



Newsletter n. 46/2024 della Giustizia amministrativa

a cura dell'Ufficio del massimario

Indice

Corte costituzionale

1. **Corte cost., 3 dicembre 2024, n. 192, sull'illegittimità costituzionale di specifiche norme della legge sull'autonomia differenziata.**

Corte di cassazione

2. **Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2024, n. 30775, i vizi di carenza di motivazione o di violazione del principio del contraddittorio non integrano un motivo di giurisdizione ai fini della ammissibilità del ricorso per cassazione;**
3. **Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2024, n. 30220, sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di impugnazione dell'elenco annuale ISTAT delle pubbliche amministrazioni.**

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

4. **Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2024, n. 9614**, su alcune questioni in tema di pratica commerciale ingannevole e pratica commerciale aggressiva ai sensi del codice del consumo e sui poteri dell'AGCM;
5. **Cons. Stato, sez. VII, 27 novembre 2024, n. 9551**, magistrato addetto alla segreteria del CSM: carenza di legittimazione per la partecipazione a selezioni per il conferimento di funzioni direttive superiori;
6. **Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2024, n. 9520**, legittimo il provvedimento dell'A.G.C.M. che irroghi una sanzione pecuniaria per violazione diffusa e reiterata dei termini di pagamento dei fornitori;
7. **Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467**, affidamento procedimentale e controversia risarcitoria: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo;
8. **Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2024, n. 9449**, finanza di progetto e disciplina nazionale della prelazione;
9. **Cons. Stato, sez. II, 25 novembre 2024, n. 9447**, sulla natura della sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione e sulla conseguente non applicabilità della CEDU e della Carta di Nizza;
10. **Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9441**, sulla nozione di pubblico servizio e sui presupposti di applicazione della direttiva "Habitat";
11. **Cons. Stato, sez. II, 19 novembre 2024, n. 9263**, diniego di sanatoria di una struttura in cemento armato con traslazione dell'assetto planovolumetrico nel parco nazionale del Cilento;
12. **Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2024, n. 8908**, provvedimenti vincolati e garanzie partecipative;
13. **T.a.r. per il Lazio, sez. IV-ter, 5 dicembre 2024, n. 21959**, alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali in tema di riconoscimento infracomunitario delle qualifiche professionali;
14. **T.a.r. per la Liguria, sez. I, 5 dicembre 2024, n. 843**, festival di Sanremo: illegittima la stipula della convenzione con la Rai in assenza di procedura di evidenza pubblica;

15. T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. V, 22 novembre 2024, n. 3878, ordinanza demolitoria e posizione di controinteresse;

16. T.a.r. per il Lazio, sez. III-*quater*, 22 ottobre 2024, n. 18284, ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza ed interruzione del processo.

Normativa e altre attività di interesse

17. Decreto Legislativo 12 novembre 2024, n. 181 – Attuazione della direttiva (UE) 2023/977 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, relativa allo scambio di informazioni tra le autorità di contrasto degli Stati membri e che abroga la decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio. (24G00197) (in G.U., serie generale, n. 282 del 2 dicembre 2024).

Corte costituzionale

(1)

Corte costituzionale, 3 dicembre 2024, n. 192 – Pres. Barbera, Est. Pitruzzella.

La legge n. 86 del 2024 – adottata in attuazione all’art. 116, comma 3, Cost. – è incostituzionale solo con riferimento a specifiche disposizioni del testo legislativo.

Secondo la Corte costituzionale, l’art. 116, comma 3, cit. (che disciplina l’attribuzione alle regioni ordinarie di forme e condizioni particolari di autonomia) deve essere interpretato nel contesto della forma di Stato della Repubblica italiana in cui il ruolo fondamentale delle regioni (e alla possibilità che esse ottengano forme particolari di autonomia) deve coniugarsi con i principi dell’unità della Repubblica, della solidarietà tra le regioni, dell’eguaglianza e della garanzia dei diritti dei cittadini, dell’equilibrio di bilancio. In tale dimensione, la distribuzione delle funzioni legislative e amministrative tra i diversi livelli territoriali di governo, in attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost., non deve corrispondere all’esigenza di un riparto di potere tra i diversi segmenti del sistema politico ma avvenire in funzione del bene comune della società e della tutela dei diritti costituzionali garantiti: a tal fine, è il principio costituzionale di sussidiarietà che regola la distribuzione delle funzioni tra Stato e regioni.

