Numero 1
Anno 2012

Autorizzazione del Tribunale
di Roma n. 374/2010

GAZZETTA AMMINISTRATIVA
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

pareristica a cura dell' Avvocatura dello Stato

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

IN QUESTO NUMERO

- ***ACCESSO AI DOCUMENTI DEL CONSIGLIERE COMUNALE E PROVINCIALE***
- ***LA CORTE COSTITUZIONALE PONE FINE ALLA DISCUTIBILE PRASSI PARLAMENTARE DEL C.D. «DOPPIO MANDATO»?***
- ***ART. 42 BIS DEL T.U. ESPROPRIAZIONI: RITORNO AL PASSATO O NUOVO MODO DI ACQUISTO DELL'IMMOBILE ILLEGITTIMAMENTE OCCUPATO DALLA P.A.?***
- ***BREVI NOTE SULL'ESECUZIONE DIRETTA DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA SOTTO SOGLIA DOPO IL DECRETO SALVA ITALIA***
- ***IL DECRETO LEGISLATIVO N. 121/2011 E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI IN MATERIA AMBIENTALE***
- ***LA FASE DI VERIFICA E VALIDAZIONE DEL PROGETTO ALLA LUCE NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI***
- ***RISARCIBILITÀ DEL DANNO PER RITARDO PROVVEDIMENTALE DELLA P.A.***
- ***LA RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DELLA P.A. PER DANNI DERIVANTI DA COSE IN CUSTODIA***
- ***LIMITI ALLE ASSUNZIONI DEGLI ENTI LOCALI: CONSIDERAZIONI SUL DECRETO LEGGE N. 16/2012***
- ***PREVENZIONE E REPRESSIONE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE***
- ***LA PRESCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DANNO ERARIALE INDIRETTO: L'ULTIMO ORIENTAMENTO DELLA CORTE DEI CONTI***
- ***LA GIURISDIZIONE IN MATERIA CONCESSORIA PRIMA E DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO***
- ***IL COMMERCIO TRA COMPETENZA LEGISLATIVA REGIONALE, TUTELA DELLA CONCORRENZA ED INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA***
- ***MANSIONI SUPERIORI NELLA SANITÀ PUBBLICA: DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL PUBBLICO IMPIEGO***

DIREZIONE REDAZIONE E SEDE LEGALE: VIA G. NICOTERA, 29 - 00195 ROMA
Tel. 06.3242351 - 06.3242354 Fax 063242356 - Sito: www.gazzettaamministrativa.it

Presidente Onorario: **Dott. Pasquale de Lise**
(*già Presidente del Consiglio di Stato*)

Presidente del Comitato dei Saggi: **Avv. Ignazio Francesco Caramazza**
(*Avvocato Generale dello Stato*)

DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: **Prof. Enrico Michetti**

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani
Vicedirettori: Avv. Valentina Romani e Avv. Paolo Pittori
Caporedattore: Avv. Emanuele Riccardi
Responsabile Organizzazione: Dott. Filippo Gai

Redattori: Francesca Angelini (Riforme Istituzionali), Prof. Maurizio Asprone (Innovazione tecnologica), Avv. Anna Cinzia Bartoccioni (Ambiente), Dott. Marco Benvenuti (Osservatorio Corte Costituzionale), Avv. Maria Cristina Colacino (TUEL), Dott. Pasquale Colafemmina (Normativa d'impresa), Avv. Antonio Cordasco (Energia), Avv. Fulvio Costantino (Comunicazione e Innovazione), Dott. Paolo Cortesini (Risorse Umane), Dott.ssa Flora Cozzolino (Osservatorio Corte Costituzionale), Avv. Giuseppe Dall'Ozzo (Responsabilità), Prof. Michele De Cilla (Appalti), Dott. Fabrizio De Castris (Patti Territoriali), Avv. Maurizio Dell'Unto (Autorità), Avv. Stefano Di Giovan Paolo (Banche ed Assicurazioni), Dott. Daniele Fabbro (Vaticano), Avv. Andrea lacobini (Comunicazione), Avv. Livio Lavitola (Edilizia), Avv. Francesco Lettera (Ambiente), Avv. Andrea Pistilli (Esecuzione dei Lavori Pubblici), Dott. Adriano Marini (Pubblico Impiego e Formazione del Personale), Avv. Federico Mazzella (Servizi Pubblici Locali), Prof. Enrico Michetti, Avv. Simone Morani (Acqua), Prof. Salvatore Napolitano (Contratti della PA), Avv. Mario Nigro (Osservatorio Corte Costituzionale), Dott. Stefano Olivieri Pennesi (Bilancio), Avv. Andrea Perrotta (Finanziamenti comunitari), Avv. Anna Romano (Concorrenza), Avv. Valentina Romani (Tributi e Fiscalità degli Enti Locali), Prof.ssa Maria Rosaria Salerni (Urbanistica), Dott. Fernando Santoriello (Protezione civile), Avv. Stefano Sassano (Rapporti Anci), Avv. Francesco Scittarelli (Affidamenti *in house*), Dott. Michele Scognamiglio (Finanza degli Enti Locali), Prof. Elisa Scotti (Lavori Pubblici), Avv. Domenico Tomassetti (Giustizia e Affari Interni), Avv. Michela Urbani (Espropriazioni).

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Presidente: **Prof. Alberto Romano**

Vice Presidenti: **Dott. Luca Palamara, Avv. Massimo Mari e Dott. Ing. Massimo Sessa**

Segretari Generali: Prof.ssa Elisa Scotti e Prof. Fulvio Pastore.
Componenti: Prof. Edoardo Ales, Dott. Andrea Baldanza, Prof. Enzo Baldini, Prof. Antonio Bartolini, Pres. Franco Bianchi, Prof. Raffaele Bifulco, Prof. Antonio Briguglio, Prof. Roberto Caranta, Prof. Agostino Cariola, Prof.ssa Lucia Cavallini, Prof. Roberto Cavallo Perin, Prof.ssa Paola Chirulli, Prof. Alfredo Contieri, Prof. Guido Corso, Prof. Francesco De Leonardis, Prof. Enrico Follieri, Prof. Fabio Francario, Prof. Carlo Emanuele Gallo, Prof. Vincenzo Caputi Iambrenghi, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Prof. Francesco Merloni, Prof. Fabio Merusi, Pres. Filippo Paone, Prof. Nino Paolantonio, Prof.ssa Paola Piras, Prof. Aristide Police, Dott. Giuseppe Rotondo, Prof. Mario Sanino, Prof. Emilio Paolo Salvia, Prof. Salvatore Raimondi, Prof. Filippo Satta, Dott. Alfredo Storto, Prof. Antonio Romano Tassone, Dott. Andrea Paolo Taviano, Prof. Luciano Vandelli.

COMITATO ISTITUZIONALE

Presidente: **Giuseppe Castiglione** *Coordinatore*: **Fabio Melilli**

Componenti: Lorenzo Cesa, Gianfranco Conte, Fabio Fiorillo, Pietro Folena, Maurizio Gasparri, Giancarlo Giorgetti, Massimiliano Mignanelli, Guido Milana, Silvano Moffa, Paolo Naccarato, Alessandro Pagano, Stefano Sassano, Ugo Sposetti.

SOMMARIO

L'EDITORIALE: L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA ED IL PATRIMONIO DI ESPERIENZA GIURIDICA AL SERVIZIO DELLA P.A.
dell'Avv. Ignazio Francesco Caramazza 5

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 6
REDAZIONALI 33
ACCESSO AI DOCUMENTI DEL CONSIGLIERE COMUNALE/PROVINCIALE
dell'Avv. Antonio Cordasco 33
POTERE D'ORDINANZA DEI SINDACI: GLI EFFETTI DELL'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ART. 54 TUEL
della Dott.ssa Ilaria Di Toro 36
L'OMOGENEITÀ TRA DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE: LA CORTE LANCIA UN MONITO AL LEGISLATORE
del Dott. Edoardo Magnini 40
LA CORTE COSTITUZIONALE PONE FINE ALLA DISCUTIBILE PRASSI PARLAMENTARE DEL C.D. *«DOPPIO MANDATO»*?
del Dott. Andrea Ridolfi 45
LA RIDUZIONE DEGLI ONERI INFORMATIVI: ASPETTI CRITICI
della Dott.ssa Matilde Esposito 50
LA SENTENZA N. 232/2011: INAMMISSIBILITÀ DELLA CHIAMATA IN SUSSIDIARIETÀ PER MANCANZA DI MOTIVAZIONE DELLA LEGGE?
della Dott. M. Zuppetta 53
GIURISPRUDENZA 64
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI
..... 64
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE
..... 78
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 85

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 88
REDAZIONALI 110
ART. 42 *BIS* DEL T.U. ESPROPRIAZIONI: RITORNO AL PASSATO O NUOVO MODO DI ACQUISTO DELL'IMMOBILE ILLEGITTIMAMENTE OCCUPATO DALLA PA.?
dell'Avv. Domenico Tomassetti 110
BREVI NOTE SULL'ESECUZIONE DIRETTA DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA SOTTO SOGLIA DOPO IL DECRETO *SALVA ITALIA*
dell'Avv. Carmine Medici 114
IL DECRETO LEGISLATIVO N. 121/2011 E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI IN MATERIA AMBIENTALE
dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni 118
IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO E LE PROCEDURE DI DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE DOPO IL RECENTE RISULTATO DEL *REFERENDUM*
dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni 123

IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE RAFFORZA IL RUOLO DELLE LINEE GUIDA STATALI IN TEMA DI ENERGIE RINNOVABILI
della Dott.ssa Alessandra Dominici 127
GIURISPRUDENZA 133
URBANISTICA 133
EDILIZIA 140
ABUSI EDILIZI 147
PAESAGGIO E BENI CULTURALI 150
ESPROPRIAZIONI 153
AMBIENTE 157
OSSERVATORIO PENALE 159
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 160

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 166
REDAZIONALI 168
IL IV CONTO ENERGIA FRA LUCI ED OMBRE
dell'Avv. Andrea Perrotta 168
I PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA AMBIENTALE
dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni 173
GIURISPRUDENZA 178
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 181

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 185
REDAZIONALI 203
LA FASE DI VERIFICA E VALIDAZIONE DEL PROGETTO ALLA LUCE NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI
del Dott. Ing. Andrea Di Stazio 203
INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA DOPO LE MODIFICHE DALLA LEGGE 12.7.2011, N. 106
dell'Avv. Maurizio Dell'Unto 209
I BENI COMUNI E IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO. NAPOLI RIPARTE DALL'A.B.C.
della Dott.ssa Angela Turchiano 213
GIURISPRUDENZA 221
CONTRATTI PUBBLICI
della Dott.ssa Tiziana Molinaro 221
SERVIZI PUBBLICI LOCALI 225
dell'Avv. Federico Mazzella 225
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 229

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA' DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 236
REDAZIONALI 245
RISARCIBILITÀ DEL DANNO PER RITARDO PROVVEDIMENTALE DELLA PA.
dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi 245
LA RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DELLA PA. PER DANNI DERIVANTI DA COSE IN CUSTODIA
dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi 247
LIMITI ALLE ASSUNZIONI DEGLI ENTI LOCALI: CONSIDERAZIONI SUL DECRETO LEGGE N. 16/2012
della Dott.ssa Matilde Esposito 254

GIURISPRUDENZA 258
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 269

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 275
REDAZIONALI 280
IL NUOVO TRIBUTO RES EVOLUZIONE E TRASFORMAZIONE DELLA TASSAZIONE LOCALE SUI RIFIUTI E RELATIVA IMPOSTA SUI SERVIZI INDIVISIBILI
del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi 280
LE FORME DI GESTIONE DELLE ENTRATE PATRIMONIALI DELL'ENTE LOCALE: L'AFFIDAMENTO *IN HOUSE* DELLO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÁ STRUMENTALI AL PERSEGUIMENTO DELLE FINALITÁ ISTITUZIONALI DELL'ENTE
della Dott.ssa Fabiola Cordiano..... 284
GIURISPRUDENZA 290
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 294

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 297
REDAZIONALI 305
PREVENZIONE E REPRESSIONE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
del Prof. Avv. Vincenzo Musacchio..... 305
LA PRESCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DANNO ERARIALE INDIRETTO: L'ULTIMO ORIENTAMENTO DELLA CORTE DEI CONTI
dell'Avv. Luca Beccarini 312
LA GIURISDIZIONE IN MATERIA CONCESSORIA PRIMA E DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
dell'Avv. Fabio Falco..... 314
BREVI NOTE INTRODUTTIVE IN TEMA DI ADR *(ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS)* NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?
dell'Avv. Ruggero Frascaroli..... 318
GIURISPRUDENZA 323
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 329

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 332
REDAZIONALI 335
IL COMMERCIO TRA COMPETENZA LEGISLATIVA REGIONALE, TUTELA DELLA CONCORRENZA ED INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA
del Dott. Gabriele Magrini 335
GIURISPRUDENZA 339
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO 341

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 345
REDAZIONALI 346
FATTORI CODIVISI DI UNA *"SPENDING STRATEGY…"* LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E MOBILIARE PUBBLICO. IL RUOLO ATTIVO DELLE AMMINISTRAZIONI
del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi 346
PARERI– AVVOCATURA DELLO STATO 351

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....353
REDAZIONALI.....355
MANSIONI SUPERIORI NELLA SANITÀ PUBBLICA: DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL PUBBLICO IMPIEGO
dell'Avv. Gianluca Piccinni.....355
LEGGE N.104/92 EVOLUZIONE E SUE APPLICAZIONI
dell'Avv. Fabrizio Casella.....361
GIURISPRUDENZA.....364
PARERI – AVVOCATURA DELLO STATO.....366

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA ED IL PATRIMONIO DI ESPERIENZA GIURIDICA AL SERVIZIO DELLA P.A.

dell'Avv. Ignazio Francesco Caramazza

Le profonde trasformazioni dell'Ordinamento a partire dalla Legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha modificato il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, introducendo un criterio di individuazione delle rispettive materie antitetico rispetto al sistema previgente e la nuova distribuzione delle competenze amministrative fra lo Stato, le Regioni e il sistema delle autonomie locali, ispirata al principio di sussidiarietà, hanno comportato l'assunzione di inedite responsabilità gestionali da parte di amministratori e funzionari pubblici.

