo e di impulso cui esso è deputato per legge. Ha aggiunto la Sezione, con riferimento in questo caso al sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere di scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione e condizionamento mafiosi, che lo stesso, avendo natura estrinseca e formale, non può spingersi al di là della verifica della ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole.

6. Accesso ai documenti

In materia di accesso ai documenti merita di essere segnalata la sentenza n. 7237 del 30 settembre 2010, con la quale la VI Sezione ha chiarito che la regola, fissata dall'art. 2, d.P.C.M. 26 gennaio 1996 n. 200 in ordine al rapporto fra diritto di accesso ai documenti e segreto professionale, ha portata generale giacché codifica il principio - valevole per tutti gli avvocati, siano essi del libero foro o appartenenti ad uffici legali di Enti pubblici - secondo cui, essendo il segreto professionale specificamente tutelato dall'ordinamento, sono sottratti all'accesso gli scritti defensionali, rispondendo il principio in parola ad elementari considerazioni di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie. Ha peraltro aggiunto che detta regola non è applicabile allorché il parere legale, acquisito a conclusione di un'apposita istruttoria procedimentale, si inserisce in essa ed è richiamato nella motivazione dell'atto finale.

7. Edilizia

Fra le molte sentenze rese in materia dal Consiglio di Stato e dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana una particolare segnalazione merita la sentenza della VI Sezione n. 2139 del 15 aprile 2010, con la quale è stato affermato che la d.i.a. non ha

natura provvedimento, trattandosi al contrario di un atto del privato, come tale non immediatamente impugnabile innanzi al T.a.r. L'azione a tutela del terzo, che si ritenga leso dall'attività svolta sulla base della d.i.a. non è, quindi, impugnatoria-annullatoria, ma di accertamento dell'inesistenza dei presupposti della d.i.a. Tale azione (che sebbene non espressamente prevista trova il suo fondamento nel principio dell'effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost.) va proposta nei confronti del soggetto pubblico che ha il compito di vigilare sulla d.i.a. (verso il quale si produrranno poi gli effetti conformativi derivanti dall'eventuale sentenza di accoglimento), in contraddittorio con il denunciante, che assume la veste di soggetto controinteressato (perché l'eventuale accoglimento della domanda di accertamento inciderebbe negativamente sulla sua sfera giuridica.). Ha aggiunto la Sezione che la sentenza che accerta l'inesistenza dei presupposti della d.i.a. ha effetti conformativi nei confronti dell'Amministrazione, in quanto le impone di porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base della d.i.a., segnatamente di ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato. Tale potere, in quanto volto a dare esecuzione al comando implicitamente contenuto nella sentenza di accertamento, deve essere esercitato a prescindere sia dalla scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241 per l'adozione dei provvedimenti inibitori-repressivi, sia dalla sussistenza dei presupposti dell'autotutela decisoria richiamati sempre dall'art. 19. Non si tratta, infatti, né di un potere di autotutela propriamente inteso (e, quindi, non richiede alcuna valutazione sull'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto prevalente sull'interesse del privato), né del potere inibitorio tipizzato dall'art. 19, l. n. 241 del 1990 (per il quale è previsto il termine perentorio). Si tratta, al contrario, di un potere che ha diversa natura e che trova il suo fondamento nell'effetto conformativo del giudicato amministrativo, da cui discende, appunto, il dovere per l'Amministrazione di determinarsi tenendo conto delle prescrizioni impartite dal giudice nella motivazione della sentenza.

E' da segnalare anche la sentenza n. 981 del 2 luglio 2010, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha affermato che la localizzazione dei programmi costruttivi su aree destinate a verde agricolo non costituisce un obbligo per i Comuni ma, al più, l'esito di una scelta discrezionale delle Amministrazioni, rientrando nella loro estesa potestà di conformazione del territorio comunale.

Importante è anche la sentenza n. 1221 del 21 settembre 2010, con la quale lo stesso Consiglio ha chiarito che, ai fini del rilascio della concessione edilizia in sanatoria relativa a un manufatto ricadente su un'area gravata da vincolo ambientale e paesaggistico di cui alla l. 29 giugno 1939, n. 1497, l'indennità prevista dall'art. 15 della stessa legge non ha natura risarcitoria (nozione che postula, per l'appunto, l'esistenza di un pregiudizio sostanziale) ma sanzionatoria, trattandosi di una misura punitiva rispetto alla quale il danno viene in rilievo soltanto quale parametro legale di commisurazione dell'entità del versamento imposto al trasgressore, anche se non si è materialmente verificato. Ha ritenuto non condivisibile la tesi secondo cui tale sanzione pecuniaria non è irrogabile a fronte di violazioni formali e, quindi, in assenza di un illecito sostanziale e ha osservato, a questo riguardo, che l'ordinamento conosce innumerevoli esempi di sanzioni amministrative volte a reprimere, anticipatamente rispetto al prodursi di lesioni sostanziali dei beni-interessi tutelati dalla legge, anche condotte meramente omissive. La tesi svolta è che anche in questi casi, si è in presenza di una lesione di un interesse tutelato, identificabile nell'illecito ostacolo - riconducibile alla mancata richiesta del nulla-osta - all'effettuazione dei prescritti controlli sugli interventi edilizi incidenti su beni protetti, controlli istituzionalmente affidati all'Amministrazione preposta alla gestione dei valori ambientali e paesistici, onde scongiurare in via preventiva il prodursi di lesioni "sostanziali". Su tale imprescindibile necessità di un controllo preventivo riposa d'altronde l'obbligo, dell'interessato, di richiedere l'accertamento della compatibilità paesaggistica.

8. Espropriazione

Da segnalare la sentenza 21 aprile 2010, n. 558, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha affermato che l'art. 43, t.u. 8 giugno 2001, n. 327 è esperibile anche nei confronti di beni culturali e da parte del Comune quale soggetto utilizzatore, ancorché privo di competenza in materia di beni culturali. L'acquisizione sanante è, infatti, un istituto di carattere generale avente la specifica finalità di far conseguire all'Amministrazione pubblica un bene anche nel caso del mancato esito fruttuoso di procedure espropriative in precedenza svolte. Sarebbe del resto illogico escludere l'applicabilità di tale istituto con riferimento ai beni culturali che sono maggiormente bisognosi di una tutela pubblica, soprattutto se compromessi sul piano strutturale o funzionale; avrebbe quindi poco senso consentire il ricorso al cit. art. 43 per tutti i beni e negarlo unicamente proprio per i beni culturali.

Importante anche la sentenza n. 1398 del 10 novembre 2010, con la quale lo stesso Consiglio ha affermato che la Pubblica amministrazione non è mai legittimata ad acquisire a titolo originario la proprietà di un'area di proprietà altrui in assenza di un formale atto ablatorio, che oggi può essere costituito dal decreto di acquisizione contemplato dall'art. 43, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. Corollario obbligato di tale premessa è che, in ipotesi di occupazione *sine titulo*, l'illecito posto in essere dall'Amministrazione permane fino al sopravvenire di un eventuale atto formale di acquisizione e, fino a tale momento, non inizia a decorrere il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno sofferto dall'originario proprietario dell'area. E' stato aggiunto che, nella vigenza del cit. art. 43, è esperibile l'azione diretta del proprietario per il risarcimento del danno derivante dall'occupazione legittima del bene di sua proprietà, dopo la scadenza della stessa senza che sia portato a compimento il procedimento ablatorio e senza che l'Amministrazione abbia esercitato, prima, l'opzione per l'acquisto della titolarità del diritto di proprietà del bene compromesso dalla realizzazione dell'opera pubblica, in quanto detta norma, pur fissando una disciplina speciale in tema di appropriazione senza titolo di un bene privato, non ha inteso discostarsi dai principi civilistici in tema di risarcimento del danno, in particolare da quello della alternatività fra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente, dettando tuttavia una disciplina normativa che chiaramente è volta a favorire, e non a sacrificare, gli interessi dei proprietari incisi, ma nel contempo tenendo anche nella dovuta considerazione l'interesse pubblico a non perdere il valore aggiuntivo immesso nell'area occupata ed utilizzata per la realizzazione dell'opera e la sua utilizzabilità ai pubblici fini.