La Corte ribadisce icasticamente che:

- il popolo e la Nazione sono unità non frammentabili: esiste una sola nazione e un unico popolo italiano, senza che siano in alcun modo configurabili dei “popoli regionali” che siano titolari di una porzione di sovranità (sentenza n. 365 del 2007);
- l’unità del popolo e della Nazione postulano l’unicità della rappresentanza politica nazionale;
- sul piano istituzionale, questa stessa rappresentanza e la conseguenziale cura delle esigenze unitarie sono affidate esclusivamente al Parlamento e in nessun caso possono essere riferite ai consigli regionali (sentenza n. 106 del 2002).

Spetta, pertanto, solo al Parlamento il compito di comporre la complessità del pluralismo istituzionale, non essendo predicabile, nemmeno dopo la riforma del 2001, una piena equiparazione tra Stato e regioni.

L'autonomia differenziata deve essere funzionale a migliorare l'efficienza degli apparati pubblici, ad assicurare una maggiore responsabilità politica e a meglio rispondere alle attese e ai bisogni dei cittadini.

Sulla base di tali chiare coordinate costituzionali, la Corte ha ravvisato l'incostituzionalità della possibilità (prevista dalla legge):

- che l'intesa tra lo Stato e la regione e la successiva legge di differenziazione trasferiscano materie o ambiti di materie e non già specifiche funzioni legislative e amministrative, da giustificare in relazione alla singola regione, e da valutare alla luce del richiamato principio di sussidiarietà. Sotto tale profilo, la Consulta precisa che vi sono delle materie – segnatamente: a) del commercio con l'estero; b) della tutela dell'ambiente; c) della materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»; d) delle materie «porti e aeroporti civili» e «grandi reti di trasporto e di navigazione»; e) della materia «professioni»; f) della materia «ordinamento della comunicazione»; g) della materia «norme generali sull'istruzione» – cui pure si riferisce l'art. 116, comma 3, Cost., alle quali si ricollegano funzioni il cui trasferimento è, in linea di massima, difficilmente giustificabile secondo il principio di sussidiarietà” perché vi sono motivi di ordine sia giuridico che tecnico o economico, che lo precludono;

- del conferimento di una delega legislativa per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (LEP) priva di idonei criteri direttivi, con la conseguenza che la decisione sostanziale viene rimessa nelle mani del Governo, limitando il ruolo costituzionale del Parlamento;

- che sia un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M.) a determinare l'aggiornamento dei LEP;

- del ricorso alla procedura prevista dalla legge n. 197 del 2022 (legge di bilancio per il 2023) per la determinazione dei LEP con d.P.C.M., sino all'entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dalla stessa legge per definire i LEP; - di modificare, con decreto interministeriale, le aliquote della compartecipazione al gettito dei tributi erariali, prevista per finanziare le funzioni trasferite, in caso di scostamento tra il fabbisogno di spesa e l'andamento dello stesso gettito; in base a tale previsione, potrebbero essere premiate proprio le regioni inefficienti, che – dopo aver ottenuto dallo Stato

le risorse finalizzate all'esercizio delle funzioni trasferite – non sono in grado di assicurare con quelle risorse il compiuto adempimento delle stesse funzioni;

- la facoltatività piuttosto che la doverosità, per le regioni destinatarie della devoluzione, del concorso agli obiettivi di finanza pubblica, con conseguente indebolimento dei vincoli di solidarietà e unità della Repubblica;

- di estendere la legge n. 86 del 2024, e dunque dell'art. 116, terzo comma, Cost. alle regioni a statuto speciale, che invece, per ottenere maggiori forme di autonomia, possono ricorrere alle procedure previste dai loro statuti speciali.

La Corte ha interpretato in modo costituzionalmente orientato altre previsioni della legge, sottolineando come:

- l'iniziativa legislativa relativa alla legge di differenziazione non va intesa come riservata unicamente al Governo;

- la legge di differenziazione non è di mera approvazione dell'intesa ("prendere o lasciare") ma implica il potere di emendamento delle Camere; in tal caso l'intesa potrà essere eventualmente rinegoziata;

- la limitazione della necessità di predeterminare i LEP ad alcune materie (distinzione tra "materie LEP" e "materie-no LEP") va intesa nel senso che, se il legislatore qualifica una materia come "no-LEP", i relativi trasferimenti non potranno riguardare funzioni che attengono a prestazioni concernenti i diritti civili e sociali;

- l'individuazione, tramite partecipazioni al gettito di tributi erariali, delle risorse destinate alle funzioni trasferite dovrà avvenire non sulla base della spesa storica, bensì prendendo a riferimento costi e fabbisogni standard e criteri di efficienza, liberando risorse da mantenere in capo allo Stato per la copertura delle spese che, nonostante la devoluzione, restano comunque a carico dello stesso;

- la clausola di invarianza finanziaria richiede – oltre a quanto precisato al punto precedente – che, al momento della conclusione dell'intesa e dell'individuazione delle relative risorse, si tenga conto del quadro generale della finanza pubblica, degli andamenti del ciclo economico, del rispetto degli obblighi eurounitari.