Nel contesto ordinamentale che ha visto accrescere competenze e ambiti di autonomia degli Enti territoriali, la Gazzetta Amministrativa dei Comuni, delle Province e delle Regioni d'Italia si è venuta affermando nel panorama giuridico editoriale non solo come una delle migliori riviste giuridiche telematiche, ma soprattutto quale strumento preziosissimo di formazione, aggiornamento e assistenza per il personale degli enti locali, grazie ad alcune originali soluzioni applicative (come la consulenza *on line*), in grado di offrire un costante contributo per la risoluzione delle innumerevoli problematiche che i funzionari sono chiamati quotidianamente a risolvere nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Per queste ragioni l'Avvocatura dello Stato ha accolto, con soddisfazione e piena condivisione degli intenti, l'invito ad una collaborazione proficua e duratura con la Gazzetta Amministrativa formulato dal Prof. Avv. Enrico Michetti che, nel seguire con grande impegno e dedizione la crescita della Rivista, ha voluto affiancare a Gazzetta Amministrativa il patrimonio di esperienza dell'Avvocatura dello Stato.

Gli obiettivi condivisi nella sottoscrizione del recente protocollo d'intesa consentiranno di realizzare un'ampia divulgazione della pareristica rivolta alle Amministrazioni statali patrocinate e di partecipare all'attività di formazione e aggiornamento professionale, sotto la guida del Consiglio Scientifico di altissimo livello accademico, presieduto dal Prof. Alberto Romano, rivolta a tutto il personale pubblico, nella convinzione che la formazione e l'aggiornamento professionale costituiscano presupposti imprescindibili perché l'azione amministrativa sia sempre orientata nel rispetto della legalità formale e sostanziale.

Questa collaborazione, unitamente a quella offerta con l'interessante progetto di *"analisi del fabbisogno"* e monitoraggio costante del contenzioso dalla Giustizia Amministrativa - che non poteva mancare per la Rivista onorata dalla Presidenza di Pasquale de Lise - ha già consentito alla rivista di assumere la denominazione di Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana, una nuova veste e nuovi contenuti, ritenuti utili al personale di tutte le Amministrazioni della Repubblica.

Concludo formulando l'auspicio - che mi sembra facile profezia - che la Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana possa confermarsi come punto di riferimento per la formazione, l'aggiornamento professionale e l'assistenza di tutto l'apparato amministrativo centrale e locale.

«::::::::: GA :::::::::»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

INTRODOTTO IL PRINCIPIO DEL *PAREGGIO DI BILANCIO* NELLA CARTA COSTITUZIONALE

Entra in vigore l'8.5.2012 il pareggio di bilancio. Con legge costituzionale 20.4.2012, n.1 (pubblicata sulla G.U. n. 95 del 23.4.2012) è stato introdotto nella Costituzione, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, il principio dell'equilibrio delle entrate e delle spese, il cosiddetto pareggio di bilancio. Avendo raggiunto il quorum dei due terzi dei componenti nella seconda votazione, sia alla Camera, sia al Senato, la modifica costituzionale non potrà essere sottoposta a referendum popolare (Legge costituzionale n. 1/2012, G.U. n. 95 del 24.4.2012)

«::::::::: GA :::::::::»

STATO CIVILE E CAMBIAMENTO DEL NOME E DEL COGNOME: PUBBLICATO SULLA GAZZETTA UFFICIALE IL NUOVO REGOLAMENTO

Entra in vigore il 9.7.2012 il Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del decreto del Presidente della Repubblica 3.11.2000, n. 396. Tali modifiche sono volte ad adeguare la disciplina contenuta nel d.P.R. n. 396/2000 a criteri di semplificazione e snellimento. (d.P.R. n. 54 del 13.3.2012, G.U. n. 105 del 10.5.2012)

«::::::::: GA :::::::::»

PER IL CAMBIO DI RESIDENZA NON OCCORRE PIÙ RECARSI ALLO SPORTELLO COMUNALE

Sarà possibile inviare la dichiarazione anagrafica per fax, posta ordinaria e posta elettronica, questo chiarisce il Ministero dell'interno che richiama la circolare del dipartimento Affari interni e territoriali n. 9 del 27.4.2012 sulle modalità di applicazione della nuova normativa, con il facsimile delle dichiarazioni. Dal 9 maggio i cittadini potranno, infatti, presentare le dichiarazioni anagrafiche - di residenza e di trasferimento all'estero - senza necessariamente recarsi allo sportello del comune, ma spedendole per posta oppure inviandole via fax o e-mail. In quest'ultimo caso, bisogna sottoscrivere la dichiarazione con la firma digitale, essere identificati dal sistema informatico, ad esempio tramite la carta d'identità elettronica o la carta nazionale dei servizi, inviare la dichiarazione dalla casella di posta elettronica certificata del dichiarante e trasmettere per posta elettronica 'semplice' copia della dichiarazione con firma autografa e del documento d'identità del dichiarante. Queste e altre le informazioni visualizzabili cliccando nel titolo sopra linkato (Ministero dell'interno, Stato civile comunicato 3.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

AGGIORNAMENTI AL TESTO UNICO DELLE LEGGI SULL'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI

Si pubblica nel titolo sopra linkato il TUEL aggiornato fino alle modifiche apportate dal d.l. 2.3.2012, n. 16, recante: Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento. (TUEL con le modi-

fiche apportate dal D.L. n. 16/2012 - G.U. n. 52 del 2.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

BASTA RITARDI NELLA PA.: IL DECRETO SULLE SEMPLIFICAZIONI INTRODUCE IL NUOVO *ITER* INTEGRATIVO CON IL QUALE VIENE ASSICURATO AI CITTADINI LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO NON CONCLUSO NEI TERMINI

Dal 10.2.2012 e' entrato in vigore il decreto legge in materia di semplificazione e sviluppo che già all'art. 1 interviene nei confronti degli ingiustificati ritardi della p.a. nella conclusioni dei procedimenti amministrativi introducendo un nuovo iter volto da un lato a supplire alle carenze/inadempienze della P.A. in materia di conclusione dei procedimenti amministrativi e dall'altro, a sanzionare i dirigenti e funzionari inadempienti. I cittadini, infatti, qualora il procedimento amministrativo che li riguarda non venga concluso nei termini previsti dalla legge possono ricorrere alla nuova figura sostitutiva prevista in caso di inerzia ed individuata dall'organo di governo ovvero in mancanza, al dirigente generale o al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più alto livello presente nell'amministrazione che dovrà concludere il procedimento in un termine pari alla metà di quello originariamente previsto (Art. 1, d.l. 9.2.2012, n. 5 - G.U. n. 33 del 9.2.2012, Suppl. Ord. N. 27).

«::::::::: GA :::::::::»

SEGRETARIO COMUNALE: PUBBLICATA LA PROPOSTA PER UN NUOVO RUOLO, NUOVI COMPITI ANTICORRUZIONE E NUOVE MODALITÀ DI NOMINA

La commissione di studio sulla trasparenza e la prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione istituita dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, Filippo Patroni Griffi che ha il compito di elaborare, in tempi brevi, proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella Pubblica amministrazione, ha integrato il Rapporto anticorruzione con l' Individuazione dei settori di indagine e valorizzazione della rete delle Prefetture nell'attuazione degli strumenti di prevenzione della corruzione. Il ruolo del Segretario comunale. (Commissione di studio su trasparenza e corruzione nella PA., integrazione del rapporto anticorruzione)

«::::::::: GA :::::::::»

AMMINISTRATIVE 2012: CRITERI PER L'ATTRIBUZIONE DEL PREMIO DI MAGGIORANZA

Il riconoscimento è previsto in favore della lista o gruppo di liste collegate al candidato sindaco eletto nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti. In vista delle prossime elezioni comunali del 6 e 7 maggio, una circolare del Dipartimento per gli affari interni e territoriali – Direzione centrale dei servizi elettorali - la n. 8 del 2012, richiama l'attenzione su alcune pronunce giurisdizionali intervenute in relazione a contenziosi insorti in merito all'esatta attribuzione del cosiddetto premio di maggioranza in favore della lista o gruppo di liste collegate al candidato sindaco eletto nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti. In particolare, in base a quanto sancito da una sentenza del Consiglio di Stato, è stato evidenziato che il criterio di arrotondamento deve, per analogia, trovare applicazione anche alla disposizione contenuta nell'art. 71, co. 3, del d. lgs. n. 267/2000, relativa al numero minimo di candidati (non inferiore ai tre quarti), da comprendere nelle liste per le elezioni dei consigli comunali dei comuni sino a 15.000 abitanti, dovendosi ritenere tassativa, in assenza di espressa disposizione relativa all'arrotondamento, la soglia indicata dalla legge. Pertanto, in applicazione del principio di arrotondamento fissato dall'Alto Consesso, è stato precisato che, nei comuni sino a 15.000 abitanti, ciascuna lista deve comprendere il seguente numero di candidati: a) almeno 5 e non più di 6, nei comuni con popolazione fino a 3.000 abitanti; b) almeno 6 e non più di 7, nei comuni con popolazione da

3.001 a 5.000 abitanti; c) almeno 8 e non più di 10, nei comuni da 5.001 a 10.000 abitanti; d) almeno 12 e non più di 16, nei comuni con popolazione da 10.001 a 15.000. (Ministero dell'Interno, comunicato 12.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

LE NOVITÀ PIÙ SIGNIFICATIVE DELL'*ITER* DI CONVERSIONE DEL DECRETO *SEMPLIFICA ITALIA*

La Funzione Pubblica rende noto che nel corso dell'iter di conversione del decreto Semplifica Italia, in Commissione, il provvedimento è stato arricchito da ulteriori semplificazioni, alcune delle quali provengono da proposte pervenute dai cittadini. Tra le novità più significative più importanti vengono, tra le atre, segnalate le seguenti: 1) Permesso auto per persone con disabilità. Con un apposito decreto sono definite le modalità per riconoscere la validità del permesso su tutto il territorio nazionale. 2) Multe, mensa scolastica, tassa sui rifiuti, ticket direttamente da casa: le amministrazioni sono tenute a pubblicare sui siti istituzionali e sulle richieste di pagamento (bollettini, ecc.) i codici IBAN e le causali di versamento per effettuare pagamenti elettronici tramite bonifico. In questo modo, chi lo desidera, potrà effettuare i pagamenti telematici senza muoversi di casa. La disposizione sarà operativa dopo 3 mesi dall'entrata in vigore della Legge. 3) Pagamento del bollo on-line. Per agevolare l'invio delle domande per via telematica è prevista la possibilità di pagare il bollo online, anche attraverso l'uso della carta di credito o prepagata. 4) La certificazione antimafia e il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) saranno acquisiti d'ufficio dalle amministrazioni: le certezze pubbliche saranno garantite senza complicazioni per le imprese. Ed ancora al via un programma di riduzione degli oneri per le amministrazioni pubbliche: attraverso una ampia consultazione, anche on-line, verranno individuate le procedure più critiche ed onerose per le amministrazioni statali, regionali e locali, che verranno semplificate con appositi regolamenti. Previsto anche un nuovo programma triennale 2012-2015 per ridurre ulteriormente gli oneri per i cittadini e le imprese. Saranno potenziati i compiti della cabina di regia per l'Agenda Digitale. Questi i principali obiettivi: a) realizzazione delle infrastrutture tecnologiche per servizi digitali in settori chiave quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura; b) promozione del paradigma dei dati aperti (open data) e valorizzazione del patrimonio informativo pubblico; c) potenziamento delle applicazioni di amministrazione digitale (e-government) per il miglioramento dei servizi ai cittadini e alle imprese; d) promozione della diffusione di architetture di cloud computing per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni; e) infrastrutturazione per favorire l'accesso alla rete internet in grandi spazi pubblici collettivi quali scuole, università, spazi urbani e locali pubblici in genere. A partire dal 1.1.2014 tutte le procedure per i cittadini e le imprese saranno on line. Le comunicazioni tra gli uffici dovranno avvenire esclusivamente attraverso i canali e servizi telematici e la posta certificata. Per la gestione dei servizi ICT i Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti saranno obbligati a organizzarsi in forma associativa. Le funzioni ICT comprendono infrastrutture di rete, acquisto di licenze software, banche dati, applicativi software ecc. Queste ed altre le novità che possono essere approfondite cliccando sul link di www.gazzettaamministrativa.it. (Funzione Pubblica, comunicato 8.3.2012)

«::::::::: GA :::::::::»

RIDUZIONE DEI CONSIGLIERI E DEGLI ASSESSORI COMUNALI E PROVINCIALI: IL MINISTERO DELL'INTERNO FORNISCE CHIARIMENTI ED ESEMPLIFICAZIONI PER IL CALCOLO DEI TAGLI

In considerazione delle prossime consultazioni amministrative il Ministero dell'Interno ha ritenuto opportuno richiamare l'attenzione sul disposto normativo ai sensi del quale, a decorrere dal 2011, e per tutti gli anni a seguire, si applica la riduzione del 20 per cento del numero dei consiglieri comunali e provinciali ai singoli enti per i quali ha luogo il

primo rinnovo del rispettivo consiglio, con efficacia dalla data del medesimo rinnovo. A tal fine viene precisato che l'entità della riduzione è determinata con arrotondamento all'unità superiore, non computando, rispettivamente, il sindaco e il presidente della provincia e viene allegata alla nota anche una tabella esemplificativa. Inoltre per gli enti che vanno a rinnovo dal 2011, e per gli anni a seguire, va rideterminato il numero massimo degli assessori comunali e provinciali, sulla base della nuova composizione consiliare e con efficacia dalla data del rinnovo, in misura pari a un quarto del numero dei consiglieri del comune e della provincia, computando, in tal caso, rispettivamente il sindaco o il presidente della provincia, con arrotondamento all'unità superiore. In ogni caso, tale numero, ai sensi dell'art. 47, co. 1, del T.U.O.E.L. n 267/2000, non può superare comunque le 12 unità. Il Ministero, anche su tale punto, ha allegato alla sua nota una tabella esplicativa. (Ministero dell'Interno, Dip. affari interni e territoriali, nota 18.2.2012, n. 2915).