9. Strumenti urbanistici

In tema di piani regolatori meritano di essere segnalate due sentenze della IV Sezione.

La prima è la n. 8682 del 2010 sulla ripartizione, alla luce del principio di sussidiarietà, tra i poteri del Comune e quelli della Regione nella formazione dello strumento urbanistico. Ha chiarito la Sezione che la norma regionale - secondo la quale le modifiche al piano regolatore proposte dalla Regione devono intendersi automaticamente introdotte nello stesso in caso di inerzia del Comune nel trasmettere le sue controdeduzioni nel termine fissato - piuttosto che configurare una sorta di acquiescenza dell'Amministrazione comunale rispetto alle proposte provenienti dalla Regione, costituisce una coerente applicazione del principio di sussidiarietà verticale, nel quale è implicita la possibilità di una surrogazione del livello di governo superiore nelle funzioni di quello inferiore; in effetti la normativa regionale nasce da esigenze di celerità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché di definizione chiara delle rispettive responsabilità di ruolo nella copianificazione, in quanto da un lato la salvaguardia del potere primario di pianificazione in capo al Comune non può spingersi fino al punto di consentire a quest'ultimo di paralizzare il procedimento di formazione del P.R.G. omettendo di controdedurre alle proposte regionali, e per altro verso la ricordata ripartizione

dei ruoli e dei poteri lascia intatta in capo alla Regione la cogestione degli interessi sovracomunali che possono essere coinvolti nella pianificazione territoriale del Comune.

Con la sentenza n. 4545 del 13 luglio 2010 la Sezione ha invece affermato che il principio di tipicità e nominatività degli strumenti urbanistici, discendente dal più generale principio di legalità e di tipicità degli atti amministrativi, comporta l'impossibilità per l'Amministrazione di dotarsi di piani urbanistici i quali, per "nome, causa e contenuto", si discostino dal *numerus clausus* previsto dalla legge. Con l'importante precisazione che, specie dopo la modifica costituzionale del Titolo V che ha attribuito alla competenza concorrente la materia del "governo del territorio", il modello legale in relazione al quale verificare il rispetto del richiamato principio va ricavato sia dalla normativa nazionale che da quella regionale. Ha aggiunto che all'Amministrazione comunale è consentito di introdurre varianti e modifiche nella disciplina di dettaglio degli strumenti urbanistici, a condizione che ciò non comporti una deviazione di essi dal modello legale rispetto alla "causa" (ossia alla loro funzione tipica quale individuata dal legislatore) ovvero al "contenuto" (ossia a quello che dovrebbe essere l'oggetto dell'attività di pianificazione, sempre alla stregua del dato normativo di riferimento); tale facoltà trova il proprio fondamento, a livello costituzionale, nell'ultimo comma dell'art. 117 Cost., laddove ai Comuni è attribuita la potestà regolamentare nelle materie di loro competenza. Ha infine affermato che la copertura normativa alla previsione di strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequative va individuata nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 *bis*, e 11, l. 7 agosto 1990, n. 241. Ed invero, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie, con la novella del 2005 il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse. Essendo venuta meno la previgente riserva alla legge della determinazione dei casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi in sostituzione di provvedimenti autoritativi, tale possibilità deve ritenersi sempre e comunque sussistente (salvi i casi di espresso divieto normativo); con il che non è stato affatto introdotto il principio dell'atipicità degli strumenti consensuali in contrapposizione a quello di tipicità e nominatività dei provvedimenti, atteso che lo strumento convenzionale dovrà pur sempre prendere il posto di un provvedimento autoritativo individuato fra quelli "tipici" disciplinati dalla legge: a garanzia del rispetto di tale limite, lo stesso cit. art. 11 prevede l'obbligo di una previa determinazione amministrativa, che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell'accordo.

10. Beni storici e artistici

Con sentenza 22 aprile 2010, n. 2278 la Sezione VI si è pronunciata in tema di tutela del patrimonio storico e artistico chiarendo che l'interesse storico-artistico di un immobile già di proprietà dello Stato permane anche dopo che lo stesso, a conclusione delle procedure prescritte dalla legge, è transitato nel patrimonio del privato acquirente e soggiace alle disposizioni di tutela dei beni privati riconosciuti di interesse particolarmente importante, atteso che non è il regime giuridico del bene (cioè la sua originaria iscrizione al novero dei beni demaniali o patrimoniali) ad influire sul riconoscimento dell'interesse storico e artistico, ma sono le sue caratteristiche intrinseche a giustificare la permanenza del vincolo sullo stesso, indipendentemente dal passaggio da uno ad altro regime dominicale.

11. Sanità

Da segnalare, in materia di sanità, la sentenza n. 1395 del 10 novembre 2010, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha chiarito alcuni aspetti relativi all'assistenza medico pediatrica stabilendo che la regola introdotta dall'art. 39, comma 9, dell'Accordo collettivo nazionale siglato il 28 settembre 2005 per la medicina pediatrica – che richiede il previo parere obbligatorio dell'apposito Comitato aziendale in

caso di scelta del medico pediatra in deroga all'ambito di residenza - deve essere interpretata coerentemente con la volontà dei sottoscrittori dell'accordo, indipendentemente dalla formulazione della disposizione convenzionale, che parrebbe richiedere, in tutte le ipotesi di scelta in deroga, che il parere sia reso caso per caso. In particolare, occorre che si tenga conto del bilanciamento degli interessi che la disposizione ha inteso perseguire, nel rispetto del principio fondamentale del diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura, sancito dall'art. 19, comma 2, della legge di riforma sanitaria 23 dicembre 1978, n. 833 che, pur ammettendo in linea di principio limiti derivanti da esigenze organizzative del Servizio sanitario pubblico, non tollera tuttavia vincoli che finiscano con lo svuotare, di fatto, il contenuto della garanzia primaria del diritto alla salute di cui costituisce corollario la libertà di scelta del medico di base; richiedendo quindi che non siano frapposti ostacoli di sorta nelle situazioni nelle quali l'autorizzazione della p.a. alla scelta in deroga si configuri come atto dovuto.

12. Elezioni

Tra le molte pronunce della V Sezione in materia elettorale merita di essere segnalata la n. 8001 del 10 novembre 2010, che ha riconosciuto l'ammissibilità dell'impugnabilità immediata degli atti di esclusione dal procedimento elettorale preparatorio, uniformandosi alle indicazioni fornite al riguardo dalla Corte costituzionale con la sentenza 2 luglio 2010, n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83 *undecies*, d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, introdotto dall'art. 2, l. 23 dicembre 1966, n. 1147, nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti. Nel merito della vicenda contenziosa ha poi chiarito che la commissione elettorale ha facoltà di esercitare i poteri di autotutela e può quindi correggere i propri atti illegittimi di esclusione delle liste dei candidati fino al momento della pubblicazione del manifesto recante le candidature ufficiali, vicenda, questa, che segna l'inizio della successiva fase del procedimento elettorale; ciò risponde, d'altro canto, ad un principio generale che impone all'Amministrazione di provvedere alla cura dell'interesse pubblico anche dopo l'emanazione dell'atto amministrativo fino al momento in cui siano ancora disponibili gli effetti giuridici prodotti dall'atto, e nessuna norma di legge né principio desumibile dal sistema elettorale autorizzano a derogare a questo principio generale, che discende direttamente dall'essenza del potere amministrativo.