La Corte conclude affermando che spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, colmare i vuoti derivanti dall'accoglimento di alcune delle questioni sollevate dalle ricorrenti, nel rispetto dei principi costituzionali, in modo da assicurare la piena funzionalità della legge; e che

essa stessa resta competente a vagliare la costituzionalità delle singole leggi di differenziazione, qualora venissero censurate con ricorso in via principale da altre regioni o in via incidentale.

Corte di cassazione

(2)

I vizi di carenza di motivazione o di violazione del principio del contraddittorio non integrano un motivo di giurisdizione ai fini della ammissibilità del ricorso per cassazione.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 2 dicembre 2024, n. 30775 - Pres. D'Ascola, Est. Porreca.

È inammissibile il ricorso, proposto ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., qualora ci si dolga della violazione del principio del contraddittorio, dell'omessa considerazione della violazione del diritto di difesa nel procedimento disciplinare, o della carenza di motivazione della sentenza del Consiglio di Stato (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 23236 del 2024; n. 19675 del 2020). Le Sezioni unite, richiamando la consolidata giurisprudenza secondo la quale non può costituire motivo di ammissibile ricorso per cassazione la denuncia di un *error in procedendo* o di un *error in iudicando*, hanno dichiarato il ricorso inammissibile poiché vertente su una controversia afferente ad un procedimento disciplinare a carico di un ispettore della Guardia di finanza sottoposto a procedimento penale per il reato di cui all'art. 319 c.p. estintosi nel corso del giudizio per intervenuta prescrizione. Le censure proposte in sede di ricorso per cassazione – afferenti alla corretta valutazione degli effetti della sentenza resa in sede penale nonché del difetto di motivazione del provvedimento impugnato e della sentenza di primo grado – si risolvono, per l'appunto, nella denuncia di violazioni della legge, sostanziale e processuale.

Di conseguenza è stata confermata la sentenza Cons. Stato, sez. II, 29 novembre 2023, n. 10248.

(3)

Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di impugnazione dell'elenco annuale ISTAT delle pubbliche amministrazioni.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, 25 novembre 2024, n. 30220 – Pres. Cassano, Est. Fuochi Tinarelli

In tema di impugnazione dell'elenco annuale ISTAT delle pubbliche amministrazioni predisposto ai sensi del sistema dei conti nazionali (SEC) 2010, l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 2020, nel delimitare la giurisdizione della Corte dei conti a sezioni riunite alla sola applicazione della disciplina nazionale sul contenimento della spesa pubblica, non ha determinato un vuoto di tutela o il mancato rispetto dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea, restando attribuita la giurisdizione, per ogni ulteriore ambito, al giudice amministrativo.

Le sezioni riunite della Corte dei conti – con sentenza non definitiva – affermavano la sussistenza della propria giurisdizione sulla controversia promossa, nei confronti dell'ISTAT e del Ministero dell'economia e delle finanze, da Autostrada del Brennero s.p.a. per ottenere l'accertamento della sua esclusione dall'applicazione della disciplina nazionale sul contenimento della spesa pubblica ai sensi dell'articolo 11, comma 6, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (codice della giustizia contabile, c.g.c.) e, comunque, dell'insussistenza dei presupposti per la sua qualificazione come "amministrazione pubblica".

Interposto ricorso per cassazione, le Sezioni unite – pur dichiarando il ricorso inammissibile poiché proposto avverso "una sentenza non definitiva che ha deciso sulla giurisdizione senza definire, neppure parzialmente, il giudizio" – hanno ritenuto di poter formulare egualmente il principio di diritto, stabilendo che la Corte dei conti non ha giurisdizione sulla controversia in questione.

La Corte dei conti ha erroneamente ritenuto ricompreso nella sua giurisdizione il potere di annullamento dell'elenco ISTAT non tenendo conto che, per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 23-*quater* d.l. n. 137 del 2020, l'art. 11 c.g.c. prevede la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, a sezioni riunite ed in unico grado, esclusivamente in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'ISTAT, *"ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica"* e, non già, negli altri casi, in cui si riepande la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ex art. 7 c.p.a.