«::::::::: GA :::::::::»

ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI: INDIVIDUAZIONE DEI PRESUPPOSTI IN BASE AI QUALI L'AMMINISTRAZIONE E' TENUTA A RILASCIARE IL DOCUMENTO OGGETTO DELL'ISTANZA DI ACCESSO

La disposizione di cui all'art. 22, co. 1, della l. n. 241 del 1990, pur riconoscendo il diritto di accesso a chiunque vi abbia interesse non ha tuttavia introdotto alcun tipo di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sulla amministrazione, tant'è che ha contestualmente definito siffatto interesse come finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Anche sulla scorta dell'art. 2 del primo regolamento attuativo della legge, con riferimento all'accesso, approvato con d.P.R. 27.6.1992 n. 352, fu chiarito che l'interesse che legittima la richiesta di accesso, oltre ad essere serio e non emulativo, deve essere personale e concreto, ossia ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso: in sostanza occorre che il richiedente intenda difendere una situazione di cui è portatore, qualificata dall'ordinamento come meritevole di tutela, non essendo sufficiente il generico e indistinto interesse di ogni cittadino alla legalità o al buon andamento della attività amministrativa. Da questo indirizzo interpretativo la giurisprudenza del Consiglio di Stato non si è mai discostata (Sez. VI, 23.11.2000, n. 5930; Sez. IV, 6.10.2001 n. 5291; Sez. VI, 22.10.2002 n. 5818; Sez.. V, 16.1.2005 n. 127; Sez. IV, 24.2.2005, n. 658; Sez. VI, 10.2.2006 n. 555; Sez. VI, 1.2.2007 n. 416). Il detto orientamento, del resto, ha ricevuto ulteriore supporto dalla l. 11.2.2005 n. 15, cit. con la quale sono state apportate modifiche alla l. n. 241 del 1990. Con la novella, non solo è stato introdotto nell'art. 24, il co. 3, secondo cui sono inammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni, ma anche e, soprattutto, si è meglio definita la figura del soggetto interessato all'accesso, come quello che - come era già prescritto - abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma anche che - ed è questa l'innovazione - tale situazione sia collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Per stabilire se sussiste il diritto all'accesso, occorre avere riguardo al documento cui si intende accedere, per verificarne l'incidenza, anche potenziale, sull'interesse di cui il soggetto è portatore.

In altri termini, essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi diretto, concreto e attuale, essendo anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento. L'Amministrazione, pertanto, secondo lo schema logico imposto dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990, deve verificare se gli atti, cui si chiede di accedere, siano in qualche modo collegati con la suddetta situazione giuridica, vale a dire se la conoscenza degli atti stessi, e le iniziative eventualmente conseguenti, siano in grado di concorrere alla tutela della medesima situazione giuridica (CdS, Ad.Plen. 24.4.2012, n. 7).

«:::::::: GA ::::::::»

QUALORA L'AMMINISTRAZIONE DIMOSTRI IN GIUDIZIO CHE IL CONTENUTO DEL PROVVEDIMENTO NON AVREBBE POTUTO ESSERE DIVERSO DA QUELLO IN CONCRETO ADOTTATO, IL VIZIO DELL'OMESSA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO NON DETERMINA L'ANNULLAMENTO DELL'ATTO ANCHE SE RIGUARDA VICENDE ANTERIORE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 21 *OCTIES* DELLA L. N. 241/1990

Ai sensi dell'art. 21 octies, co. 2, della l. 7.8.1990, n. 241, come introdotto dall'art. 14 della l. 11.2.2005, n. 15, il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Si tratta di disposizione di carattere processuale, come tale idonea a dispiegare effetti anche in relazione a vicende anteriori alla sua entrata in vigore (CdS, VI, 23.5.2012, n. 2996).

«:::::::: GA ::::::::»

PREMIO DI GOVERNABILITÀ NEI COMUNI CON PIÙ DI 15.000 ABITANTI: LA PERCENTUALE DEL 60% DEI SEGGI ESPRIME IL NUMERO MASSIMO DEI SEGGI ATTRIBUIBILI A TITOLO DI PREMIO E, PERTANTO, NON SI PUÒ FAR LUOGO AD ALCUN ARROTONDAMENTO DEI DECIMALI ALL'UNITÀ SUPERIORE

L'art. 73 del TUEL approvato con d. lgs. n. 267 del 2000 (recante la disciplina per il rinnovo del consiglio comunale e l'elezione del sindaco nei comuni con più di 15.000 abitanti), al co. 10, stabilisce che qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al primo turno, alla lista o al gruppo di liste a lui collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, ma abbia ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi. Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al secondo turno, alla lista o al gruppo di liste ad esso collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del co. 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi. I restanti seggi vengono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate ai sensi del co. 8. La norma, come risulta dal dato testuale, fissa nel 60% dei seggi del consiglio il limite massimo del c.d. premio di maggioranza o di governabilità. Ne consegue che quand'anche il rapporto percentuale non esprima un numero intero, le cifre decimali non potranno mai far variare in aumento il rapporto percentuale, facendo lievitare il numero dei seggi da assegnare alla coalizione collegata al sindaco vincente. Il limite del 60% è, infatti, il punto di equilibrio individuato dal legislatore tra i contrapposti valori della governabilità dell'ente locale e della tutela delle minoranze che permea la disciplina del sistema elettorale nei comuni con più di 15.000 abitanti. Il premio di maggioranza viene attribuito solo laddove la frammentazione dei voti dell'elettorato esprime in nuce future possibili difficoltà di governo dell'ente locale e nel limite insuperabile del 60% dei seggi. Tanto si desume proprio dal diverso atteggiarsi del c.d. premio di governabilità, che non viene assegnato nel caso di sindaco proclamato eletto al secondo turno, qualora altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi, non ravvisandosi, in tale ipotesi, quella frammentazione di voti che si riflette in modo negativo sulla governabilità dell'ente. Ed ancora, con riguardo all'ipotesi di sindaco eletto al primo turno, l'atteggiarsi del premio di governabilità varia in funzione del numero dei voti riportati dalla coalizione vincente

(Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al primo turno, alla lista o al gruppo di liste a lui collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del co. 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, ma abbia ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi). In conclusione, va affermato che la percentuale del 60% dei seggi esprime il numero massimo dei seggi attribuibili a titolo di premio di governabilità, sicché non si può far luogo ad alcun arrotondamento dei decimali all'unità superiore, non potendo mai essere superata per effetto dei decimali la percentuale del 60% dei seggi attribuibili alla coalizione collegata al sindaco vincente (CdS, Sez. V, sentenza 21.5.2012, n. 2928).

«::::::::: GA :::::::::»

IL CONTENUTO DELL'AVVISO DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO PUÒ DISCOSTARSI DAL CONTENUTO DEL PROVVEDIMENTO FINALE

Il possibile scostamento tra i contenuti dell'avviso di avvio del procedimento e quelli del provvedimento finale non rappresenta un elemento patologico del sistema, ma dimostra al contrario come l'amministrazione, lungi dal porre in essere una condotta solo formalmente osservante della posizione del privato, abbia agito alla ricerca degli elementi istruttori, acquisiti anche in via collaborativa o oppositiva dalla controparte, ai fini dell'individuazione del miglior assetto degli interessi. La vicenda in esame, illuminata dai due precedenti di questo Consiglio, evocati dal TAR e, contrariamente a quanto si afferma in ricorso, ampiamente applicabili alla questione (CdS, V, 1.10.2010 n. 7267; id., sez. VI, 6.5.2008 n. 2009), sottolinea come l'amministrazione stessa possa ben emettere un provvedimento finale anche diverso da quello preannunziato. Il limite dell'azione amministrativa è quindi quello dell'aderenza tra atto di avviso e atto finale, ma con un'aderenza non riferita all'integrità dei rispettivi contenuti (perché così si renderebbe inutile l'intera fase partecipativa ed istruttoria, trasformando l'atto di avvio in un mero adempimento formale), ma solo in rapporto agli elementi caratterizzanti la fase procedimentale, con particolare riferimento all'identità tra effetti preannunciati e poi effettivamente realizzatisi, secondo il canone aggiornato della tipicità del provvedimento. In sintesi, tra atto preannunciato con l'avviso di avvio del procedimento ed atto effettivamente emesso deve sussistere un rapporto di congruità, non di identità, tra gli elementi essenziali, in modo che, da un lato, il provvedimento finale non rappresenti un esito imprevedibile del procedimento correttamente comunicato e, dall'altro, sussistano spazi per l'accoglimento delle risultanze istruttorie emerse. Il che implica, in merito alla motivazione in quanto componente del più generale requisito della forma dell'atto, che questa debba esistere e dare ragione dell'iter giuridico fattuale posto alla base del provvedimento, senza che debba fondarsi sugli stessi elementi addotti in sede di comunicazione iniziale di avvio. (CdS, IV, 17.5.2012, n. 2852)

«::::::::: GA :::::::::»

QUANDO IL SOGGETTO A CUI E' RIVOLTO L'ATTO E' DETERMINATO O DETERMINABILE, PER LA DECORRENZA DEI TERMINI DI IMPUGNAZIONE NON E' SUFFICIENTE LA PUBBLICAZIONE SULL'ALBO PRETORIO *ON LINE*

Per pacifica giurisprudenza per i soggetti non destinatari di notifica individuale, la decorrenza del termine per impugnare un atto decorre dalla scadenza del termine di pubblicazione all' Albo Pretorio del comune di riferimento. E' altresì pacifico, però (ex multis si veda CdS, VI, 14.1.2002, n. 151) che le persone direttamente contemplate nell'atto ammini-strativo a cui, a norma dell'art. 2 r.d. n. 17.8.1907 n. 642, deve essere notificato o comunicato l'atto stesso, non sono soltanto i soggetti menzionati nell'atto, ma anche chi, pur non essendo menzionato, sia in qualche modo da ritenersi destinatario del medesimo. Pertanto, nei confronti di tali soggetti, la

pubblicazione dell'atto nelle forme di rito non fa decorrere il termine per l'impugnazione occorrendo, a tal fine, la notificazione o comunicazione individuale, ovvero la prova dell'effettiva conoscenza. Posto che nel caso di specie l'ordinanza si dirigeva ad una platea non indeterminata di destinatari, in carenza di prova della notifica della stessa ovvero di piena conoscenza antecedente a quest'ultima, il termine di impugnazione non può farsi decorrere dalla data della (mera) pubblicazione nell'albo pretorio (CdS, IV, 4.5.2012, n. 2591).

«::::::::: GA :::::::::»

NON SUSSISTE ALCUN OBBLIGO DELL'AMMINISTRAZIONE DI COMUNICARE L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO *EX* ART. 7 L. N. 241/1990 RELATIVAMENTE ALL'APPROVAZIONE DEL PROGETTO PRELIMINARE DI UN'OPERA PUBBLICA

La comunicazione dell'avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l. 7.8.1990 n. 241, non è necessaria nel caso di approvazione del progetto preliminare di un'opera pubblica, atteso che tale comunicazione occorre solo nel caso in cui sia stato approvato il progetto definitivo dell'opera, al quale è riconnessa per implicito anche la dichiarazione di pubblica utilità, come previsto dall'art. 14, co.13, L. 11.2.1994 n. 109 (CdS, IV, 29.5.2009, n. 3364; 11.4.2007, n. 1668; 14.12.2002, n. 6917; 26.9.2001 , n. 5070). Non sussiste, quindi, alcun obbligo dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento ex art. 7 l. n. 241/1990 relativamente all'approvazione del progetto preliminare (IV, 3.8.2010, n. 5155), il quale non è nemmeno di per sé un atto autonomamente impugnabile, in quanto solo endoprocedimentale, diversamente dai progetti definitivo ed esecutivo, impugnabili poiché in grado di ledere la posizione giuridica soggettiva del singolo (IV, 22.6.2006, n. 3949). Peraltro nella vicenda in esame il Collegio ha altresì rilevato che quando l'interessato ha ricevuto poi, in vista dell'approvazione del progetto definitivo dell'opera, la comunicazione di avvio del procedimento, egli non risulta avere fatto pervenire alcuna osservazione, controdeduzione o memoria con la conseguente possibilità di ritenere che nella specie sarebbe comunque applicabile la previsione dell'art. 21 octies, cpv., secondo periodo, della legge n. 241/1990: possibilità che verrà di qui a poco confermata dal fatto che nessuna delle ragioni addotte dall'appellante risulterà suscettibile di potenziale influenza sul contenuto del provvedimento (cfr. sul tema CdS., VI, 29.7.2008, n. 3786) CdS, V, 3.5.2012, n. 2535.