Importante è anche la sentenza 23 novembre 2010, n. 8145, che ha deciso la controversia insorta in materia di operazioni elettorali per il rinnovo del Consiglio regionale del Piemonte interpretando l'art. 1, comma 1, lett. c), della relativa legge regionale n. 21 del 18 giugno 2009 nella parte in cui ha previsto l'esonero dall'obbligo della raccolta delle firme di presentazione per le liste di candidati allorché sussistono determinati presupposti, puntualmente specificati. Ha poi aggiunto, con riferimento al divieto di presentazione di contrassegni elettorali identici o confondibili che possono trarre in errore l'elettore, previsto dall'art. 9, comma 8, n. 4, l. 17 febbraio 1968, n. 108 in attuazione del principio fissato dall'art. 48, comma 2, Cost., che detto principio tutela la libertà di voto, non solo con riferimento allo specifico momento di concreto esercizio del relativo diritto, ma anche con riguardo alla libera formazione da parte dell'elettore del proprio convincimento, assicurando che la competizione elettorale si svolga in modo corretto e leale, con l'uso di nomi e di simboli non equivoci e confondibili. Tale disposizione deve essere interpretata alla luce dell'attuale più elevato livello di maturità e di conoscenze acquisite dall'elettorato rispetto al substrato socio-politico apprezzato dal legislatore all'atto dell'emanazione della relativa disciplina, dovendo perciò farsi riferimento alla normale diligenza dell'odierno elettore medio, notoriamente fornito di un bagaglio di conoscenze e di una capacità di discernimento superiori a quelle di un tempo. Pertanto, la valutazione circa la confondibilità dei contrassegni di lista presentati deve essere risolta con riferimento allo specifico caso di specie, e non già

sulla base di considerazioni di carattere generale ed astratto, ed in ogni caso sulla scorta di una valutazione globale dei simboli stessi.

Da segnalare, ancora, la sentenza n. 3021 del 14 maggio 2010 secondo cui, ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza nei Comuni con oltre 15.000 abitanti, la percentuale dei voti delle liste non collegate al Sindaco eletto va calcolata sul totale dei voti validi espressi, compresi quelli per l'elezione alla carica di Sindaco, che per definizione supera la totalità dei voti di lista, essendo i voti espressi a favore delle sole liste automaticamente attribuiti al candidato sindaco ad esse collegato, mentre i voti espressi per il solo candidato alla carica di sindaco non si trasmettono alle liste collegate. Opinando diversamente, si perverrebbe al risultato assurdo, certamente esulante dalla *voluntas legis*, di paralizzare l'attribuzione del c.d. premio di maggioranza anche nei casi in cui solo una minoranza dell'elettorato abbia espresso il voto di lista e la maggioranza si sia limitata ad esprimere il voto per i candidati alla carica di sindaco. In casi siffatti, sarebbe del tutto irragionevole controbilanciare la posizione del sindaco, il quale abbia conseguito la maggioranza assoluta dei voti validi senza il sostegno di una lista o di un gruppo di liste munite di una maggioranza altrettanto assoluta, con una maggioranza di consiglieri esponenti di liste a lui antagoniste, in ipotesi espressione di una percentuale dell'elettorato di gran lunga inferiore alla maggioranza assoluta dei voti validi espressi nell'elezione del sindaco. Solo rapportando "il 50 per cento dei voti validi", di cui al comma 10 dell'art. 73, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 al numero complessivo dei voti espressi nel primo turno, compresi quelli per la sola elezione del sindaco, la norma va ricondotta a razionalità, in quanto solo in tal caso risulta giustificato – nel disegno del legislatore – il contrappeso della diversa composizione del consiglio comunale quale espressione rappresentativa di una maggioranza di voti di lista divergente da quella conseguita dalle liste collegate al sindaco eletto con la maggioranza assoluta dei voti.

Infine, l'Adunanza plenaria n. 3 del 2 dicembre 2010 ha chiarito che nel caso in cui nel corso del giudizio elettorale sia stata dedotta la falsità delle firme dei presentatori di una lista, il giudice amministrativo è tenuto a disporre la sospensione del giudizio, che può essere ripreso su istanza dell'interessato solo dopo la pubblicazione della sentenza che abbia definito il giudizio di falso. Una volta terminato il giudizio di falso, ai fini della prosecuzione del processo innanzi al Consiglio di Stato e da questo sospeso, il soggetto che aveva dedotto la falsità è obbligato, a pena di improcedibilità del ricorso in appello ai sensi dell'art. 43, r.d. 17 agosto 1907 n. 642 (*ratione temporis* applicabile), a depositare nella segreteria la sentenza recante la declaratorio di falsità nel termine, dimidiato *ex art.* 82/12, t.u. 16 maggio 1960 n. 570, di quindici giorni dalla sua pubblicazione.

13. Processo amministrativo

Tra le prime pronunce successive all'entrata in vigore (16 settembre 2010) del Codice del processo amministrativo deve essere segnalata la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2 dicembre 2010 che, in tema di condanna al risarcimento del danno per responsabilità aggravata, in aggiunta al pagamento delle spese del giudizio, prevista dagli artt. 26 c.p.a. e 96 c.p.c. per l'ipotesi che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, ha chiarito che la stessa postula la totale soccombenza della parte nei cui confronti sia stata proposta l'istanza risarcitoria, con la conseguenza che il suo accoglimento deve intendersi precluso qualora vi sia stata una soccombenza reciproca delle parti, trattandosi di circostanza di per sé idonea ad escludere la mala fede o la colpa grave nell'aver agito o resistito in giudizio.

La stessa Adunanza plenaria n. 3 del 2 dicembre 2010 ha ribadito il principio, costantemente espresso in tema di riconoscimento dell'errore scusabile, secondo cui l'art. 37 c.p.a., nella parte in cui stabilisce che la rimessione in termini per errore scusabile può essere disposta solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi

impedimenti di fatto, è norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave *vulnus* del pariordinato principio di parità delle parti richiamato dall'art. 2, comma 1, dello stesso Codice, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale.

Importante è anche la sentenza della V Sezione 5 ottobre 2010, n. 7312, emessa all'esito del giudizio che ha visto applicato, per la prima volta in appello, il rito previsto dall'art. 129 c.p.a. per il contenzioso avente ad oggetto l'esclusione dal procedimento elettorale preparatorio, ove l'impugnazione sia proposta dai delegati di lista e dai gruppi di candidati esclusi: *id est* camera di consiglio straordinaria il terzo giorno successivo al deposito dell'appello e sentenza pubblicata nello stesso giorno.

Molte le sentenze importanti che hanno pronunciato su diversi istituti processuali, indipendentemente dal riferimento alle disposizioni del Codice del processo amministrativo.

Chiamata a decidere il ricorso relativo all'aumento dei pedaggi autostradali la IV Sezione, con sentenza n. 8686 del 9 dicembre 2010 ha premesso, con particolare riferimento alla legittimazione al ricorso, che gli enti territoriali sono soggetti nei cui riguardi, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, è stata esplicitata in termini inequivoci la funzione di cura concreta degli interessi della collettività di riferimento. Pertanto, mentre nelle materie la cui tutela è loro affidata dalla legge vi è un riconoscimento normativo esplicito sulla loro legittimazione, dove tale riconoscimento manca non si vede ragione per trattare questi enti generali in maniera difforme e deteriore rispetto a qualsiasi associazione privata. Pertanto, la loro legittimazione, per le materie ad essi non direttamente conferite dalla legge, va individuata secondo i criteri usuali e quelli che discendono dall'analisi del tessuto ordinamentale. Ha aggiunto che, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 (il cui art. 1, prevede che: "Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi"), deve ritenersi che gli enti territoriali sono legittimati ad impugnare atti amministrativi che, nel definire le tariffe per l'utilizzo dell'autostrada, ne aumentano il costo con sicuro danno economico per i singoli cittadini da loro amministrati e conseguente lesione diretta, concreta ed attuale dei loro interessi, a cui fa riferimento il testo normativo innanzi richiamato.