Le Sezioni unite, infatti, hanno ricordato come, per la Corte di giustizia UE – che si era pronunciata, con sentenza del 13 luglio 2023, C-363/21 e C-364/21, *Ferrovienord Spa e Federazione Italiana Triathlon*, in esito al rinvio ex art. 267 TFUE disposto dalla stessa Corte dei conti nell'ambito di una parallela omologa controversia – l'art. 23-*quater* del d.l. n. 137 del 2020 non è incompatibile col diritto dell'Unione europea, *"purché siano garantiti"*, in base al sistema giurisdizionale interno, *"l'effetto utile dei regolamenti e della direttiva summenzionati nonché la tutela giurisdizionale effettiva imposta dal diritto dell'Unione"* (§ 100).

Dunque, l'art. 23-*quater* non è, in concreto, incompatibile col diritto dell'Unione europea perché la riduzione della giurisdizione esclusiva del giudice contabile comporta la corrispondente espansione della giurisdizione del giudice amministrativo, non determinandosi così alcun vuoto di tutela (come invece avevano ritenuto le Sezioni riunite della Corte dei conti).

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

(4)

Su alcune questioni in tema di pratica commerciale ingannevole e pratica commerciale aggressiva ai sensi del codice del consumo e sui poteri dell'AGCM.

Consiglio di Stato, sezione VI, 2 dicembre 2024, n. 9614 – Pres. Volpe, Est. Ravasio

Costituisce decisione di natura commerciale, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (codice del consumo), la scelta dell'utente di fornire, al momento della creazione di un *account* su una piattaforma digitale, i propri dati personali al professionista, prima e a prescindere dal compimento di singoli atti di acquisto, poiché una simile decisione non richiede necessariamente una controprestazione a favore del consumatore, potendo compendiarsi anche in una cessione, di valore, non compensata da una controprestazione, in quanto ai dati personali deve essere riconosciuto un valore intrinseco.

La procedura di creazione di un *account* su una piattaforma digitale di un professionista costituisce una pratica commerciale, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (codice del consumo), in quanto la norma citata non richiede che la fornitura debba essere a pagamento, la nozione di "prodotto" comprende i beni immateriali e i servizi, anche di tipo digitale e l'*account* in questione è un prodotto in sé, di natura digitale, strumento necessario per accedere al servizio di *cloud* offerto dal professionista, oltre che strumento utile per accedere e navigare sulle altre piattaforme del professionista, di natura più squisitamente commerciale.

È legittimo il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che qualifichi come pratica commerciale ingannevole, sub specie di omissione ingannevole, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (codice del consumo), la mancata prospettazione da parte del professionista, sin dall'inizio della procedura di creazione di un *account* su una piattaforma digitale, del possibile utilizzo dei dati ricavabili dall'*account* per fini commerciali, allorquando non risulti, nel corso della procedura di creazione dell'*account*, alcuna informazione circa il fatto che i dati degli utenti avrebbero potuto essere utilizzati per l'invio di messaggi promozionali "personalizzati", né spiegazione circa il momento dal quale questo utilizzo

dei dati avrebbe preso avvio (cioè dal momento in cui l'utente/consumatore avesse effettuato il primo accesso alle piattaforme).

(5)

Magistrato addetto alla segreteria del CSM: carenza di legittimazione per la partecipazione a selezioni per il conferimento di funzioni direttive superiori.

Consiglio di Stato, sezione VII, 27 novembre 2024, n. 9551 – Pres. Chieppa – Est. Rotondano

È illegittima la delibera del Consiglio superiore della magistratura di attribuzione delle funzioni direttive superiori requirenti di legittimità ad un magistrato che, al momento della presentazione della domanda, ricopriva l'incarico di componente della segreteria del CSM e pertanto non era legittimato a partecipare alla procedura ai sensi dell'art. 41 della legge 24 marzo 1958, n. 195 (norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura). Difatti tale disposizione, pur riferita in origine al soppresso sistema di progressione in carriera per concorsi e scrutini per la promozione a magistrato di corte d'appello e di corte di cassazione, non è stata abrogata in modo espresso o tacito, bensì si applica a qualunque procedura di carattere selettivo – ivi comprese quelle per il conferimento di un posto direttivo – che comporti una valutazione tra diversi candidati ed è volta ad evitare che tra coloro che partecipano ad una selezione concorsuale e coloro che sono tenuti ad esaminarli vi possano essere interrelazioni che siano, anche solo astrattamente, idonee a minare la terzietà ed imparzialità di questi ultimi, interrelazioni che il legislatore ha ritenuto non irragionevolmente poter essere sussistenti tra i componenti della segreteria del CSM e i componenti del Consiglio, alla luce delle plurime e rilevanti funzioni svolte dai primi in seno all'organo di autogoverno.