«::::::::: GA :::::::::»

IL DINIEGO ESPRESSO DI AUTOTUTELA NON È IMPUGNABILE IN QUANTO ESPRESSIONE DI UN POTERE DI MERITO SU CUI IL GIUDICE AMMINISTRATIVO NON HA GIURISDIZIONE

L'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990 ha disciplinato i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio, ma non ha modificato la natura del potere, e non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio, né ha previsto un interesse legittimo dei privati all'autotutela amministrativa. Il potere di autotutela resta un potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, valutazione riservata alla PA. e insindacabile da parte del giudice. Si deve anzitutto osservare che, di regola, il diniego di autotutela è privo di autonoma portata lesiva, e pertanto difetta, in relazione ad esso, un interesse concreto e attuale a contestarlo. Infatti la lesione discende già dal provvedimento originario, in relazione al quale viene invocata l'autotutela, ed è tale atto che deve (avrebbe dovuto) essere tempestivamente impugnato. Ordinariamente, il diniego espresso di autotutela è un atto meramente confermativo dell'originario provvedimento, che non compie una nuova valutazione degli interessi in gioco, e che pertanto non può essere un mezzo per una sostanziale rimessione in termini quanto alla contestazione dell'originario provvedimento. In secondo luogo il diniego di autotutela si fonda su ragioni di

merito amministrativo, che esulano dalla giurisdizione di qualsivoglia giudice. Il giudice non può valutare se il diniego di autotutela è stato bene o male esercitato, perché se ciò facesse la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati dal giudice, ma è evidente che questo sarebbe uno sconfinamento in un potere di merito riservato esclusivamente all'amministrazione e incoercibile; il diniego espresso di autotutela non è impugnabile per l'assorbente ragione che si tratta di atto espressione di un potere di merito, su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione. Solo nel caso – che nella specie non ricorre – in cui l'amministrazione, sollecitata ad esercitare l'autotutela – riesamina l'originario provvedimento e a seguito di appropriato procedimento amministrativo conferma – con una nuova valutazione degli interessi in gioco e con una motivazione nuova – l'originario provvedimento, si ha un atto di conferma in senso proprio, autonomamente lesivo e pertanto impugnabile (CdS, V, 3.5.2012, n. 2549).

«::::::::: GA :::::::::»

PRESUPPOSTI PER LA PROPOSIZIONE DELL'AZIONE DI ACCERTAMENTO DELL'ILLEGITTIMITÀ DEL SILENZIO-INADEMPIMENTO DELLA PA

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha richiamato i consolidati principi forgiati dalla giurisprudenza in relazione all'individuazione dei presupposti per la proposizione dell'azione di accertamento dell'illegittimità del silenzio – inadempimento (cfr. CdS, Sez. IV, 12.3.2010, n. 1469; sez. IV, 16.9.2008 n. 4362; sez. IV, 9.8.2005, n. 4227; sez. VI, 4.2 2002, n. 4453; sez. VI, 1.4.1992, n. 201, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in forza dei quali: a) i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare e che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame non ha alcun obbligo di rispondere; b) è esclusa la possibilità di fare ricorso alla procedura del silenzio rifiuto allo scopo di provocare il ricorso dell'amministrazione all'autotutela; tale divieto trova il proprio fondamento nell'esigenza di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nel termine di decadenza; siffatto escamotage presuppone in definitiva una sequenza procedimentale in cui sussista un provvedimento non impugnato, e l'intrapresa della procedura del silenzio rifiuto allo scopo di provocare l'adozione di un secondo provvedimento, volto a mettere nel nulla quello non tempestivamente impugnato; c) la richiesta dei privati, rivolta all'amministra-zione, di esercizio dell'autotutela, è una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, ma non fa sorgere in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere (CdS, V, 3.5.2012, n. 2550).

«::::::::: GA :::::::::»

OPERAZIONI ELETTORALI: E' NECESSARIA LA QUERELA DI FALSO PER SUPERARE LE RISULTANZE DEI VERBALI SEZIONALI, ATTI PUBBLICI FIDEFACENTI

Rileva il Consiglio di Stato che i verbali sezionali sono atti pubblici facenti fede di tutto quanto è stato acclarato direttamente dal pubblico ufficiale che li ha formati. Ad avviso della giurisprudenza della Corte di cassazione, sussiste l'onere di proporre querela di falso contro l'atto pubblico anche se l'immutazione del vero non sia ascrivibile

a dolo ma soltanto ad imperizia, leggerezza o a negligenza del pubblico ufficiale - a meno che dallo stesso contesto dell'atto non risulti in modo evidente l'esistenza di un mero errore materiale compiuto da questi nella redazione del documento (Cass., 22.4.2005, n. 8500; CdS,V,3.5.2012, n. 2541).

«::::::::: GA :::::::::»

IL VIZIO DI OMESSA PARTECIPAZIONE DEL PRIVATO AL PROCEDIMENTO NON RICORRE OVE L'APPORTO CHE AVREBBE POTUTO GARANTIRE SI SAREBBE COMUNQUE RIVELATO INUTILE AI FINI DELL'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO

La l. 7.8.1990 n. 241 assoggetta i procedimenti al canone della tempestiva acquisizione di tutti gli apporti, collaborativi o difensivi, utili per garantire una compiuta ponderazione e valutazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti. Il proprietario espropriando ha quindi titolo ad essere informato prima che siano assunte definitive decisioni comportanti lo spossessamento del bene. Tuttavia le norme sulla partecipazione non possono essere applicate meccanicamente e formalisticamente e si deve escludere il relativo vizio, nei casi in cui la stessa partecipazione si riveli inutile, non avendo l'interessato dimostrato, neppure ex post, gli eventuali esiti diversi cui sarebbe potuta giungere l'azione amministrativa sulla base degli ulteriori notizie ed osservazioni che avrebbe potuto fornire quale il destinatario del futuro provvedimento (cfr. arg. CdS, IV, 27.1.2011, n. 609). Al riguardo neanche in questa sede l'appellante evidenzia peculiari elementi che, se fossero stati tempestivamente introdotti nell'istruttoria, avrebbero potuto forse determinato un diverso orientamento dell'amministrazione (CdS, V, 27.4.2012, n. 2481).

«::::::::: GA :::::::::»

LE AMMINISTRAZIONI CHE SI AVVEDONO DELLA NON VERIDICITÀ DELLE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE *EX* ART. 75 DEL D.P.R. N. 445/2000 NON HANNO ALCUN POTERE DISCREZIONALE E DEBBONO COMMINARE L'IMMEDIATA DECADENZA DAI BENEFICI OTTENUTI CON L'AUTODICHIARAZIONE NON VERITIERA

La giurisprudenza amministrativa ha più volte rilevato che, in base all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti, non lasciando tale disposizione alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni che si avvedano della non veridicità delle dichiarazioni. Inoltre, l'art. 75, co. 1, del d.P.R. 28.12.2000, n. 445 prescinde, per la sua applicazione, dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi sul dato oggettivo della non veridicità, rispetto al quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte dal dichiarante. In altre parole, la disposizione in esame non richieda alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, poiché, se così fosse, verrebbe meno la ratio della disciplina che è volta a semplificare l'azione amministrativa, facendo leva sul principio di autoresponsabilità del dichiarante: il corollario che deve trarsi da tale constatazione è che la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera, indipendentemente da ogni indagine dell'amministrazione sull'elemento soggettivo del dichiarante, perché non vi sono particolari risvolti sanzionatori in giuoco, ma solo le necessità di spedita esecuzione della legge sottese al sistema della semplificazione. L'accertamento dell'elemento soggettivo, peraltro, può essere rilevante sotto altri profili, ad es. per verificare la sussistenza di un eventuale reato di truffa (art. 640 del c.p.), ma non per applicare le conseguenze decadenziali legate alla non veridicità obiettiva della dichiarazione (CdS, V, 27.4.2012, n. 2447).

«::::::::: GA :::::::::»

SILENZIO DELLA PA. SULL'ISTANZA DEL PRIVATO: L'OBBLIGO GIURIDI-

CO DI PROVVEDERE AI SENSI DELL'ART. 2 DELLA L. 7.8.1990, N. 241, COME MODIFICATO DALL'ART. 7 DELLA L. N. 69/09 SUSSISTE IN TUTTE QUELLE FATTISPECIE PARTICOLARI NELLE QUALI RAGIONI DI GIUSTIZIA E DI EQUITÀ IMPONGANO L'ADOZIONE DI UN PROVVEDIMENTO

Nel giudizio in esame il ricorrente proponeva ricorso per sentir dichiarare la illegittimità del silenzio mantenuto dal Comune nei riguardi di una sua istanza relativa a un asserito abuso edilizio compiuto dalla vicina che avrebbe realizzato lavori in difformità da quanto indicato nella D.I.A. Il giudice di prime cure aveva rigettato il ricorso per mancanza dell'interesse ad agire, sull'argomento che il ricorrente non sarebbe riuscito a dimostrare un pregiudizio a proprie prerogative dominicali. La sentenza impugnata collega l'interesse a ricorrere contro il silenzio dell'amministrazione ad una lesione del diritto del privato. Nel caso di specie, non vi sarebbe la prova che l'area su cui si controverte presenti natura pubblica; neppure vi sarebbe la prova – e, ancor prima, nemmeno l'allegazione – dell'uso pubblico; al più l'area potrebbe essere oggetto di contestazioni di carattere privatistico (come in effetti è avvenuto, avendo il ricorrente proposto giudizio possessorio innanzi al Giudice civile); mancherebbe perciò la legittimazione ad agire in questa sede. Il Consiglio di Stato, per contro, alla luce della giurisprudenza non ha condiviso tale impostazione restrittiva affermando che in linea di massima, infatti, l'obbligo giuridico di provvedere - ai sensi dell'art. 2 della l. 7.8.1990, n. 241, come modificato dall'art. 7 della l. 18.6.2009, n. 69 - sussiste in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento e quindi, tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'amministrazione (cfr. CdS, Sez. V, 3.6.2010, n. 3487). In particolare, poi, il proprietario confinante con l'immobile, nel quale si assuma essere stato realizzato un abuso edilizio, ha comunque un interesse alla definizione dei procedimenti relativi all'immobile medesimo entro il termine previsto dalla legge, tenendo conto dell'interesse sostanziale che, in relazione alla vicinanza, egli può nutrire in ordine all'esercizio dei poteri repressivi e ripristinatori da parte dell'organo competente (cfr. CdS, VI, 20.7.2006, n. 4609; Id., IV Sez., 7.7.2008, n. 3384; CdS, IV, sentenza 27.4.2012, n. 2468).

«::::::::: GA :::::::::»

IL CONSIGLIERE DI UN ENTE LOCALE NON È LEGITTIMATO AD AUTENTICARE LE FIRME DEGLI ELETTORI E DEI CANDIDATI DI UNA COMPETIZIONE ELETTORALE AL QUALE L'ENTE IN CUI SONO INCARDINATE LE SUE FUNZIONI SIA ESTRANEO

Con l'odierno appello viene censurata la gravata sentenza del TAR per la Lombardia, laddove ha ritenuto che l'autenticazione delle firme dei delegati di lista non possa essere effettuata da un pubblico ufficiale che esercita la propria funzione in ambito territoriale rispetto a quello in cui detta consultazione elettorale si svolge. Al riguardo il Collegio ha osservato come la giurisprudenza della Sezione abbia già avuto modo di chiarire che la legittimazione ad autenticare le sottoscrizioni è limitata ad un determinato territorio di riferimento (cfr. Sez. V 20.3.2012, n. 1889) ed il principio vale anche per i consiglieri di comuni e province. Deve infatti essere sottolineato come, sul piano normativo-ordinamentale, il territorio costituisce elemento costitutivo di ogni ente territoriale, per cui necessariamente i suoi organi esercitano le proprie funzioni nei limiti di questo. Sulla base di tale osservazione afferma il Collegio che il consigliere comunale, o di altro ente locale, esercita il potere di autentica delle sottoscrizioni esclusivamente in relazione alle operazioni elettorali dell'ente (cfr. anche CdS, V, 3105.2007, n. 2817). Di conseguenza, il consigliere di un ente locale non è

legittimato ad autenticare le firme degli elettori e dei candidati di una competizione elettorale al quale l'ente in cui sono incardinate le sue funzioni sia estraneo, come in quelle per il rinnovo del consiglio di altro comune per il consigliere comunale o di altra provincia per il consigliere provinciale(CdS, Sez. V, 16.4.2012, n. 2180).

«::::::::: GA :::::::::»

IL DIVIETO DI PRESENTARE CONTRASSEGNI DI LISTA UGUALI O FACILMENTE CONFONDIBILI E' DIRETTO AD ASSICURARE IL CORRETTO SVOLGIMENTO DELLE OPERAZIONI ELETTORALI

L'art. 33, co. 1, lett. b) del d.P.R. n. 570/1960 prevede che la Commissione elettorale… ricusa i contrassegni che siano identici o che si possano facilmente confondere con quelli presentati in precedenza, o con quelli notoriamente usati da altri partiti o raggruppamenti politici, ovvero riproduce simboli o elementi caratterizzanti simboli che, per essere usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento, possono trarre in errore l'elettore. E' ormai principio consolidato che Il divieto di presentare contrassegni di lista uguali o facilmente confondibili con quelli presentati da altre liste elettorali risponde alla duplice funzione di tutela della libertà del voto (in attuazione dell'art. 48, co. 2 della Cost.) sotto il profilo della formazione del libero convincimento di cui il voto vuole essere manifestazione e di garanzia della correttezza e della lealtà della competizione tra le formazioni politiche di fronte al cittadino elettore. Finalità del divieto è perciò la correttezza dello svolgimento delle operazioni elettorali nel loro insieme e non l'interesse di uno solo dei partecipanti alla competizione (CdS, V, 7.11.2005, n. 6192). La giurisprudenza è quindi orientata a garantire al massimo la libertà del voto sul piano della formazione della volontà, ma perché ciò si realizzi in termini sostanziali e non solo formali, al di fuori di condizionamenti di alcuna natura, occorre che i messaggi rivolti all'elettore siano chiari e la non confondibilità dei contrassegni tra di loro non può allora che riferirsi all'intero loro contenuto espressivo, con particolare attenzione anche all'aspetto testuale (CdS, V, 16.4.2012, n. 2145).