Quanto all'interesse all'appello, nella particolare ipotesi in cui l'appellante sia l'amministrazione e oggetto del ricorso sia l'ammissione all'esame per l'abilitazione alla professione di avvocato, la IV Sezione con la sentenza 4 maggio 2010, n. 2557 ha chiarito che permane l'interesse alla decisione dell'appello proposto dall'amministrazione avverso la sentenza del Tar, che aveva annullato il giudizio negativo formulato dalla competente commissione sulle prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato sostenute dal ricorrente, qualora l'esito favorevole della rinnovata valutazione delle prove scritte e di quella orale non sia sorretto da un unico provvedimento giudiziale, la cui validità ed efficacia siano perdurate per tutta la durata della procedura; ciò in quanto solo in presenza di tale presupposto si verificano gli effetti di stabilizzazione "sostanziale" dell'esito favorevole delle rinnovate valutazioni operate dall'amministrazione previsti dall'art. 4, comma 2 *bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115. La Sezione ha, in particolare, ritenuto insussistenti i presupposti di applicazione del cit. art. 4, comma 2 *bis*, d.l. n. 115 del 2005, nel caso in cui la rinnovata correzione delle prove scritte fosse avvenuta sulla base di ordinanza cautelare del Tar, malgrado l'intervenuta sospensione dell'efficacia della medesima da parte di decreto

presidenziale del giudice d'appello, mentre la successiva prova orale fosse stata effettuata a seguito della favorevole sentenza di merito in primo grado.

Sulla notifica del ricorso proposto, in relazione a conferenza di servizi non decisoria, avverso il provvedimento finale alla cui adozione è preordinata l'indizione della conferenza stessa, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha chiarito (28 giugno 2010, n. 964) che il gravame non deve essere notificato a tutte le Amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, neppure nel caso in cui tutti i pareri siano stati favorevoli, in quanto la conferenza dei servizi, che non abbia natura decisoria, non è convocata per raccogliere il consenso, cosicché il verbale conclusivo è e resta atto endoprocedimentale rispetto al provvedimento amministrativo, imputabile esclusivamente all'Amministrazione che ha indetto la conferenza, e la lesione si verifica soltanto per effetto del provvedimento, senza obbligo di notificare l'impugnazione a nessun'altra Autorità, se non eventualmente, a quella il cui parere, espresso in conferenza, abbia anche un'autonoma rilevanza esoprocedimentale.

Con sentenza n. 1043 del 10 novembre 2010 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ha affermato che, in linea di principio, la tempestività dell'impugnazione rientra fra i presupposti che devono e possono essere accertati d'ufficio ogni qual volta sugli stessi non si sia formato il giudicato interno. Affinché, tuttavia, l'irricevibilità possa essere pronunciata d'ufficio, indipendentemente da eccezioni di parte, occorre che la tardività emerga dagli atti, *ictu oculi*, senza necessità di accertamenti, essendo altrimenti a carico di chi vi abbia interesse di fornirne la prova, con l'effetto di conferire alla relativa eccezione la natura paralizzante tipica delle eccezioni proprie.

Sul termine per proporre motivi aggiunti nel rito abbreviato disciplinato, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, dall'art. 23 *bis*, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, l'Adunanza plenaria (15 aprile 2010, n. 1) - intervenendo a sanare un contrasto giurisprudenziale insorto tra una parte della giurisprudenza che riteneva doversi applicare il termine dimezzato anche alla notifica dell'atto di motivi aggiunti ed altra parte che affermava, invece, doversi applicare solo al deposito - ha chiarito che la dimezzazione dei termini processuali non si applica anche al termine per la proposizione del ricorso per motivi aggiunti, atteso che detta abbreviazione costituisce essa stessa eccezione all'ordinaria durata dei termini processuali (così come tutto il rito speciale *ex art. 23 bis* cit. si pone come derogatorio rispetto alle regole ordinarie), con la conseguenza che quella che appare come una "eccezione" al dimezzamento, prevista per il termine di proposizione del ricorso introduttivo, costituisce in realtà una limitazione che il legislatore ha inteso tracciare del campo di operatività della deroga medesima e, quindi, una riaffermazione delle regole generali.

Sugli effetti del giudicato va segnalata la sentenza n. 803 dell'1 giugno 2010 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, secondo cui non è di ostacolo alla formazione del giudicato la circostanza che il decidente sia privo di giurisdizione. E' invece idonea a divenire *res iudicata*, qualora non tempestivamente impugnata mediante la proposizione di uno dei rimedi all'uopo predisposti dall'ordinamento processuale, anche la pronuncia con la quale il giudice, ancorché sprovvisto di giurisdizione, abbia investito il merito della controversia sottoposta al suo scrutinio. In questo senso è, del resto, il magistero del Supremo Collegio, secondo il quale le sentenze dei giudici, ordinari e amministrativi passate in giudicato, che abbiano statuito su profili sostanziali della controversia, sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno anche sul punto della giurisdizione (implicitamente ritenuta; c.d. "giudicato implicito"), determinandone l'incontestabilità in tutti i giudizi instaurati tra le stesse parti, che abbiano ad oggetto questioni identiche rispetto a quelle già esaminate. Il contenuto decisivo della sentenza, sul quale si forma il giudicato, è infatti rappresentato non soltanto dalle statuizioni espresse recate dal dispositivo, ma anche dalle altre presenti nella motivazione, escluse le affermazioni meramente incidentali (c.d. *obiter dicta*) eccedenti le necessità logico-giuridiche della specifica decisione. In particolare,

l'autorità implicita del giudicato si estende anche alle questioni che si presentino come necessarie premesse o come presupposti giuridici essenziali della pronuncia in ordine al diritto azionato.

In altri termini, il giudicato sostanziale non si forma soltanto sulla domanda attinente allo specifico bene della vita domandato dall'attore, ma include pure ogni valutazione in ordine alla validità del rapporto dal quale deriva l'effetto giuridico oggetto di accertamento. Sono pertanto idonee a far stato in qualunque altro processo, eventualmente instaurato in epoca successiva fra le stesse parti, anche le statuizioni relative al rapporto dedotto ed esaminato nella prima pronuncia, qualora nel diverso giudizio sia azionata una situazione giuridica comunque derivante dal predetto rapporto. Un'ulteriore conseguenza di quanto sopra è che gli effetti del giudicato, formatosi su di una sentenza di rigetto, non sono limitati al solo *petitum* costituente diretto oggetto della domanda, ma si estendono anche a tutte le questioni, inerenti l'esistenza e la validità del rapporto dedotto in giudizio, che siano state scrutinate dal giudice per legittimare il fondamento giuridico della sua decisione, poi divenuta definitiva.

Da segnalare anche la sentenza dell'Adunanza plenaria 17 maggio 2010, n. 2. che ha chiarito che il ricorso per revocazione è ammissibile anche contro le decisioni dell'Adunanza plenaria, come risulta espressamente stabilito dall'art. 82, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 il quale, al comma 1, afferma che la domanda di revocazione è diretta all'Adunanza plenaria "se la decisione fu da questa pronunciata".

Meritevole di segnalazione è anche la sentenza della IV Sezione 9 dicembre 2010, n. 8687 alla quale, all'inizio dell'udienza di discussione, era stato chiesto il rinvio della stessa in conseguenza dell'avvenuto collocamento in amministrazione straordinaria della società ricorrente che, ad avviso dell'istante, comportava in via automatica l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 43 della legge fallimentare. Nel respingere l'istanza la Sezione ha osservato che, a differenza del fallimento, il collocamento in amministrazione straordinaria costituisce una procedura conservativa del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione dell'attività imprenditoriale, per cui non è assimilabile ad alcuna delle ipotesi tipiche che, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., determinano l'interruzione del giudizio.

14. Risarcimento danni

Molte le sentenze in materia di risarcimento danni da segnalare per i principi enunciati.