(6)

Legittimo il provvedimento dell'A.G.C.M. che irroghi una sanzione pecuniaria per violazione diffusa e reiterata dei termini di pagamento dei fornitori.

Consiglio di Stato, sezione VI, 27 novembre 2024, n. 9520 – Pres. De Felice, Est. Cordì

L'art. 9, comma 3-*bis*, secondo periodo, della l. n. 192 del 1998, che qualifica come un abuso la violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. n. 231 del 2002, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, prescindendo "dall'accertamento della dipendenza economica", non è riconducibile nell'alveo dell'abuso di dipendenza economica di cui al precedente periodo. La violazione da essa sanzionata va ricondotta ai fenomeni dell'abuso dell'autonomia negoziale o della libertà contrattuale, che non necessariamente si innestano in rapporti segnati dalla dipendenza economica. Deve pertanto escludersi che la regola in questione richieda una verifica dello stato di dipendenza, che è, invece postulato logico giuridico per affermare l'abuso di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998.

Nell'ipotesi in cui sia imposto da parte di un operatore economico ai propri fornitori un termine superiore a quello individuato *ex lege*, dall'art. 4 del d.lgs. 231 del 2002, deve verificarsi se tale termine non risulti gravemente iniquo ai sensi del successivo art. 7, che prevede la nullità relativa della clausola abusiva quando il termine di pagamento risulti gravemente iniquo in danno del creditore. Simile nullità di protezione è dichiarata d'ufficio, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. La valutazione sull'iniquità della

clausola contrattuale deve tener conto delle corrette prassi commerciali, non potendo prendere in considerazione situazioni che sono, a loro volta, inique. La sanzione per la violazione dell'art. 9, comma 3-*bis*, secondo periodo, della l. 192 del 1998, da irrogarsi da parte dell'A.G.C.M., deve avere una funzione deterrente, da apprezzarsi anche in ragione della gravità della condotta contestata, per cui presenza di reiterate e diffuse violazioni del d.lgs. n. 231 del 2002 la stessa deve essere proporzionata alla gravità dell'illecito, onde realizzare la funzione special-preventiva tipica del diritto sanzionatorio.

(7)

Affidamento procedimentale e controversia risarcitoria: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Consiglio di Stato, sezione IV, 25 novembre 2024, n. 9467 – Pres. Neri, Est. Santise

Spetta al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alla richiesta di risarcimento dei danni per lesione dell'affidamento ingenerato da una pubblica amministrazione, tramite l'adozione di una serie di atti di natura endoprocedimentale favorevoli, in ordine alla realizzazione di un intervento edificatorio (nella specie, non assentibile per contrasto con il piano territoriale di coordinamento paesistico) poiché, in tale ipotesi, l'esercizio del potere rappresenta l'antecedente logico causale del danno.

Nel giudizio in esame la richiesta di risarcimento dei danni scaturiva dall'affidamento ingenerato dal rilascio di un parere favorevole da parte del comune sulla istanza di variante al piano regolatore generale con progetto di demolizione e ricostruzione di un edificio residenziale con contestuale richiesta di permesso di costruire.

Nella sentenza sono esaustivamente passati in rassegna e singolarmente confutati gli argomenti addotti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione per affermare la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie per il risarcimento dei danni da affidamento c.d. procedimentale, richiamando il

ragionamento svolto dall'Adunanza plenaria 29 novembre 2021, n. 20 (oggetto della News US n. 6 del 14 gennaio 2022 nonché in *Foro it.*, 2022, III, 68 con nota di) e, inoltre, svolgendo ulteriori approfondite argomentazioni, di seguito sintetizzate: *i)* il comportamento della P.A. può dirsi indirettamente (o mediatamente) collegato all'esercizio del potere quando, sulla base della teoria della regolarità causale, sia regolare conseguenza del potere; *ii)* anche quando la lesione provocata dal comportamento materiale della pubblica amministrazione attenga a diritti soggettivi e non ad interessi legittimi non è possibile ricondurre le relative controversie nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario, dal momento che tali condotte si inseriscono comunque all'interno di una sequenza causale in relazione alla quale il centro del potere pubblico rappresenta un antecedente logico e causale rispetto al comportamento amministrativo, con conseguente giurisdizione esclusiva de giudice amministrativo, laddove prevista; *iii)* i meri comportamenti, per i quali è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario, sono predicabili solo qualora la pubblica amministrazione operi come qualsiasi soggetto di diritto, trattandosi di comportamenti materiali non collegati nemmeno in via indiretta o mediata al potere pubblico.