«::::::::: GA :::::::::»

RICUSAZIONE DELLE LISTE ELETTORALI: PROBLEMATICHE IN ORDINE ALL'AUTENTICAZIONE DELLE FIRME

Nel giudizio in esame si controverte in ordine ad una lista che è stata ricusata principalmente perché l'autenticazione delle firme di alcuni dei presentatori non recano la data dell'autentica, per cui non sarebbe stato raggiunto il numero minimo previsto. Il Collegio ha ritenuto che le firme degli atti relativi alla partecipazione al procedimento elettorale devono essere autenticate nel rispetto, previsto a pena di nullità, delle formalità stabilite dall'art. 21 del t.u. 28.12.2000, n. 445, (CdS, V, 1.3.2011, n. 1272) e di queste la data costituisce elemento essenziale (CdS., V, 23.9.2005, n. 5011; CdS, Sez. V, 16.4.2012, n. 2126).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI LA CUI CONOSCENZA SIA NECESSARIA PER CURARE O DIFENDERE I PROPRI INTERESSI GIURIDICI NON PUÒ ESSERE NEGATO OVE SIA SUFFICIENTE FARE RICORSO AL POTERE DI DIFFERIMENTO

L'art. 22, co. 2, della l. 7.8.1990, n. 241, stabilisce che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza. Aggiunge il co. 3 che tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'art. 24, coo. 1, 2, 3, 5 e 6.. L'art. 24, dopo aver elencato i documenti per i quali il diritto di accesso è escluso (co. 1) e posto a carico delle singole PA. l'onere di individuare le ca-

tegorie relative, nell'ambito dei documenti da esse formate o comunque nella loro disponibilità (co. 2), aggiunge che l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento (co. 4). Non vi sono ragioni per escludere che un tale potere sussista anche con riguardo ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, per i quali il co. 7 garantisce comunque l'accesso ai richiedenti. Depongono in questo senso considerazioni sistematiche: il termine comunque deve intendersi nel senso che la tutela di tali interessi va comunque garantita anche nell'ambito di quei regolamenti mediante i quali il Governo, ai sensi del precedente co. 6, può prevedere determinate fattispecie di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi. In altri termini, anche per i documenti richiamati dal co. 7 vale quel potere di differimento che con tutta evidenza serve a contemperare le ragioni dell'interesse pubblico con quelle del privato. (CdS, Sez. IV, 4.4.2012, n. 2005).

«::::::::: GA :::::::::»

IL PREAVVISO DI RIGETTO *EX* ART. 10 *BIS* L. N. 241/90 E' PREVISTO SOLO PER I PROCEDIMENTI AVVIATI AD ISTANZA DI PARTE E, QUINDI, NON SI APPLICA AL PROCEDIMENTO DELLA SOPRINTENDENZA DI ANNULLAMENTO DELL'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTA RILASCIATA DAL COMUNE

Il preavviso di provvedimento negativo di cui all'art. 10-bis l. n. 241 del 1990 non si applica a questo procedimento, che è volto all'annullamento, in tempi stretti e perentori, dell'autorizzazione paesaggistica (o, in questo specifico caso, del parere sull'istanza di sanatoria) sub specie di riesame di quell'atto da parte dell'Autorità statale, e che si configura come una fase di riscontro della già ritenuta possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi (CdS, Ad. plen. 14.12.2001, n. 9; VI, 27.8.2010, n. 5980). Il preavviso di diniego – che è finalizzato ad aprire una fase, anche non breve, di confronto endoprocedimentale - è di suo incompatibile con la stretta tempistica del vaglio delle condizioni di legittimità di un atto legittimante già rilasciato e produttivo di taluni effetti. Si tratta di uno strumento partecipativo che la legge prevede solo nei procedimenti ad istanza di parte e che non trova applicazione per questa sequenza di secondo grado, che è avviata d'ufficio e che, pur configurando un secondo tratto di un'unica vicenda amministrativa di cogestione del vincolo, segue la cesura procedimentale del già avvenuto rilascio del provvedimento di base che conclude la fase ad istanza di parte (la fase soprintendentizia concreta una sequenza officiosa, avviata con la trasmissione degli atti da parte del Comune). Quanto ai contenuti e alla funzione pratica, si deve poi considerare che, data la struttura e l'ambito di vaglio consentito all'amministrazione statale, siffatto preavviso non potrebbe consistere in un'autonoma comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda, ma diverrebbe senz'altro la comunicazione delle motivazioni in diritto per le quali l'autorità statale ritiene che quella locale abbia agito illegittimamente. Dunque, senza avere un'utilità particolare ai fini della miglior cura dell'interesse pubblico, coinciderebbe di fatto con i contenuti propri dell'annullamento stesso, che anticiperebbe improduttivamente e solo ne rallenterebbe gli effetti, ostacolando la sua funzione di estrema difesa del vincolo (di cui a C.cost., 27.6.1986, n. 151; 18.10.1996, n. 341; 25.10.2000, n. 437; CdS, Ad. plen., 14.12.2001, n. 9). Si tratterebbe dunque solo di un'inutile e anzi dannosa duplicazione di atti (CdS, VI, 27.3.2012, n. 1803).

«::::::::: GA :::::::::»

MODALITÀ DI INDIVIDUAZIONE DELLE SITUAZIONI GIURIDICAMENTE TUTELATE CHE LEGITTIMANO IL DIRITTO DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

Il fatto legittimante l'accesso alla documentazione amministrativa, ossia il possesso di

un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, giusta la nozione di cui all'art. 22 della l. n. 241 del 1990, non presuppone una predeterminazione rigida delle situazioni giuridicamente tutelate, in quanto la loro individuazione è data dal raccordo con il documento per il quale è chiesto l'accesso. In questo senso, la valutazione sulla fondatezza o meno della domanda di ostensione si fonda sulla sussumibilità della pretesa concreta in una fattispecie normativa, secondo una valutazione prognostica e secondo un rapporto di chiara percepibilità (CdS, VI, 18.9.2009, n.5625). Ciò implica che l'accesso possa essere riconosciuto facendo perno sulla situazione sostanziale vantata dal richiedente e sul fatto lesivo da questi vantato. In tal senso vanno le pronunce che hanno riconosciuto tale interesse non solo, secondo una proposizione più generale, ai soggetti territorialmente vicini (come nel caso tipico dei rilasci di titoli abilitativi in edilizia, da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 14.5.2010, n. 2966), ma anche a singoli o enti in relazione a fatti amministrativi che potevano incidere sull'attività da questi svolta (si veda, in relazione ad una associazione privata che per statuto svolge attività per la diffusione e lo sviluppo delle discipline sportive d'acqua, la pronuncia del CdS, VI, 7.4.2010, n. 1962). (CdS, IV, 26.3.2012, n. 1768).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ISTANZA DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA PUÒ ESSERE RIPROPOSTA SOLO A SEGUITO DI NUOVI ELEMENTI O FORNENDO UNA DIVERSA RAPPRESENTAZIONE DELL'INTERESSE LEGITTIMANTE L'ACCESSO

L'azione, nel giudizio in materia di accesso alla documentazione amministrativa, è ancorata a termini di decadenza, il giudizio ha struttura impugnatoria e che l' istanza di accesso non è reiterabile ad libitum, ma può essere riproposta solo a seguito di nuovi fatti ed elementi, o fornendo una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante che legittima al diritto di accesso. (CdS, Ad.Plen., 18.4.2006, n. 7). (CdS,V, 26.3.2012, n. 1724).

«::::::::: GA :::::::::»

LA REVOCA DELLA CONCESSIONE NON E' MAI AUTOMATICA ALLA STREGUA DI UNA RISOLUZIONE CIVILISTICA, MA NECESSITA DI UN PROCEDIMENTO IN CONTRADDITTORIO

La revoca della concessione, in quanto revoca di un precedente atto espressione di potere amministrativo (la concessione, appunto), non può mai ritenersi automatica, alla stregua di una risoluzione civilistica, poiché il potere amministrativo è un potere necessariamente ad esercizio procedimentalizzato (cd. principio di articolazione), e deve sottostare, per esigenze legate alla tutela del principio di legalità, ai requisiti della tipicità, oltre che della nominatività. Ciò significa che, per espungere dall'ordinamento un atto amministrativo, occorre un preciso atto amministrativo che abbia una sua specifica funzione, descritta dalla legge, e segua un ordine procedimentale, descritto dalla l. n. 241 del 1990. (CdS, V, 26.3.2012, n. 1713)

«::::::::: GA :::::::::»

NEI GIUDIZI ELETTORALI IL PRINCIPIO DI SPECIFICITÀ DEI MOTIVI DI CENSURA E DELL'ONERE DELLA PROVA SONO ATTENUATI

Per consolidato orientamento ermeneutico nel giudizio elettorale il principio della specificità dei motivi di censura e dell'onere della prova è da considerarsi attenuato in considerazione della situazione di obiettiva difficoltà in cui si trova il soggetto che ha interesse a contestare le operazioni elettorali illegittime sulla base di dati informativi di carattere indiziario e della correlata esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale sancita dagli artt. 24 e 113 Cost.. E', quindi, necessario e sufficiente, ai fini dell'ammissi-

bilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi, non in termini astratti ma con riferimento a fattispecie concrete, la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono mentre si appalesano inammissibili azioni esplorative volte al mero riesame delle operazioni svolte. (CdS, V, 22.3.2012, n. 1630).

«::::::::: GA :::::::::»

I CONSIGLIERI COMUNALI POSSONO IMPUGNARE GLI ATTI DEL CONSIGLIO NEL QUALE SIEDONO ESCLUSIVAMENTE QUANDO QUESTI INCIDANO SULLA POSSIBILITÀ DI ESERCITARE ADEGUATAMENTE IL MANDATO

Nel caso di specie due consiglieri comunali hanno impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza del giudice di primo grado che aveva dichiarato inammissibile il ricorso dai medesimi proposto avverso alcune deliberazioni del Consiglio Comunale con le quali per esempio erano stati riconosciuti ed approvati debiti fuori bilancio ai sensi dell'art. 194, primo comma, lett. a ed e, d.lgs. n. 267/2000. ll Consiglio di Stato ha rigettato l'appello sulla base del pacifico orientamento giurisprudenziale secondo il quale i consiglieri di ente locale sono legittimati all'impugnazione degli atti del consiglio nel quale siedono esclusivamente quando questi incidano sulla possibilità di esercitare adeguatamente il mandato (CdS, VI, 19.5.2010, n. 3130; V, 19.2.2007, n. 826; 15.12.2005, n. 7122; 31.1.2001, n. 358). Inoltre si precisa nella sentenza che l'omissione o il ritardo nel fornire ai consiglieri dell'ente locale gli atti presupposti ad una proposta di delibera non costituisce lesione del diritto allo jus ad officium e quindi non legittima il consigliere alla proposizione del ricorso, restando la sua tutela affidata all'espressione a verbale del proprio dissenso in quanto corollario del più generale principio sopra affermato.(CdS, V, 21.3.2012, n. 1610)

«::::::::: GA :::::::::»

ALBO PRETORIO *ON LINE*: IRRICEVIBILE IL RICORSO NOTIFICATO OLTRE IL TERMINE DI SESSANTA GIORNI DALLA CONOSCENZA LEGALE DELL'ATTO IMPUGNATO

Nel giudizio in esame il Comune ha impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza con la quale il TAR, in accoglimento del ricorso, aveva annullato il provvedimento del sindaco di nomina dei componenti della giunta comunale, per violazione del principio delle pari opportunità di cui agli artt. 3 e 51 della Costituzione, perché costituita da soli uomini. In particolare il Giudice di prime cure accoglieva il ricorso, ritenendo che sarebbe mancata la necessaria attività istruttoria volta ad acquisire la disponibilità alla nomina di persone di sesso femminile e perché non sarebbe stata esternata adeguata motivazione in ordine alle ragioni della mancata applicazione dell'art. 51 della Costituzione, disponendo in conseguenza l'annullamento del decreto di nomina, con compensazione delle spese di giudizio. L'eccezione del Comune appellante di l'irricevibilità del ricorso di primo grado perché notificato oltre il termine di 60 giorni dalla pubblicazione del decreto di nomina della giunta sull'Albo Pretorio e' ritenuta fondata dal Collegio, atteso che a mezzo apposita istruttoria si è constatato che il decreto sindacale in questione era stato pubblicato ai sensi dell'art. 32 della l. 18.6.2009, n. 69, sul sito informatico del Comune di guisa che tale modalità di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, co. 5, della citata l. n. 69 del 2009, ha effetto di pubblicità legale. Ritenuto in conseguenza, per il combinato disposto dell'art. 41 del d. lgs. n. 104 del 2010 e dell'art. 32 della l. n. 69 del 2009, che il ricorso è irricevibile perché notificato oltre il termine ordinario di 60 giorni dalla conoscenza legale dell'atto impugnato. Il giudice di primo grado, ad avviso del Collegio, non ha valutato l'eccezione sollevata dalla difesa del Comune, rilevabile anche d'ufficio, e non ha autorizzato la produzione in giudizio della documentazione probatoria per violazione del termine ordinatorio del deposito, malgrado la natura della eccezione ne imponesse la

verifica anche a mezzo istruttoria.(CdS, V, 20.3.2012, n. 1580)

«::::::::: GA :::::::::»

LA SENTENZA CHE ACCOGLIE LA DOMANDA VOLTA AD OBBLIGARE LA PA. A CONCLUDERE IL PROCEDIMENTO CON PROVVEDIMENTO ESPRESSO NON DETERMINA ANCHE LA SUSSISTENZA DELLA COMPETENZA DELL'AUTORITÀ INERTE

Quando l'interessato presenti una istanza ad una amministrazione e poi chieda al giudice amministrativo una sentenza che dichiari l'obbligo di provvedere perché l'istanza non è stata esaminata, la sentenza di accoglimento di tale domanda non determina anche la sussistenza della competenza dell'autorità inerte, che si pronuncia sull'istanza anche declinando la propria competenza. (CdS, V,19.3.2012, n. 1539).