Sulla quantificazione del danno "patrimoniale" risarcibile particolare rilievo presenta la sentenza della V Sezione n. 6544 del 10 settembre 2010, secondo cui dall'illegittima mancata aggiudicazione di una gara pubblica ad un'impresa partecipante consegue l'obbligo per l'Amministrazione di rifondere alla stessa, a titolo di risarcimento, anche le spese inutilmente sostenute per la gara d'appalto. Tali spese, seppure in linea generale non incluse dalla giurisprudenza nella base di computo della somma dovuta a titolo risarcitorio sul rilievo che le stesse rimangono a carico dei concorrenti in conseguenza della sola partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica e indipendentemente dal relativo esito, sono state riconosciute risarcibili nell'ipotesi in cui consistono in esborsi affrontati dalla concorrente in vista del proprio adempimento alle prescrizioni di gara, ma rivelatisi *ex post* inutili e insuscettibili di qualunque proficuo risultato proprio in ragione della illegittima pretermissione della stessa ricorrente.

In tema di danno "non patrimoniale" la V Sezione, con sentenza 28 maggio 2010, n. 3397, ha chiarito che l'ampliamento di detta categoria, realizzato dalla giurisprudenza facendo in essa rientrare non solo i casi previsti da apposite previsioni di legge, ma anche valori fondamentali della persona tutelati dalle disposizioni immediatamente precettive della Carta Costituzionale, è, tuttavia, compensato dall'introduzione di un limite ontologico e di un onere probatorio. Quanto al primo, in un quadro interpretativo attento al contemperamento con i principi costituzionali di solidarietà e di tolleranza, il risarcimento del danno non patrimoniale

costituzionalmente qualificato è stato ammesso nei soli casi in cui la lesione del diritto sia caratterizzata dalla serietà dell'offesa e dalla gravità delle conseguenze nella sfera personale. Quanto al secondo aspetto la stessa Sezione ha ricordato che la Cassazione, superando la teoria del danno-evento, esige che il danneggiato fornisca la prova, oltre dell'evento costituito dalla sussistenza di una lesione del diritto costituzionalmente primario che superi la soglia della tollerabilità, anche della ricorrenza di significative ripercussioni pregiudizievoli sotto il profilo del danno-conseguenza.

ATTIVITA' CONSULTIVA

Sommario: 1. Sezione Consultiva per gli atti normativi. 2. Autorità amministrative indipendenti: a) Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas. b) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 3. Organizzazione della Pubblica amministrazione. 4. Appalti e contratti della pubblica amministrazione. 5. Procedimento amministrativo. 6. Pubblico impiego. 7. Istruzione. 8. Ambiente. 9. Agricoltura. 10. Ricorsi amministrativi.

1. Sezione Consultiva per gli atti normativi

Intensa è stata l'attività consultiva svolta nel 2010 dalla Sezione per gli atti normativi. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, ai pareri resi sullo schema del Codice militare, del decreto legislativo sul riordino della normativa sull'attività agricola e sul decreto del Presidente della repubblica recante le relative disposizioni regolamentari, dei Regolamenti di esecuzione del Codice appalti, dei servizi pubblici locali e di quello recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro di organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione; sullo schema di decreto legislativo, recante la disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché le misure compensative e le campagne informative al pubblico, ai sensi dell'art. 25, l. 23 luglio 2009, n. 99, e i pareri resi sulle disposizioni cd. taglia-legge.

2. Autorità amministrative indipendenti

a) Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas

Di sicuro interesse anche il parere reso dalla Sezione III in ordine alla possibilità di applicare l'istituto della *prorogatio*, e in caso affermativo entro quali limiti, al Collegio dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas. La richiesta di parere è scaturita dalla circostanza che gli attuali componenti del Collegio, in numero di due (uno dei quali con funzioni di Presidente), sono in carica dal 16 dicembre 2003 e il loro mandato settennale giungerà a scadenza il 15 dicembre 2010 e non è certo che i nuovi componenti vengano nominati tempestivamente. La disciplina della *prorogatio* è dettata dal d.l. 16 maggio 1994, n. 293, che sancisce il principio dell'inderogabilità e improrogabilità dei termini di durata di tutti gli organi amministrativi dello Stato e degli enti pubblici, nonché l'obbligo di provvedere alle nuove nomine prima della scadenza. Consente, tuttavia, la *prorogatio* ma solo nel limite indefettibile di quarantacinque giorni dopo la scadenza, con una rigorosa limitazione delle competenze. Sancisce la nullità *ope legis* di tutti gli atti compiuti oltre il periodo di *prorogatio*, nonché di quelli compiuti durante tale periodo, ma eccedenti gli appositi limiti di competenza. Disciplina altresì il procedimento di nomina dei nuovi titolari in modo da assicurarne il completamento entro i termini finali, anche mediante l'attribuzione di competenze sostitutive in caso di inerzia prolungata. Prevede, infine, le sanzioni da applicare a chi, dovendo provvedere alle nuove nomine, abbia omesso di farlo entro i termini stabiliti. L'art. 1, comma 3, del decreto legge esclude che dette norme siano applicabili agli organi "per i quali la nomina dei componenti è di competenza parlamentare". Il Consiglio di Stato ha escluso l'applicazione di tali disposizioni all'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas. Ciò in quanto la nomina dei componenti si fonda sull'incontro delle volontà di Autorità distinte e ugualmente determinanti: la volontà dell'Esecutivo (che si articola a sua volta nella proposta

del Ministro e nella deliberazione del Consiglio dei Ministri) e la volontà del Parlamento (e per esso delle Commissioni parlamentari). Peraltro la volontà del Parlamento deve essere espressa, indefettibilmente, a maggioranza qualificata (due terzi dei componenti delle Commissioni), e ciò implica che con la volontà della maggioranza parlamentare deve concorrere la volontà dell'opposizione o quanto meno di parte rilevante di essa. Anche se all'Esecutivo spetta formulare la proposta, mentre al Parlamento compete solo accettarla o respingerla, nessuna nomina può avere corso se non accettata dal Parlamento e quindi in concreto l'Esecutivo è costretto a proporre solo candidati sui quali si prevede di ottenere un consenso anche da parte dell'opposizione.

Peraltro, la circostanza che i due soli componenti ancora in carica presso l'Autorità scadono entrambi il 15 dicembre 2010 rende tale ipotesi assimilabile (*una tantum*) all'ipotesi dei collegi il cui mandato è soggetto ad una scadenza unitaria. La Sezione sottolinea che l'ordinamento dell'Authority non prevede alcun meccanismo di supplenza o di sostituzione automatica che consenta di sopperire alla temporanea vacanza. D'altra parte le competenze dell'Autorità sono così rilevanti ed incisive, e non surrogabili neppure indirettamente da interventi di altre Pubbliche autorità, ed il loro tempestivo esercizio è così doveroso per legge, da rendere difficilmente sostenibile l'esclusione di ogni forma di *prorogatio* sia pur limitata nel tempo e nell'estensione dei poteri. Peraltro, il prolungarsi della proroga oltre un termine prestabilito e ragionevolmente ristretto rende illusoria quella limitazione dei poteri che pure va considerata un connotato immancabile della *prorogatio*. È chiaro, infatti, che solo all'interno di un arco temporale ristretto ha senso limitare i poteri dell'organo prorogato agli atti indifferibili e urgenti (oltre che a quelli di ordinaria amministrazione), mentre nei tempi più lunghi tutti gli atti diventano, prima o poi, insuscettibili di rinvio. E in ogni caso, una *prorogatio* senza limiti prefissati nel tempo, e comunque eccedente un periodo necessariamente breve, costituirebbe una forma surrettizia di conferma nell'incarico, in aperta violazione di legge. E per di più, in questa fattispecie, in contrasto con lo spirito della legge che ha voluto obbligare l'Esecutivo a coinvolgere nelle nomine anche l'opposizione. Sulla base di questi elementi la Sezione ritiene di poter fissare la durata della proroga in sessanta giorni. Tale termine è stato individuato con riferimento al disposto della l. 23 agosto 2004, n. 239 che, nell'elevare il numero dei componenti dell'organismo da tre a cinque, precisando che tale modifica ha effetto immediato e che i componenti in carica restano fino a scadenza del mandato, ha fissato proprio il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge stessa per la nomina dei nuovi componenti da aggiungersi a quelli già nominati. Ciò dimostra che il legislatore del 2004 stimava che sessanta giorni fossero un termine ragionevole e più che sufficiente per svolgere il complesso procedimento di nomina dei nuovi componenti dell'Autorità, nel rispetto delle competenze rispettivamente attribuite al Ministro, al Consiglio dei Ministri, alle Commissioni parlamentari e, infine, al capo dello Stato.

b) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Da segnalare anche il parere n. 2790 del 24 novembre 2010, reso dalla Sezione I sulla richiesta, rivolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine alla possibilità di intervenire, ai sensi dell'art. 101 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea (già articolo 81 del Trattato della Comunità Europea), nei confronti della decisione adottata dal Consiglio Nazionale Forense (CNF). Quanto alle pronunce del CNF ne ha sottolineato la natura giurisdizionale, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza nazionale che può essere compatibilizzato con quello comunitario, assicurando nel ricorso per Cassazione avverso le deliberazioni del Consiglio Nazionale Forense pieno accesso al fatto. Quanto all'applicabilità del diritto della concorrenza essa deve, in linea di massima, escludersi a fronte dell'esercizio di funzioni pubbliche giurisdizionali da parte dell'Ordine che, nei procedimenti disciplinari, valuta casi concreti e non pone atti aventi effetti generali sui mercati, valutabili alla stregua di intese restrittive della concorrenza, essendo rimesso

comunque all'apprezzamento dell'Autorità dotata di generale competenza ai sensi dell'art. 101 Trattato di funzionamento dell'Unione europea di verificare in concreto se, in singoli casi, stante la possibilità di qualificare gli Ordini come associazioni di imprese, si sia verificato un accordo anticoncorrenziale poi tradottosi anche in forma di uno o più provvedimenti disciplinari (giammai rilevando il provvedimento disciplinare di per sé come intesa o pratica concordata).

3. Organizzazione della Pubblica amministrazione

Da segnalare il parere, reso dalla Sezione I, n. 2864 del 29 settembre 2010, in ordine alla possibilità di delegare le funzioni di ufficiale di anagrafe e di stato civile a personale dipendente da un Comune diverso da quello di appartenenza del Sindaco delegante. Il parere reso è nel senso dell'ammissibilità di tale delega, con estensione della possibilità già prevista per il personale non di ruolo del Comune. E' ben vero che quest'ultima trova la sua fonte in una disposizione normativa (il regolamento concernente disposizioni in materia di anagrafe e stato civile, approvato con d.P.R. 5 maggio 2009, n. 79), ma è altresì vero che tra le due ipotesi (attribuzione della delega al personale non di ruolo del Comune e attribuzione della delega a dipendenti di altro Comune, in forza di convenzione), sussiste la medesima *ratio* ispiratrice, consistente nella necessità di fornire al cittadino un servizio celere ed efficiente. Si è aggiunto che tale conclusione risulta coerente anche con l'evoluzione della legislazione in materia di enti locali che, in via generale, favorisce la gestione comune dei servizi, auspicando la creazione di relazioni tra Comuni che operano in piccole realtà locali con organici estremamente limitati, onde rendere più efficiente la gestione dei servizi stessi.

Da segnalare anche il parere n. 2358 del 19 maggio 2010, reso dalla I Sezione in ordine al riordino degli organismi operanti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Segretariato generale e presso il Dipartimento per gli affari regionali, ai sensi dell'art. 29, d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

Di sicuro interesse anche il parere (n. 1642 del 4 maggio 2010), reso dalla Sezione III, su richiesta del Ministero dell'economia e delle finanze in ordine all'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti di Amministrazioni che hanno causato danni allo Stato per aver violato la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo. In particolare, il Ministero ha chiesto se la disciplina in questione sia applicabile anche ad azioni di rivalsa conseguenti a pronunce della CEDU anteriori al 1° gennaio 2007 (data di entrata in vigore delle disposizioni che hanno istituito tale strumento). A tale quesito il Consiglio di Stato ha dato risposta negativa.

4. Appalti e contratti della pubblica amministrazione

Da segnalare innanzitutto il parere n. 3183 del 14 settembre 2010, con il quale la III Sezione ha dichiarato inammissibile una richiesta di parere inoltrata dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, e ciò in quanto tra le competenze attribuite al Presidente del Consiglio superiore dall'art. 5, d.P.R. 27 aprile 2006, n. 204 non risulta esservi quella di chiedere direttamente pareri al Consiglio di Stato, spettando detto potere, in via di regola generale, al Ministro, ai sensi degli artt. 14, t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 e 36, r.d. 21 aprile 1942, n. 444.

Di sicuro interesse anche il parere (n. 3707 del 14 settembre 2010) reso dalla III Sezione su quesito posto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in ordine alla possibilità per la s.p.a. Stretto di Messina – ove il CIPE disponga il passaggio dalla s.p.a. RFI alla s.p.a. Stretto di Messina del ruolo di soggetto aggiudicatore dei lavori relativi al primo stralcio funzionale dell'infrastruttura strategica denominata Linea AV/AC Battipaglia-Reggio Calabria, costituiti dalla progettazione e dalla realizzazione del ramo di collegamento del Ponte sullo Stretto di Messina con la linea ferroviaria esistente sul versante calabro in corrispondenza di Villa San Giovanni – di affidare la realizzazione di siffatti lavori, nel loro complesso, direttamente al Contraente Generale, già individuato per la progettazione definitiva e la realizzazione del Ponte sullo stretto di Messina, considerandoli alla stregua di

lavori in variante al progetto preliminare del Ponte, nonché propedeutici e complementari a tale ultima infrastruttura, giacché indispensabili per l'utilizzo della parte di collegamento ferroviario tra il Continente e la Sicilia. A tale quesito il Consiglio di Stato ha dato risposta negativa, non essendo consentito l'affidamento diretto al Contraente Generale già individuato nel caso in cui si modifichi il soggetto concessionario delle opere ferroviarie.

5. Procedimento amministrativo

In materia di procedimento amministrativo la II Sezione, con parere (n. 2706 del 17 marzo 2010) reso su ricorso straordinario, ha affermato che l'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 - che nel disciplinare la partecipazione nei procedimenti iniziati ad istanza di parte dispone che prima di adottare un provvedimento negativo deve essere comunicato all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della sua domanda – presuppone che la competenza alla decisione appartenga ad un'unica autorità, e le impone di instaurare una sorta di contraddittorio affinché il richiedente possa fornire ulteriori chiarimenti documenti atti a mutare il suo originario orientamento. Tale disposizione non è dunque applicabile ai procedimenti complessi, nei quali l'Autorità che emette il provvedimento finale è vincolata al parere obbligatorio di un organo qualificato, perché nessuna norma prevede che l'attività consultiva di quest'ultima si scinda in un progetto di parere e in un parere definitivo.

6. Pubblico impiego

Nel 2010 è stata copiosa l'attività svolta dalla Commissione speciale per il pubblico impiego.