(8)

Finanza di progetto e disciplina nazionale della prelazione.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449 – Pres. De Nictolis, Est. Molinaro.

È rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale: “se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016”.

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

(9)

Sulla natura della sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione e sulla conseguente non applicabilità della CEDU e della Carta di Nizza.

Consiglio di Stato, sezione II, 25 novembre 2024, n. 9447 – Pres. FF Frigida, Est. Adesso

La sanzione pecuniaria, alternativa alla demolizione, di cui all'art. 33, comma 2 del d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001, non ha natura penale né finalità punitive, assolvendo ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso; ne discende la non applicabilità del principio di proporzionalità tra reato e sanzione prevista dall'art. 49 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), nemmeno con riguardo al diritto di proprietà di cui agli artt. 17 CDFUE e 1 del primo protocollo CEDU, poiché le misure adottate in materia di violazioni edilizie: *i*) rientrano nel margine di apprezzamento rimesso agli Stati membri; *ii*) sono fornite di base legale; *iii*) sono volte al perseguimento dell'interesse generale al controllo del territorio e dell'uso dei beni; *iv*) non sono interessate, nel caso di specie, dalla tematica del c.d. abuso di necessità ai sensi dell'art. 8 CEDU, stante la natura pecuniaria e non reale della sanzione.

(10)

Sulla nozione di pubblico servizio e sui presupposti di applicazione della direttiva "Habitat".

Consiglio di Stato, sezione IV, 25 novembre 2024, n. 9441 – Pres. Neri, Est. Tagliasacchi

In merito alla qualificazione di una struttura sportiva come diretta all'erogazione di un pubblico servizio, non rileva che l'opera non sia, in concreto, utilizzata da tutti i cittadini, poiché tale evenienza non la priva del carattere pubblico né esclude che sia funzionale all'erogazione di un pubblico servizio, poiché, tale tesi, infatti, finirebbe per escludere *in toto* dalla nozione di opera pubblica tutti gli impianti sportivi che, evidentemente, non sono mai in concreto utilizzati dalla "generalità dei cittadini", ma solo da una parte di essi; né può limitarsi la nozione di pubblico servizio ai "servizi essenziali", poiché tale lettura si porrebbe in contrasto con la tutela costituzionale dello sport, risultante dall'art. 33 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1 del 26 settembre 2023, secondo cui "la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme".

È legittima l'omessa applicazione dell'art. 6 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche allorché venga rilevata una bassa incidenza ambientale delle opere di cui al progetto, che è valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione, senza che possa rilevare che il rilasciato provvedimento favorevole contenga la prescrizione dell'adozione di misure volte al rimboschimento, poiché tali misure non possono essere considerate una compensazione ai sensi della direttiva e desumere l'applicabilità della stessa dalle medesime misure integra sostanzialmente un'inversione logica, dal momento che la misura in questione non costituisce il presupposto per l'applicazione della direttiva stessa, bensì, a tutto concedere, costituirebbe una conseguenza della sua applicabilità.

(11)

Diniego di sanatoria di una struttura in cemento armato con traslazione dell'assetto planovolumetrico nel parco nazionale del Cilento.

Consiglio di Stato, sezione II, 19 novembre 2024, n. 9263 – Pres. Poli, Est. Adesso

In caso di impugnazione del parere contrario espresso dalla Soprintendenza sulla istanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, sono inammissibili le censure che, nell'affermare l'erroneità della valutazione negativa dell'intervento realizzato, impingono nel merito delle valutazioni altamente discrezionali rimesse all'autorità competente alla tutela del paesaggio ex art. 9 Cost., novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 - la cui salvaguardia costituisce un limite legittimo all'esercizio dell'attività di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41, comma 2, della Costituzione - e sollecitano il giudice amministrativo ad un sindacato sostitutivo al di fuori dei casi tassativi di giurisdizione di merito previsti dall'articolo 134 del codice del processo amministrativo.