«::::::::: GA :::::::::»

CONDIZIONI PER LA FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO

Per invocare la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 della l. n. 241/1990 va dimostrato, oltre al decorso del tempo, il possesso di tutte le condizioni di carattere oggettivo e dei requisiti soggettivi necessari per lo svolgimento dell'attività per la quale vi è richiesta di autorizzazione amministrativa (vedi CdS., V, 11.2.1999, n. 145). (CdS, V, 19.3.2012, n. 1545).

«::::::::: GA :::::::::»

DIRITTO DI ACCESSO: LA VESTE SOCIETARIA E' ININFLUENTE ATTESO CHE IN MATERIA DI ACCESSO NEL NOVERO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI RIENTRANO TUTTI I SOGGETTI DI DIRITTO PUBBLICO E I SOGGETTI DI DIRITTO PRIVATO LIMITATAMENTE ALLA LORO ATTIVITÀ DI PUBBLICO INTERESSE, DISCIPLINATA DAL DIRITTO NAZIONALE O COMUNITARIO

L'attività amministrativa, cui gli artt. 22 e 23 della legge n. 241 del 1990 correlano il diritto d'accesso, ricomprende non solo quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dalla intensa conformazione pubblicistica (CdS VI, 26.12006 n. 229; id., 30.12.2005 n. 7624; id., 7.8.2002 n. 4152; id., 8.1.2002 n. 67). (CdS, VI,12.3.2012, n. 1403).

«::::::::: GA :::::::::»

LA SCIOGLIMENTO DEL CONSIGLIO COMUNALE PER INFILTRAZIONI MAFIOSE NON ESIGE NÉ LA PROVA DELLA COMMISSIONE DI REATI DA PARTE DEGLI AMMINISTRATORI, NÉ CHE I COLLEGAMENTI TRA L'AMMINISTRAZIONE E LE ORGANIZZAZIONI CRIMINALI RISULTINO DA PROVE INCONFUTABILI

La natura del provvedimento di scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, di cui agli art. 143 e ss. d.lgs. n. 267 del 2000, di carattere straordinario, non è di tipo sanzionatorio, ma preventivo (TAR Sicilia Palermo, sez. I, 10.3.2008, n. 321); ciò comporta che quale presupposto si richiede solo la presenza di elementi su collegamenti o forme di condizionamento che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto fra gli amministratori e la criminalità organizzata, ma che non devono necessariamente concretarsi in situazioni di accertata volontà degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata, né in forme di responsabilità personali, anche penali, degli amministratori. Lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose non esige né la prova della commissione di reati da parte degli amministratori, né che i collegamenti tra l'amministrazione e le organizzazioni criminali risultino da prove inconfutabili; sono sufficienti, invece, semplici elementi

(e quindi circostanze di fatto anche non assurgenti al rango di prova piena) di un collegamento e/o influenza tra l'amministrazione e i sodalizi criminali (TAR Campania, Na, I, 6.2.2006, n. 1622), ovvero è sufficiente che gli elementi raccolti e valutati siano indicativi di un condizionamento dell'attività degli organi amministrativi e che tale condizionamento sia riconducibile all'influenza ed all'ascendente esercitati da gruppi di criminalità organizzata. È da affermarsi, dunque, l'autonomia del provvedimento di scioglimento rispetto all'esito di procedimenti penali aventi ad oggetto fatti e comportamenti degli amministratori. (CdS,VI, 26.11.2007, n. 6040). Inoltre, trattandosi di atto di alta amministrazione, connotato anche da una significativa valenza politica, così come la relazione ministeriale che viene presa a fondamento per l'esercizio del potere di scioglimento, il sindacato del giudice amministrativo non può essere che estrinseco, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità, senza possibilità di apprezzamenti che ne concernino il merito (CdS, VI, 4.8.2006, n. 4765). Gli elementi addotti 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 in un determinato contesto e a prescindere da responsabilità dei singoli (così CdS, IV, 24.4.2009, n. 2615; 6.4.2005, n. 1573). L'applicazione dell'istituto di cui all'art. 143, d. lgs. 18.8.2000 n. 267 ricorre nelle ipotesi in cui l'andamento generale della vita amministrativa di un ente locale subisce influenze da un ipotizzato condizionamento mafioso, potendo di conseguenza l'indagine riguardare, oltre che scelte strettamente di governo - soprattutto quelle in materia di programmazione e pianificazione - anche specifiche attività di gestione, le quali sostanzialmente finiscono per essere quelle di maggior interesse per le consorterie criminali, in considerazione della maggiore e più repentina disponibilità che viene offerta di risorse pubbliche. (CdS, III,6.3.2012, n. 1266).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AZIONE DEL COMMISSARIO *AD ACTA* E' SVINCOLATA DAGLI ORDINARI CANONI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Il Commissario è un ausiliare del giudice (artt. 21 e 114, co. 4, lett. d), del codice del processo amministrativo), titolare di un potere che trova diretto fondamento nella pronuncia giurisdizionale da portare ad esecuzione. Ne deriva che detto organo è legittimato, anche al di fuori delle norme che governano l'azione ordinaria degli organi amministrativi sostituiti, ad adottare ogni misura conforme al giudicato che si appalesi in concreto idonea a garantire alla parte ricorrente il conseguimento effettivo del bene della vita di cui sia stato riconosciuto titolare nella sentenza da portare ad attuazione. L'esigenza di svincolare l'azione del Commissario dal rispetto dei vincoli procedurali ordinari dell'azione amministrativa, anche con riguardo alla disciplina procedimentale che regola l'emissione dei mandati di pagamento, trova conferma decisiva nel principio costituzionale di pienezza ed effettività della tutela di cui al'art. 24 della Carta Fondamentale oltre che nei principi, in tema di equità del processo ed effettività della tutela, di cui agli artt. 6 e 13 della Convenzione CEDU. La corretta attuazione di detti principi suggerisce, infatti, l'approdo ad una soluzione esegetica che consenta la piena attuazione del precetto giudiziario con il ricorso ad ogni determinazione idonea al concreto conseguimento dello scopo, anche in deroga ai canoni ordinari dell'azione amministrativa. (CdS, V, 1.3.2012, n. 1194)

«::::::::: GA :::::::::»

L'AMMINISTRAZIONE, SULLA BASE DI UNA NUOVA VALUTAZIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO ORIGINARIO, PUÒ REVOCARE IL PROVVEDIMENTO CHE AUTORIZZA UN DETERMINATO USO DEL SUOLO PUBBLICO

Ad avviso del Consiglio di Stato non sarebbe comprensibile – e apparirebbe anzi contrario alla esigenza di cura dell'interesse pubblico – ritenere che l'Amministrazione, una volta concesso o autorizzato un determinato uso

del suolo pubblico, rimanga rigidamente vincolata al proprio provvedimento senza poter poi procedere ad una nuova valutazione degli interessi in gioco, tale da convincerla a modificare o revocare il provvedimento già adottato (salva la possibilità di una eventuale compensazione per il destinatario degli atti). Sotto tale profilo l'art. 21 quinquies della l. 7.8.1990, n. 241 – di per sé non applicabile alla vicenda in esame in quanto introdotto nel 2005 – nella misura in cui consente la revoca anche a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, non innova la disciplina precedente, ma si limita a esplicitare una regola che doveva supporsi già esistente sulla scorta di una interpretazione razionale della normativa in vigore. E' ovvio, peraltro, che la legittimità della revoca in ragione di un diverso apprezzamento dell'interesse pubblico preesistente è condizionata alla congruenza della motivazione addotta dall'amministrazione a base del nuovo provvedimento (CdS, IV, 28.2.2012, n. 1137).

«::::::::: GA :::::::::»

AMBITO, MODALITÀ E LIMITI ALLA REVOCA DEGLI ASSESSORI DEGLI ENTI TERRITORIALI

La questione di diritto sottesa al gravame in trattazione consiste nello stabilire la natura, l'ambito ed i confini del potere di revoca degli assessori da parte dei vertici delle amministrazioni territoriali, le garanzie esigibili dai revocandi, ed i limiti del sindacato esercitabile su tali atti da parte del giudice amministrativo. Su tutti questi punti il Consiglio di Stato nella sentenza in esame non si e' discostata dal consolidato compendio dei principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. ex plurimis CdS, Sez. V, 25.8.2011, n. 4905; sez. V, 27.7.2011, n. 4502; sez. V, 27.4.2010, n. 2357; sez. V, 12.10.2009, n. 6253; V, 27.8.2009, n. 4378/ord.; sez. V, 15.7.2009, n. 3646/ord.; sez. V, n. 21.1.2009, n. 280), secondo cui: a) gli atti di nomina e revoca degli assessori degli enti territoriali non hanno natura politica in quanto non sono liberi nella scelta dei fini essendo sostanzialmente rivolti al miglioramento della compagine di ausilio al vertice dell'ente e sottoposti alle eventuali specifiche prescrizioni dettate dalle fonti primarie e secondarie (in particolare gli statuti degli enti medesimi); b) la valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca di un assessore è rimessa in via esclusiva al titolare politico dell'amministrazione, cui competono in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi per l'amministrazione dell'ente nell'interesse della comunità locale; c) il merito delle opzioni politiche sottese alla scelta operata dal vertice istituzionale sono rimesse unicamente alla valutazione dell'organo consiliare di controllo; d) attesa la natura ampiamente discrezionale del provvedimento di revoca dell'incarico di assessore, la relativa motivazione può basarsi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico - amministrativa rimesse in via esclusiva al vertice dell'ente, in quanto aventi ad oggetto un incarico fiduciario; pertanto la motivazione dell'atto di revoca può anche rimandare esclusivamente a valutazioni di opportunità politica; e) il sindaco ha l'onere formale di comunicare al consiglio comunale la decisione di revocare un assessore ex art. 46 cit., visto che è soltanto quest'ultimo organo che potrebbe opporsi (tramite una mozione di sfiducia) all'atto di revoca; f) il procedimento di revoca dell'incarico assessorile deve essere semplificato al massimo per consentire una immediata soluzione della crisi politica nell'ambito del governo dell'ente territoriale, pertanto l'inizio di tale procedimento non deve essere comunicato all'interessato, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, restando del tutto indifferente acquisire la sua opinione; h) nella materia in questione il giudice amministrativo è sfornito del sindacato di merito tassativamente previsto dalla legge per altre ipotesi (cfr. art. 134 cod. proc. amm.) ed il suo controllo sull'esercizio della funzione pubblica è condizionato dal connotato latamente politico della scelta che, pertanto, è insindacabile in sede di legittimità se non per profili puramente formali concernenti: I) la violazione di specifiche disposizione normative dettate per la nomina e la revoca degli assessori; II) la manifesta abnormità e discriminatorietà del provvedimento oggetto di impugnativa. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenu-

to che il riferimento del sindaco alle mutate esigenze programmatiche, ovvero a fattori squisitamente politici, integra adeguata motivazione della revoca e che il ricorrente non ha provato, pur essendone onerato ai sensi dell'art. 2697, co. 1, c.c. (ora art. 64 co. 1, cod. proc. amm.), il carattere discriminatorio della revoca. (CdS, V, 16.2.2012, n. 803)

«::::::::: GA :::::::::»

IL DECORSO DEL TEMPO NON FA VENIR MENO IL POTERE DI INTERVENTO DELLA PA. CON ATTI CHE INCIDONO SULLE POSIZIONI DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO DEL PRIVATO PURCHÉ VENGA ASSOLTO L'OBBLIGO DI SPECIFICA MOTIVAZIONE

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha rilevato come i poteri dell'amministrazione volti alla cura di interessi di rilievo pubblico non vengono meno col decorso del tempo. La giurisprudenza ha affermato l'obbligo di corredare di specifica motivazione l'atto che incide a notevole distanza di tempo su una situazione di legittimo affidamento del privato (CdS, VI, 15.2.2012, n. 755).