Con parere n. 2206 del 4 ottobre 2010 ha chiarito che, ai sensi dell'art. 2, d.m. 30 giugno 2003, n. 198, il dipendente delle Forze di polizia, riammesso in esercizio in esecuzione di un giudizio amministrativo, può essere sottoposto, in costanza di rapporto, non solo ad accertamento psico-fisico, ma anche a quello attitudinale. Le vicende umane, infatti, sono soggette a cambiamenti e pertanto, in speciali evenienze, non può considerarsi irragionevole rinnovare in costanza di rapporto il controllo sull'attitudine del prestatore al servizio. Ciò in quanto è indubbio che l'attitudine ad uno specifico servizio, non diversamente dai requisiti psico-fisici, è soggetta a mutare nel tempo. L'attitudine coinvolge, infatti, nel suo insieme le caratteristiche fondamentali dell'individuo (livello evolutivo, controllo emotivo, capacità intellettive, socialità), che non costituiscono realtà innate né immutabili nel tempo, ma sono suscettibili di subire variazioni anche apprezzabili, eventualmente in senso sfavorevole al soggetto interessato. Naturalmente in presenza di un giudizio, che ha disposto la riammissione del dipendente, è necessaria una congrua motivazione in ordine sia alle ragioni che hanno indotto a rinnovare il controllo che a quelle che hanno determinato un giudizio di inidoneità al servizio. Le “specifiche circostanze”, che possono essere poste a base della ritenuta necessità di riesaminare l'attitudine al servizio, sono individuabili non solo nell'esistenza di un lungo periodo di assenza, che possa aver inciso sulla concreta idoneità a prestare servizio, ma anche nell'esistenza di fatti di particolare gravità, anche se già valutati sotto il profilo disciplinare, ma in quest'ultimo caso deve essere particolarmente considerata la gravità degli stessi e la loro astratta capacità di autonoma incidenza sui requisiti attitudinali.

La Commissione speciale per il pubblico impiego, con parere n. 2188 del 4 ottobre 2010, ha chiarito che deve essere riconosciuto il diritto del dipendente alla monetizzazione anche del congedo straordinario non goduto durante il periodo di aspettativa per motivi di salute, alla quale è seguita senza soluzione di continuità la dispensa dal servizio. Ciò in quanto se la non imputabilità al dipendente del mancato svolgimento dell'attività di servizio è alla base del riconoscimento del diritto alle ferie (non effettivamente godute), la monetizzabilità di tale periodo deve essere sempre riconosciuta in tutte le ipotesi non riconducibili alla volontà delle parti (sia dipendente che datore di lavoro), ma oggettivamente connesse al rapporto di servizio.

Di evidente interesse è anche il parere (n. 4751 del 19 maggio 2010), reso dalla Sezione I in ordine all'estensione dell'art. 3, comma 83, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), sui sistemi di rilevazione automatica delle presenze, al personale appartenente alle Forze di Polizia, al Corpo dei Vigili del fuoco e all'Amministrazione civile dell'interno in servizio presso gli uffici centrali del Ministero dell'interno dotati dei cd. tornelli. Ha chiarito la Sezione che il cit. comma 83 dell'art. 3, l. n. 244 del 2007 non ha carattere innovativo, atteso che già l'art. 9, l. 30 dicembre 1991, n. 412 – norma che si rivolge espressamente alla generalità delle Pubbliche amministrazioni – aveva escluso la possibilità di erogare compensi per lavoro straordinario in mancanza di un controllo oggettivo delle presenze rese. Stante la *ratio* sottesa a tali disposizione – che è di razionalizzare le risorse finanziarie, con attribuzione del trattamento accessorio solo allorché il lavoro sia effettivamente prestato e di attuare una maggiore trasparenza nel rapporto tra Pubblica amministrazione, il dipendente e i cittadini – deve ritenersi che non sussistono esenzioni al meccanismo generale previsto dall'art. 3, comma 83, della legge finanziaria del 2008, derivanti dallo *status* del dipendente in relazione al corpo di appartenenza.

Con parere n. 1693 del 4 maggio 2010 la III Sezione si è pronunciata con riguardo ai delicati problemi connessi all'insorgenza delle patologie, anche mortali, contratte in servizio e per causa di servizio da personale militare e civile della difesa a seguito di esposizione all'amianto. Si è posta la questione relativa all'inclusione delle infermità "asbesto-correlate", contratte da detto personale, tra quelle che, ai sensi dell'art. 1, comma 564, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), consentono l'equiparazione dei destinatari alle "vittime del dovere", ai fini della progressiva estensione dei benefici già previsti in favore delle vittime della criminalità e del terrorismo. Ha chiarito che, ai fini del riconoscimento della condizione di equiparato alla vittima del dovere, è necessario e sufficiente che il militare abbia contratto l'infermità in occasione o a seguito dello svolgimento della propria attività di servizio a bordo delle unità navali, ovvero su mezzi o in infrastrutture militari nei quali era documentabilmente presente l'amianto.

Interessante è anche il parere, sempre reso dalla III Sezione, n. 3105 del 26 agosto 2010, con il quale è stato affermato che è legittimo devolvere al Fondo di previdenza per il personale dell'Amministrazione finanziaria ed al Fondo di assistenza per i finanziari il venti per cento delle sanzioni versate dal contribuente a seguito di accertamento con adesione e conciliazione giudiziale e il venti per cento delle sanzioni versate dal contribuente a seguito di adesione ai processi verbali di constatazione nonché di accertamento mediante adesione ai contenuti dell'invito al contraddittorio.

7. Istruzione

In materia di istruzione la II Sezione, con parere n. 1387 del 14 maggio 2010 pronunciato su ricorso straordinario, ha chiarito che la materia del ridimensionamento delle classi scolastiche di ogni ordine e grado è stata disciplinata dall'art. 2, comma 412, della legge finanziaria 2008 (24 dicembre 2007, n. 244) al dichiarato fine di conseguire risparmi di spesa determinati nell'*an* e nel *quantum* dalla stessa legge. Tale norma ha valenza imperativa e deve essere applicata nei limiti e nei termini propri delle norme primarie. La manovra di finanza pubblica ha inteso coniugare l'esigenza degli utenti del servizio scolastico (e dell'ente locale esponenziale di tale interesse) a non vedere sopresse le classi con l'interesse pubblico al controllo dell'evoluzione dei saldi di finanza pubblica e alla garanzia dei diritti essenziali civili e sociali ed ha quindi ridotto l'offerta scolastica nel rispetto della garanzia dei livelli essenziali connessi all'area dell'istruzione dell'obbligo.

8. Ambiente

In materia di tutela dell'ambiente è da segnalare il parere n. 4187 del 17 marzo 2010, reso dalla II Sezione su ricorso straordinario, secondo cui la tutela del paesaggio, come quella

dei beni storici e artistici, non è fine a se stessa, dal momento che le norme dell'ordinamento giuridico, anche quando si occupano di cose, hanno per fine soltanto i comportamenti e gli interessi degli uomini. Tale tutela, oltre al fatto che quei beni sono una fonte di ricchezza, contribuisce al senso di identità nazionale e di continuità della Nazione e al legame con le generazioni passate. Il che, a sua volta, induce a comportamenti di rispetto per le generazioni future e per il prossimo in genere.

Di sicuro interesse è anche il parere, sempre reso dalla II Sezione (n. 4326 del 16 giugno 2010), in ordine alla necessità dell'autorizzazione di cui all'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel caso di proroga di una concessione mineraria rilasciata in zona sottoposta a vincolo paesaggistico. La Sezione ha escluso tale necessità nel momento in cui si adotta un provvedimento di proroga di una concessione rilasciata nel rispetto sia della legge al tempo vigente che del progetto già approvato all'epoca della concessione stessa, autorizzazione che ha invece ritenuto necessaria per la procedura di rinnovo della concessione.