L'articolo 167, comma 4, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 consente in casi eccezionali la sanatoria *ex post* degli abusi "minori" nelle zone sottoposte a vincolo ambientale e paesaggistico e attiene ad opere che, oltre a non prevedere aumenti di volume o di superficie, rientrino comunque nelle categorie dei lavori di manutenzione ordinaria o straordinaria. Non è sostenibile sul piano logico, prima ancora che giuridico, che la realizzazione di un fabbricato in cemento armato sia priva di impatto sul piano paesaggistico e integri un abuso minore suscettibile di sanatoria in via postuma.

L'oggetto del giudizio era costituito dalla impugnazione del diniego di nulla osta paesaggistico in sanatoria in relazione ad un manufatto da adibire a bar, parte integrante di un parco di divertimenti, che nella progettualità originaria doveva essere composto da un unico piano con fondazione a platea in cemento armato con sovrastante struttura in legno e che, viceversa, al fine di rafforzare la struttura portante del corpo di fabbrica, veniva edificato con impalcato interno in pilastri e travi in cemento armato e solaio latero - cementizio, nel perimetro del parco nazionale del Cilento e Vallo di Diano e con traslazione dell'originale assetto planovolumetrico.

In motivazione, è stato altresì sottolineato come:

i) anche successivamente alle modifiche introdotte con il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, debba ritenersi che l'onere di cui all'articolo 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 non comporti la puntuale confutazione analitica delle argomentazioni svolte dalla parte privata. Pertanto, per giustificare il provvedimento conclusivo adottato è sufficiente la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso, alla luce delle risultanze acquisite.

ii) l'ufficio comunale competente all'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di accertamento di conformità urbanistica sia lo sportello unico dell'edilizia (SUE), anche qualora l'atto richiesto afferisca ad un intervento edilizio inerente ad una attività di impresa. Viceversa, le competenze dello sportello unico per le attività produttive (SUAP) attengono alla fase del rilascio o del diniego dell'autorizzazione commerciale.

(12)

Provvedimenti vincolati e garanzie partecipative.

Consiglio di Stato, sezione III, 7 novembre 2024, n. 8908 – Pres. De Nictolis, Est. Cerroni

Il confronto procedimentale con l'interessato è necessario e imprescindibile, agli effetti della legittimità del provvedimento, anche nelle ipotesi di provvedimenti vincolati allorquando l'apporto partecipativo sia utile per giungere ad un accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento stesso che richieda un'istruttoria specifica. La natura vincolata del provvedimento amministrativo non vale ad escludere, di per sé, l'osservanza delle garanzie partecipative, a partire proprio dalla comunicazione di avvio del procedimento, se si verte in situazioni peculiari e giuridicamente complesse. Pertanto, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento opera anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto

totalmente vincolato, atteso che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve comunque fondare la determinazione amministrativa.

(13)

Alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali in tema di riconoscimento infracomunitario delle qualifiche professionali.

T.a.r. per il Lazio, sezione IV-ter, ordinanza 5 dicembre 2024, n. 21959 – Pres. Tricarico, Est. Gallo

Sono rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le seguenti questioni pregiudiziali: "a) se l'art. 13 della direttiva 2005/36/UE come modificata dalla direttiva 2007/55/UE, letto alla luce dell'obiettivo comunitario della eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di persone e servizi tra stati membri e della libera circolazione degli insegnanti, debba essere interpretato nel senso che, con riguardo al riconoscimento infracomunitario delle qualifiche professionali, con particolare riferimento al titolo di specializzazione all'insegnamento sul sostegno, osti alla interpretazione ed applicazione di una normativa nazionale che consenta di considerare sussistenti le condizioni per il riconoscimento anche nel caso in cui il titolo di formazione specialistica acquisito nello stato membro d'origine non permetta l'esercizio della corrispondente professione nel medesimo stato e da questo non sia legalmente riconosciuto come titolo abilitante al ridetto esercizio; b) nel caso in cui l'art. 13 della direttiva 2005/36/UE come modificata dalla direttiva 2007/55/UE non abbia detto effetto ostativo, se le disposizioni del titolo III, capo I, della direttiva 2005/36 debbano, dunque, essere interpretate nel senso che le autorità competenti in materia di riconoscimento delle qualifiche, acquisita la relativa istanza, siano sempre e comunque tenute a valutare il contenuto di tutti i documenti presentati dalla persona interessata, idonei ad attestare la sua qualifica professionale, ancorché non abilitante nello Stato membro d'origine, nonché la conformità della formazione che essi attestano

alle condizioni richieste per ottenere la qualifica professionale in questione nello stato membro ospitante e, se del caso, applicare misure di compensazione”.

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

(14)

Festival di Sanremo: illegittima la stipula della convenzione con la Rai in assenza di procedura di evidenza pubblica.