«::::::::: GA :::::::::»

IL SINDACO E IL PRESIDENTE DELLA PROVINCIA HANNO LA RAPPRESENTANZA IN GIUDIZIO DELL'ENTE LOCALE SENZA NECESSITÀ DI PREVENTIVA AUTORIZZAZIONE SALVO DIVERSA PREVISIONE STATUTARIA

Negli enti locali, nella vigenza della legge n. 142/1990, il potere di autorizzazione a stare in giudizio era di competenza della Giunta Comunale e il potere di conferire la procura del Sindaco (Cass. civ., sez. I, 21.12.2002 n. 18224 e 10.9.2003 n. 13218). Dopo l'entrata in vigore del Testo Unico Enti Locali (d. lgs. n. 267/2000), la giurisprudenza ha affermato che la rappresentanza in giudizio dell'ente locale spetta al Sindaco o al Presidente della Provincia, senza necessità di preventiva autorizzazione a stare in giudizio, e ciò salvo diversa previsione dello Statuto, il quale può sia prevedere la necessità della persistenza dell'autorizzazione, attribuendone il relativo potere, sia affidare la rappresentanza dell'ente ad un dirigente, o anche al dirigente dell'ufficio legale, con riferimento all'intero contenzioso (Cass. Sez. Un., 27.6.2005 n. 13710; CdS, V, 7.9.2007 n. 4721; Cass. civ., sez. I, 13.1.2010 n. 387; sez. III, 5.8.2010 n. 18158). (CdS, IV, 10.2.2012, n. 701).

«::::::::: GA :::::::::»

DIRITTO DI ACCESSO: IL PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE SOVRASTANTE L'UNITA' AUTORIZZATA DAL COMUNE AL CAMBIO DI DESTINAZIONE D'USO HA DIRITTO DI RICHIEDERE ALL'AMMINISTRAZIONE IL CERTIFICATO DI AGIBILITÀ DI TALE UNITA' PER LA QUALE E' STATA ASSENTITA LA TRASFORMAZIONE E OVE INESISTENTE L'AMMINISTRAZIONE COMUNALE E' TENUTA AD ATTESTARE LA CIRCOSTANZA RELATIVA AL MANCATO RILASCIO

Ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 22 e ss della l. n. 241 del 1990 la richiesta di esercizio dell'accesso può avere ad oggetto i documenti amministrativi formati e detenuti da un soggetto della pubblica amministrazione e presuppone nel richiedente un situazione giuridicamente rilevante ad ottenere l'ostensione di detti documenti. Secondo un più che consolidato indirizzo giurisprudenziale, la situazione sottesa alla domanda di accesso si configura come un vero e proprio diritto soggettivo meritevole di tutela le quante volte la conoscenza degli atti oggetto della formulata richiesta, fatta eccezione per gli atti normativamente sottratti all'accesso, è strumentale all'esercizio di difesa dei propri interessi in sede giurisdizionale e/o in altra sede e comunque si rivela rilevante ai fini del conseguimento da parte dell'interessato di un bene della vita (ex plurimis, CdS, VI 27.10.2006 n.6440). Sotto l'aspetto testè illustrato il Consiglio d Stato ha ritenuto la richiesta di accesso del ricorrente ammissibile, insorgendo la legittimazione del medesimo dall'essere proprietario dell'unità immobiliare sovra-

stante quella in cui è stato autorizzato il cambio di destinazione d'uso da garage ad ufficio, lì dove dai titoli di assentimento potrebbe derivare una lesione alle posizioni giuridiche soggettive vantate dall'originario ricorrente. Quanto poi alla questione qui specificatamente sollevata, quella relativa ad una pretesa inesistenza del certificato di agibilità, la richiesta di accesso in via amministrativa del ricorrente e la successiva actio ad exibendum da lui attivata si appalesano ammissibili oltreché fondate nel merito. Invero, relativamente all'oggetto della domanda di accesso, occorre far presente che lo scopo della richiesta presuppone in colui che la produce un situazione di ignoranza nel senso che è normale che il richiedente non sa se detto documento esista o meno. D'altra parte una richiesta fatta in condizioni di ignoranza non può qualificarsi come impossibile dal momento che essa è ancorata comunque a dati normativi certi ed inequivocabili che a monte contemplano la presenza di un siffatto documento abilitativo. In particolare, avuto riguardo alla fattispecie all'esame, l'istanza del ricorrente muove dal presupposto che il documento richiesto è espressamente previsto dalle vigenti disposizioni legislative recate dal Testo Unico sull'edilizia di cui al d.P.R. n.380 del 6.6.2001 (ma anche dalla normativa previgente al t.u.) che assoggetta a tale certificazione ogni organismo edilizio destinato ad un utilizzo che comporta la permanenza dell'uomo nelle strutture edilizie autorizzate, al fine di attestare la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità e risparmio energetico (art. 24 , 1 co. del citato d.P.R.). Trattasi, allora, di una certificazione assolutamente necessaria ai fini dell'uso legittimo e conforme dei locali per i quali viene assentito la realizzazione e la trasformazione e della stessa è lecito e doveroso presumerne la esistenza. Se così è non può parte appellante al fine di inficiare la fondatezza e prima ancora l'ammissibilità della richiesta avanzata dalla parte controinteressata invocare la inesistenza di tale documento, giacché una tale evenienza (peraltro del tutto eventuale) è irrilevante, nel senso che la legittimità dell'esercizio del diritto di accesso va collegata ad un momento precedente alle vicende amministrative con cui soggetto pubblico ha definito o non definito il rapporto giuridico relativo all'agibilità dell'immobile per il quale sono stati rilasciati pure gli altri i titoli ad aedificandum (anche ai soli fini di cambio di destinazione d'uso) e fermo restando che una tale situazione può benissimo non essere conosciuta dall'interessato richiedente l'accesso. Ovviamente, nell'ipotesi che effettivamente il certificato de quo non sia stato rilasciato, l'amministrazione comunale avrà cura di attestare in favore dell'appellato la circostanza relativa al mancato rilascio. (CdS, IV, 9.2.2012, n. 690)

«::::::::: GA :::::::::»

IL PARERE DI REGOLARITÀ TECNICA NON COSTITUISCE UN REQUISITO DI LEGITTIMITÀ DELLA DELIBERA CUI ACCEDE

Il parere di regolarita' tecnica non costituisce un requisito di legittimità della delibera cui accede e pertanto non può inficiarla, avendo esso solo lo scopo di individuare il soggetto che formalmente assume la responsabilità sul riscontro della regolarità tecnica dell'atto: in altri termini il contenuto della delibera o del provvedimento, cui accede il parere, non è costituito anche da quest'ultimo, atteso che diversamente opinando la funzione latamente consultiva di tali atti e dei relativi autori (funzionari) finirebbe per sfociare inammissibilmente con l'attività di amministrazione attiva, confondendosi con quest'ultima. (CdS, V, 7.2.2012, n. 650)

«::::::::: GA :::::::::»

PER LA CORREZIONE DEL VERBALE DELLE OPERAZIONI ELETTORALI NON SERVE LA QUERELA DI FALSO OVE TRATTASI DI MERO ERRORE MATERIALE

Al fine di disattendere le risultanze di un atto pubblico non è necessaria la proposizione della querela di falso qualora, dal contesto del documento, risulti in modo palese ed inequivoco la ricorrenza di elementi tali da lasciar ragionevolmente presumere la mancanza di un preordinato intento di immutazione

del vero, potendo la divergenza dei dati ricondursi ad un mero errore materiale (sul punto, cfr. Cass. Civ. , I, n. 913/1995, recte, 9313 del 1995) (CdS, V, 2.2.2012, n. 583).

«::::::::: GA :::::::::»

NON E' APPLICABILE LO *SPOIL SYSTEM* ALLA REVOCA DI COMPONENTI DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE DI UN ENTE CHE NON SI CONFIGURANO COME RAPPRESENTANTI DELL'ENTE LOCALE

Ad avviso del Consiglio di Stato alla fattispecie in esame afferente la revoca del ricorrente dalla carica di Consigliere di amministrazione di una Fondazione composta da vari enti locali e dalla Provincia che a suo tempo aveva provveduto alla relativa nomina non risulta applicabile l'art. 50, co 8, del T.U. degli enti locali, in forza del quale sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il presidente della provincia provvede alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti della provincia presso enti, aziende ed istituzioni. In particolare a seguito di elezioni, con conseguente avvicendamento della maggioranza politica, il Presidente della Provincia, sul presupposto del carattere fiduciario di tale nomina disponeva con decreto la revoca dell'incarico. L'interessato proponeva, quindi, ricorso avverso tale provvedimento che veniva respinto dal Tar sul presupposto della competenza della Provincia a provvedere sulla base del rapporto fiduciario di cui all'art. 50 del T.U.E.L.. Il Consiglio di Stato investito della vicenda, ha accolto l'appello ritenendo inapplicabile il c.d. spoil system alla revoca di amministratori di un ente che in base allo statuto dell'ente stesso non siano espressamente individuati come rappresentanti dell'Amministrazione, né da esso risulti un rapporto di esponenzialità politica con l'amministrazione in carica.(CdS, V,2.2.2012, n. 566)

«::::::::: GA :::::::::»

LA NULLITÀ ASSOLUTA DI UN PROVVEDIMENTO E' MATERIA DEL GIUDICE ORDINARIO QUALORA LA PA. NON RISULTI TITOLARE DEL POTERE DI EMANAZIONE

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame afferma che L'orientamento richiamato dal Giudice di primo grado per declinare la giurisdizione pare far riferimento alla nota distinzione tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto, in base alla quale il diritto soggettivo (e quindi la giurisdizione ordinaria) si configura non solo quando il potere che l'Amministrazione pretende di esercitare è totalmente assente perché manca la relativa norma attributiva (carenza in astratto), ma anche quando l'amministrazione esercita un potere di cui è titolare, in mancanza, però, di quelli che si configurano come presupposti di esistenza del potere stesso (carenza in concreto). Da qui l'ulteriore distinzione, alquanto problematica, tra presupposti di esistenza del potere (la cui mancanza dà luogo a carenza di potere in concreto, con giurisdizione del giudice ordinario) e requisiti di legittimità (la cui mancanza dà luogo a cattivo uso del potere e giurisdizione amministrativa). Tale indirizzo interpretativo, tuttavia - sebbene in passato recepito anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - è ormai superato alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato l'ordinamento amministrativo, e in particolare circa il tema del riparto di giurisdizione, nel corso degli ultimi anni. A favore del superamento di tale indirizzo viene, in primo luogo, in rilievo l'art. 21-septies, l. 7.8.1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 l. 11.2.2005, n. 15, che ha codificato la categoria della nullità del provvedimento amministrativo. E' evidente il rapporto tra nullità del provvedimento e riparto della giurisdizione: secondo la tradizionale teoria della degradazione, evocata circa il riparto della giurisdizione, il provvedimento nullo non produce l'effetto degradatorio e lascia sopravvivere intatto il diritto soggettivo, con conseguente attribuzione della controversia alla giurisdizione ordinaria. L'art. 21 septies l. n. 241 del 1990, nell'individuare come causa di nullità il difetto assoluto di attribuzione, evoca la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà

nessuna norma le attribuisce. Nel caso però in cui l'Amministrazione è resa dalla legge effettiva titolare del potere, ma questo viene esercitato in assenza dei suoi concreti presupposti, non si è in presenza di un difetto assoluto di attribuzione. In tal caso, dove è l'esercizio del potere ad essere viziato, ma non si pone questione di sua esistenza, il provvedimento sarà annullabile, non già nullo, quindi in grado di degradare la posizione del privato, dal che consegue la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Del resto, equiparare, ai fini del riparto della giurisdizione, la carenza di potere in astratto e la carenza di potere in concreto, genera notevoli incertezze proprio per la difficoltà - a fronte di un potere male esercitato - di stabilire se quel vizio integri una carenza in concreto o una normale ipotesi di cattivo uso di un esistente potere. Inoltre, collegare il riparto della giurisdizione allo spessore del vizio che affligge il provvedimento conduce, da un lato, a legare la questione di giurisdizione all'esito di una valutazione di merito (la quale per sua natura deve seguire, non precedere, la verifica della giurisdizione) e, dall'altro, per dar luogo a rilevanti complicazioni e contraddizioni quando il ricorrente intende al tempo stesso lamentare la mancanza sia dei presupposti di esercizio del potere (e quindi la cosiddetta carenza in concreto), sia dei requisiti di legittimità (e quindi il cattivo esercizio del potere). È per siffatte considerazioni che oramai la giurisprudenza (cfr. Cass., SS.UU., 6.2.2008, n. 2765) ritiene sussistere la giurisdizione amministrativa se il provvedimento è comunque espressione di un potere di cui l'Amministrazione è per legge titolare (e manifesta quindi un'attribuzione sua propria), senza che la gravità del concreto vizio del provvedimento possa ritornare a incidere sull'individuazione della giurisdizione competente. Sulla base delle soprariportate argomentazioni il Collegio ha ritenuto che nel caso di specie la controversia appartiene alla giurisdizione amministrativa, atteso che il Comune ha esercitato un potere (quello di prelazione) di cui per legge è certamente titolare. Non è qui invero in discussione l'esistenza del potere; la contestazione ricade semplicemente sulla correttezza dell'esercizio di questo potere, di cui appunto i ricorrenti lamentano l'illegittimità per mancanza di un presupposto (l'esistenza del vincolo) e per violazione dei termini. Si tratta allora di una controversia in cui vengono in rilievo interessi legittimi, come quello dei ricorrenti a conservare il bene opponendosi all'esercizio del potere ablatorio dell'Amministrazione, qui manifestato dall'impugnato provvedimento di prelazione. L'effettiva verifica circa la legittimità di questo provvedimento (circa, quindi, l'esistenza dei presupposti di esercizio del potere o dei requisiti di legittimità) spetta al giudice amministrativo. (CdS,VI,27.1.2012, n. 372)

«:::::::: GA ::::::::»

I VICINI NON SONO SOGGETTI DESTINATARI DELLA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO CON CUI SI CONSENTE LA TRASFORMAZIONE DEL TERRITORIO