9. Agricoltura

Con parere n. 1026 del 16 giugno 2010 la Sezione II, reso in sede di ricorso straordinario proposto per l'annullamento di un provvedimento del Ministero delle politiche di sviluppo economico e rurale, che aveva negato l'autorizzazione alla messa in coltura di ibridi di mais geneticamente modificati, già iscritti al Catalogo comune europeo, ha deferito alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione se - ove lo Stato membro abbia ritenuto di subordinare il rilascio all'autorizzazione alle coltivazioni di OGM, ancorché iscritti nel Catalogo comune europeo, a misure di carattere generale idonee a garantire la loro coesistenza con colture convenzionali o biologiche - l'art. 26 *bis* della direttiva 2001/18/CE, letto alla luce della Raccomandazione 2003/556/CE e della sopravvenuta Raccomandazione 2010/200/1, deve essere interpretato nel senso che nel periodo antecedente l'adozione delle misure generali: a) l'autorizzazione deve essere rilasciata, avendo ad oggetto OGM iscritti nel Catalogo comune europeo ovvero b) l'esame dell'istanza di autorizzazione deve essere sospeso in attesa dell'adozione delle misure di carattere generale ovvero ancora c) l'autorizzazione deve essere rilasciata, con le prescrizioni idonee ad evitare nel caso concreto il contatto, anche involontario, delle colture transgeniche autorizzate con le colture convenzionali o biologiche circostanti.

10. Ricorsi amministrativi

La Sezione I, con parere n. 2268 del 9 giugno 2010, ha chiarito che l'esercizio della potestà di scegliere la sede giurisdizionale per la trattazione del ricorso straordinario, con il quale si chiede la revocazione di una precedente decisione, incontra un duplice ostacolo normativo: a) l'art. 398 c.p.c., secondo il quale unico giudice competente a conoscere dell'impugnazione per revocazione è quello che ha reso la decisione da revocare e tale competenza funzionale non appare suscettibile di essere aggirata con lo strumento dell'opposizione; b) l'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 – ai sensi del quale la facoltà di scelta della via giurisdizionale deve essere esercitata dalle controparti entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione del gravame, scaduto inutilmente il quale il soggetto che non si è avvalso di tale facoltà può adire il giudice amministrativo solo per dedurre, eventualmente, vizi di forma o di procedimento della decisione – che preclude la possibilità di ottenere surrettiziamente il riesame di merito della controversia con la tardiva attivazione dello strumento dell'opposizione in sede di revocazione. La Sezione ha peraltro aggiunto che la preclusione individuata dall'art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971 non opera nei confronti dei soggetti ai quali il ricorso straordinario non è stato notificato, che hanno la facoltà di impugnare la decisione non solo per *errores in procedendo*, anche per motivi di carattere sostanziale e, quindi, per censure relative alla legittimità intrinseca della stessa. Detti

soggetti, non essendo a suo tempo stati posti in condizione di effettuare a suo tempo l'opposizione, ben possono, una volta che il ricorrente rimasto soccombente agisca per ottenere la revocazione della decisione a lui sfavorevole, avvalersi della potestà di chiedere la trasposizione della trattazione del ricorso in sede giurisdizionale. Tale potestà, tuttavia, dovendosi comunque osservare il principio di cui all'art. 398 c.p.c., non è esercitabile ai fini della definizione della fase rescindente, che deve comunque svolgersi nella sede propria del ricorso straordinario, fermo restando che, ove tale fase si concluda con il riconoscimento dell'esistenza di vizi che, ai sensi dell'art. 395 c.p.c., danno luogo alla revocazione, l'opposizione spiegherà compiutamente i suoi effetti ai fini della fase rescissoria, per la quale trovano applicazione le disposizioni di cui al cit. art. 10, d.P.R. n. 1191 del 1971. Viceversa, nel caso in cui la fase rescindente si concluda in senso negativo per il ricorrente, non essendo la decisione a suo tempo adottata più suscettibile di modificazione, dovrà ritenersi venuto meno l'interesse della controparte a proporre l'opposizione che, quindi, dovrà dichiarata improcedibile.

11. Commissione per il patrocinio a spese dello Stato

Di sicuro interesse è il parere, reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 3484/09 del 15 aprile 2010, su istanza del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa in ordine alle determinazioni della Commissione per il patrocinio a spese dello Stato. Ha chiarito che ai sensi dell'art. 126, comma 3, t.u. 30 maggio 2002, n. 115, contro le determinazioni con le quali la Commissione per il patrocinio a spese dello Stato, istituita presso gli organi di giurisdizionali amministrativi ai sensi dell'art. 1, comma 1308, l. 27 dicembre 2006, n. 296 con funzioni in precedenza svolte dal Consiglio dell'ordine degli avvocati, respinge o dichiara inammissibile la relativa istanza, è proponibile ricorso al magistrato competente per il giudizio, che può revocare il provvedimento di ammissione adottato dalla commissione *“se nel corso del procedimento sopravvengono modifiche delle condizioni reddituali rilevanti ai fini dell'ammissione al patrocinio”* e *“se risulta l'insussistenza dei presupposti per l'ammissione ovvero se l'interessato ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave”* (art. 136, commi 1 e 2, t.u. n. 115 del 2002).



Giustizia Amministrativa

PROSPETTO RIEPILOGATIVO

Attività Giurisdizionale 2010

<i>Consiglio di Stato</i>						
Attività Giurisdizionale						
1.	Affari Pervenuti	Totale	10.791	di cui:	merito	7.618
					cautelari	3.173
2.	Affari Definiti	Totale	10.589		definiti con sentenza	6.796
					definiti con sentenza breve	315
					definiti con decreto decisorio	3.478
3.	Provvedimenti Emessi	Totale	15.109	di cui:	decisioni definitive	5.643
					decisioni non definitive	205
					decisioni semplificate	289
					decreti decisori	3.477
					ordinanze cautelari	5.111
					decreti cautelari	798
					ordinanze presidenziali	11
4.	AFFARI PENDENTI AL 31 DICEMBRE 2008					32.249
	AFFARI PENDENTI AL 31 DICEMBRE 2009					29.921
	AFFARI PENDENTI AL 31 DICEMBRE 2010					27.225
	AFFARI PASSATI IN DECISIONE E/O PER I QUALI E' IN CORSO LA PUBBLICAZIONE					1.484
	AFFARI FISSATI AL 31 DICEMBRE 2010					2.962
	STIMA AFFARI PENDENTI					22.536



Giustizia Amministrativa

RICORSI DEFINITI PRESSO LE SEDI TT.AA.RR. NELL'ANNO 2010

TT.AA.RR.	Pervenuti	Ricorsi definiti con sentenza	Ricorsi definiti con sentenza breve	Ricorsi definiti con decreto decisorio	Totale ricorsi definiti
Ancona	1.127	376	98	3.329	3.803
Aosta	82	73	3	9	85
Bari	2.156	1.454	280	2.609	4.343
Bologna	1.559	803	211	7.428	8.442
Bolzano	316	275	5	71	351
Brescia	1.654	966	352	3.612	4.930
Cagliari	1.163	971	168	1.812	2.951
Campobasso	536	268	14	1.295	1.577
Catania	3.624	1.778	313	2.639	4.730
Catanzaro	1.565	1.256	164	1.563	2.983
Firenze	2.335	1.268	234	5.449	6.951
Genova	1.374	2.184	179	9.303	11.666
Latina	1.256	638	46	1.366	2.050
Lecce	2.111	1.409	212	1.279	2.900
L'Aquila	719	626	59	189	874
Milano	3.223	1.720	580	5.432	7.732
Napoli	7.425	4.698	845	22.632	28.175
Palermo	2.471	1.395	312	12.595	14.302
Parma	364	280	24	290	594
Perugia	584	312	47	202	561
Pescara	597	679	87	555	1.321
Potenza	467	431	2	699	1.132
Reggio Calabria	812	494	98	1.508	2.100
Roma	12.211	6.136	1.331	31.493	38.960
Salerno	2.056	1.138	96	12.155	13.389
Torino	1.576	850	202	3.541	4.593
Trento	290	185	36	25	246
Trieste	698	260	142	504	906
Venezia	2.365	1.288	513	4.714	6.515
TOTALE*	56.716	34.211	6.653	138.298	179.162

* non sono computate le ordinanze cautelari