T.a.r. per la Liguria, sezione I, 5 dicembre 2024, n. 843 – Pres. Caruso, Est. Miniussi

La convenzione avente ad oggetto l’affidamento in esclusiva alla Rai (Radio televisione italiana s.p.a.) dei diritti, nella titolarità del Comune di Sanremo, connessi allo svolgimento del “festival della canzone italiana” rappresenta, quantomeno nella parte in cui ha ad oggetto la concessione del marchio, una concessione di beni o, comunque, un contratto attivo con cui l’ente locale dispone di una propria *utilitas*, che rappresenta un’opportunità di guadagno (in quanto sfruttabile economicamente) in favore della Rai che corrisponde al comune un corrispettivo. Pertanto, l’affidamento deve avvenire, in base a quanto stabilito dall’art. 13, comma 5 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, vale a dire, mediante l’interpello del mercato e il confronto di offerte concorrenti, nel rispetto della disciplina di cui alla legge di contabilità generale dello Stato (regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440) e del relativo regolamento di attuazione (regio decreto 23 maggio 1924, n. 827), anche in modo da consentire al comune di trarre l’utilità più elevata possibile dalla concessione dell’uso del marchio.

In motivazione la sezione ha precisato che la caducazione delle convenzioni con la Rai conseguente all’annullamento delle delibere di approvazione

comporterebbe effetti dirompenti e sproporzionati rispetto alla organizzazione della 75^a edizione del festival di Sanremo (febbraio 2025) che è in fase avanzata di preparazione e, pertanto, ha ritenuto di limitare l'effetto demolitorio ribadendo l'efficacia delle convenzioni in essere (74^a e 75^a edizione), fatto salvo il diritto al risarcimento del danno da perdita di *chances* della parte ricorrente, ribadendo viceversa l'effetto conformativo con riferimento alle edizioni del festival successive alla 75^a .

L'esclusione degli appalti concernenti "la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici" dall'ambito di applicazione del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici) ai sensi dell'art. 56, comma 1, lett. f) non implica la sottrazione di tale categoria di contratti – categoria cui sarebbe riconducibile la convenzione Rai – anche all'applicazione dei principi generali, tra cui l'articolo 13, comma 5, in base al quale l'affidamento dei contratti di cui al comma 2 (tra i quali sono annoverati i contratti esclusi, quali quelli di cui all'art. 56 del codice) che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità di cui all'art. 3 del codice.

(15)

Ordinanza demolitoria e posizione di controinteresse.

T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione V, 22 novembre 2024, n. 3878 – Pres. ed Est. Barone

Il diniego del riconoscimento della qualità di controinteressato ai proprietari confinanti dell'area, nella quale è stato realizzato un manufatto abusivo del quale è stata ordinata la demolizione dall'autorità competente, va temperato nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte non già ad un generico vicino di casa, ma ad un soggetto il cui diritto di proprietà risulta direttamente leso da un'opera edilizia abusiva e conseguentemente è direttamente avvantaggiato

dall'ordine di demolizione, vantando un interesse qualificato a difendere la propria posizione giuridica di titolare di un diritto di proprietà su parti comuni.

(16)

Ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza ed interruzione del processo.

T.a.r. per il Lazio, sezione III-*quater*, ordinanza 22 ottobre 2024, n. 18284 – Pres. Quiligotti, Est. Piemonte

L'effetto processuale dell'interruzione del processo si applica anche per le ipotesi di amministrazione straordinaria di cui al d.l. n. 347 del 2003 in virtù del combinato disposto ex art. 299 c.p.c. e 79, comma 2, c.p.a, e non in analogia a quanto previsto dall'art. 43, comma 3, della legge fallimentare oppure in ragione del rinvio alla disciplina di cui al d.lgs. n. 270 del 1999. Considerando l'esclusività della legittimazione processuale del commissario straordinario nonché la funzione dell'istituto interruttivo processuale, volto di preservare il contraddittorio processuale ed al contempo di tutelare le posizioni creditorie in una logica eminentemente concorsuale, poco rileva la logica, conservativa o liquidatoria, sottesa alla procedura di amministrazione alla quale è ammessa l'impresa.

Normativa e altre novità di interesse

(17)

Decreto Legislativo 12 novembre 2024, n. 181 – Attuazione della direttiva (UE) 2023/977 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 2023, relativa allo scambio di informazioni tra le autorità di contrasto degli Stati membri e che abroga la decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio. (24G00197) (in G.U., serie generale, n. 282 del 2 dicembre 2024).