L'art. 7 della l. n. 241/1990 prevede l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non solo ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è diretto a produrre effetti diretti, ma anche ai diversi soggetti, individuati o facilmente individuabili, che, pur non essendo destinatari del provvedimento, possano ricevere da esso un pregiudizio. La seconda parte della disposizione del comma 1 del citato art. 7 intende invero tutelare quelle persone che, essendo estranee al rapporto che si instaura con l'avvio del procedimento tra PA. e destinatario, potrebbero essere pregiudicate dalla conclusione del procedimento senza avere avuto la possibilità di parteciparvi né di essere a conoscenza dell'attività amministrativa in corso. Non sussiste, tuttavia, per consolidata giurisprudenza, alcun obbligo di dare comunicazione ai proprietari di immobili vicini dell'avvio del procedimento con cui si consente la trasformazione del territorio, in quanto gli interessi coinvolti dal provvedimento con cui si consente la trasformazione sono di tale varietà ed ampiezza da rendere difficilmente individuabili tutti i soggetti che dall'emanazione dell'atto potrebbero ricevere nocumento. In particolare deve ritenersi che i vicini non siano annoverabili tra i soggetti destinatari della comunicazione

di avvio del procedimento per la compravendita di un terreno, salvo il caso in cui detti soggetti abbiano preventivamente manifestato il loro interesse all'acquisto, in tal modo radicando una posizione differenziata, qualificata e conosciuta dall'Amministrazione, poiché l'invocata estensione ad essi della predetta comunicazione comporterebbe un aggravio procedimentale in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa. (CdS,V,26.1.2012, n. 338)

«::::::::: GA :::::::::»

IL MUTAMENTO DEL NOMINATIVO DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO NON DETERMINA ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO CONCLUSIVO

La precedente indicazione, nell'avviso dell'avvio del procedimento, di un altro soggetto quale responsabile non inficia l'atto in relazione al fatto che ai sensi dell'art. 5, l. 7.8.1990, n. 241, tale nomina si pone sul piano funzionale come facoltà gestionale del dirigente di ciascuna unità organizzativa che assegna a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria relativa al singolo procedimento. L'art. 8 della l. n. 241 del prescrivere che nella comunicazione debba essere specificato il nominativo del responsabile non solo non dispone nulla in ordine ai mutamenti del medesimo, ma soprattutto non pone alcuna preclusione a tale proposito e quindi il mutamento del nominativo del responsabile del procedimento e dell'unità organizzativa competente né ha di per sé alcun rilievo sintomatico, e neppure incide sulla legittimità del provvedimento; e comunque non determina alcuna illegittimità del provvedimento conclusivo. In definitiva sul punto, la persona del responsabile del procedimento di norma (e fatti salvi particolari ipotesi) è irrilevante ai fini della legittimità del provvedimento in quanto come esattamente rilevato dal TAR i cittadini non hanno un peculiare interesse, giuridicamente tutelato, a trattare con uno piuttosto che un altro funzionario. (CdS, IV, 26.1.2012, n. 351)

«::::::::: GA :::::::::»

LEGITTIMO IL DINIEGO DI ACCESSO AI DOCUMENTI DELLA PA. CHE NON HANNO RILEVANZA ESTERNA

Per il Consiglio di Stato non può sussistere alcun valido e qualificato interesse all'ostensione di atti e documenti che non hanno avuto alcuna rilevanza esterna, restando meri interna corporis dell'amministrazione privi di ogni seguito. (CdS, IV,10.1.2012, n. 25)

«::::::::: GA :::::::::»

LA PA. SOCCOMBENTE NELLA RISTESURA DEL PROVVEDIMENTO E' TENUTA AD EPURARLO DAI VIZI ACCERTATI DAL GIUDICE POTENDO COMUNQUE DETERMINARSI NEL MEDESIMO VERSO DELL'ATTO IMPUGNATO

In base ai principi generali riguardanti gli effetti delle sentenze del giudice amministrativo, v'è l'obbligo dell'amministrazione soccombente, nascente dal giudicato di annullamento di un provvedimento di carattere discrezionale di adottare gli atti consequenziali, colmando i vuoti prodotti dagli effetti demolitivi del giudicato ed adeguandosi ai vincoli derivanti dai suoi effetti conformativi; tuttavia ciò non esclude che, nell'esercizio della propria residua facoltà appunto discrezionale, essa possa esercitare nuovamente il suo potere, determinandosi nello stesso senso mediante provvedimento emendato ai vizi che hanno causato l'annullamento. 6, Come si è visto, nel caso in esame la pronuncia della cui esecuzione si tratta si è limitata a riscontrare il vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione, rilevando l'apoditticità del diniego per la mancata esplicitazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che lasciassero dedurre l'iter logico seguito. Il nuovo provvedimento, invece, indica compiutamente i motivi per cui non è stato ritenuto opportuno ripristinare la licenza di porto d'armi, ed espone puntualmente i detti presupposti di fatto, emersi dai nuovi atti acquisiti al procedimento, e la loro avvenuta valutazione alla stregua della norma di legge re-

golante la fattispecie (art. 39 del r.d. 18.6.1931 n. 773), sfociata in un giudizio prognostico di non affidabilità. (CdS.,III, 4.1.2012, n. 7).

«::::::::: GA :::::::::»

IL DANNO DA RITARDO DELLA PA: PRESUPPOSTI PER OTTENERE IL RISARCIMENTO

Alla luce del dettato normativo di cui alla l. 69/2009, che ha modificato la disciplina di cui all'art. 2 bis della l. 241/1990 Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La giurisprudenza prevalente riconosce oramai al ritardo amministrativo una autonoma risarcibilità, a prescindere dalla fondatezza della pretesa sottostante all'istanza formulata all'amministrazione (fatta eccezione per quelle palesemente infondate o meramente pretestuose). Il tempo è considerato un bene della vita per il cittadino e da esso deriva il suo diritto ad ottenere una risposta alla sua istanza in tempi certi e definiti. La giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. In questa prospettiva, ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. rischio amministrativo e, quindi, spetta il risarcimento del danno da ritardo a condizione, ovviamente, che tale danno sussista e venga provato e sia escluso che vi sia stato il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227 c.c. (Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., n. 684 del 24.10.2011). La circostanza per cui l'ordinamento dà rilevanza diretta al tempo, a prescindere dalla fondatezza dell'istanza del privato, non significa che l'inutile decorso del tempo viene risarcito sempre e comunque, appunto per il suo solo trascorrere. L'art. 2 –bis della l. 241/1990, con l'utilizzo di locuzioni quali danno ingiusto e inosservanza dolosa o colposa del termine, che richiamano l'art. 2043 c.c., richiede, infatti, che il danno da ritardo risarcibile vada comunque ricondotto agli elementi costitutivi di cui alla disciplina dell'illecito civile. Il ritardo risarcibile, quindi, deve innanzitutto produrre un danno considerato ingiusto, e cioè, come pure è stato affermato in dottrina, sostanziare la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione. Il danno non iure, deve, poi, conseguire all'inosservanza dolosa o colposa dei termini a provvedere. Per aversi risarcibilità del ritardo amministra-tivo, quindi, è necessario, secondo quanto disposto dal Legislatore che si verifichino i due aspetti del danno ingiusto e cioè il danno evento e il danno conseguenza: la lesione illegittima della sfera giuridica e le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione possono derivare. La lesione dell'interesse legittimo teso ad ottenere che il procedimento si concluda nel termine di legge o ad ottenere un provvedimento espresso è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. perché occorre che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della pubblica amministrazione l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo (cfr Corte di Cassazione, SS.UU., n. 500/1999). E' stato più di recente anche affermato che l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi iuris tantum in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento ammi-nistrativo, ma il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, ossia oltre al danno , l'elemento soggettivo del dolo o della colpa e il nesso di causalità tra danno ed evento. Pertanto, l'accertamento della responsabilità della PA. per il tardivo esercizio della funzione amministrativa non può ricollegarsi, quale effetto automatico, alla mera constatazione della violazione dei termini del procedimento,

Si richiede un quid pluris, ossia che l'inosservanza dei termini procedimentali sia imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima e che il danno sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione (cfr. TAR Campania – Na, VIII, n. 4942 del 26.10.2011). Il risarcimento del danno da ritardo, dunque, presuppone, al pari di ogni pregiudizio di cui si rivendichi il ristoro in sede aquiliana, che la lesione del bene della vita tempo, integrante danno-evento, sia seguita dalla produzione di conseguenze pregiudizievoli nella sfera patrimoniale e non, ossia il c.d. danno conseguenza, di cui compete al soggetto che agisce in giudizio fornire adeguata dimostrazione sul duplice versante dell' an e del quantum. Il danno risarcibile, in una prospettiva ermeneutica fedele alle coordinate della Cassazione che escludono la funzione sanzionatoria del sistema della responsabilità aquiliana e che richiedono la dimostrazione di un pregiudizio conseguito, ex art. 1223 c.c., alla lesione dell'interesse giuridicamente tutelato, non è il tempo perso in sé ma la conseguenza dannosa che la lesione del bene tempo abbia sortito nella sfera del danneggiato. Nel rapporto procedimentale con la PA. i beni della vita da tutelare sono quindi due: da una parte l'interesse ad ottenere una delibazione tempestiva della propria istanza e dall'altra quello che si intende conseguire con il favorevole provvedimento richiesto. In caso di inerzia tenuta dall'amministrazione rispetto all'istanza del cittadino, questi può adire il giudice amministrativo sia per chiedere che venga condannata l'amministrazione a pronunciarsi ricorrendo al rito sul silenzio sia per chiedere direttamente il risarcimento del danno che assume gli sia derivato dall'inerzia stessa(TAR Calabria, Ct, I,14.5.2012, n. 450).

«::::::::: GA :::::::::»

ANCHE LE PIÙ FONDATE RAGIONI DI NATURA POLITICA NON CONSENTONO DI REVOCARE IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO COMUNALE

Da tempo la giurisprudenza (cfr. TAR Sicilia, Pa, n. 1062 del 4.8.2008), nel ricostruire il quadro dei rapporti istituzionali ed ordinamentali tra gli Organi comunali ha avuto modo di precisare che il ruolo del presidente del Consiglio comunale è strumentale non già all'attuazione di un indirizzo politico di maggioranza, bensì al corretto funzionamento dell'organo stesso e, come tale, non solo è neutrale, ma non può restare soggetto al mutevole atteggiamento fiduciario della maggioranza, di guisa che la revoca di detta carica non può essere attivata per motivazioni politiche, ma solo istituzionali, quali la ripetuta e ingiustificata omissione della convocazione del Consiglio o le ripetute violazioni dello statuto o dei regolamenti comunali (v. anche, CdS, Sez. V, 18.1.006 n. 114). Principi che, nel caso attenzionato, imponevano al Consiglio di valutare, in concreto, se vi fosse o meno carenza di neutralità della funzione e della scorrettezza dei comportamenti presidenziali assunti dall'odierno ricorrente tali da implicare la compromissione del buon andamento dei lavori consiliari. (TAR Campania, Na, I, 3.5.2012, n. 2013).

«::::::::: GA :::::::::»

E' LEGITTIMA LA MOTIVAZIONE *PER RELATIONEM* DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI PRECEDUTI DA ATTI ISTRUTTORI O DA PARERI

E' noto, infatti, che il provvedimento amministrativo preceduto da atti istruttori o da pareri può ritenersi adeguatamente motivato per relationem anche con il mero richiamo ad essi, giacché tale richiamo sottintende l'intenzione dell'autorità emanante di farli propri, assumendoli a causa giustificativa della determinazione adottata. Ciò, ovviamente, a condizione che dal complesso degli atti del procedimento siano evincibili le ragioni giuridiche che supportano la decisione onde consentire al destinatario di contrastarle con gli strumenti offerti dall'ordinamento e al giudice amministrativo, ove investito della relativa controversia, di sindacarne la fondatezza (cfr., explurimis, CdS, VI, 24.2.2011 , n. 1156). (TAR Lazio, II,26.3.2012, n. 2867)

«::::::::: GA :::::::::»

INSTALLAZIONE DI CARTELLONI STRADALI PUBBLICITARI: L'ENTE LOCALE NON PUÒ RIGETTARE LA DOMANDA DI AUTORIZZAZIONE AD INSTALLARE CARTELLONI PUBBLICITARI STRADALI IN BASE AL REGOLAMENTO COMUNALE DEI MEZZI PUBBLICITARI INTERPRETATO ED APPLICATO NEL SENSO DI UN GENERALIZZATO DIVIETO DI COLLOCAZIONE PER I DETTI CARTELLI ALL'INTERNO DEI CENTRI ABITATI

Secondo la giurisprudenza (TAR Veneto Venezia, Sez. III, 9.2.2006, n. 339), è illegittimo il rigetto della domanda di autorizzazione ad installare cartelloni pubblicitari stradali che sia basato sul regolamento comunale dei mezzi pubblicitari interpretato ed applicato dall'amministrazione nel senso di un generalizzato divieto di collocazione per i detti cartelli all'interno dei centri abitati, posto che tale divieto è privo di un individuabile fondamento normativo e, comunque, di sufficiente giustificazione. Sul presupposto che l'ampiezza di un siffatto divieto, esteso ad ogni suolo pubblico dell'intero territorio comunale, e della natura regolamentare della disposizione recante tale divieto, come tale non giustificata da contingenti esigenze (connesse, ad esempio, all'imminente adozione del piano generale degli impianti di cui all'art. 3, co. 3, del d. lgs. n. 507/1993), per il giudice amministrativo risulta evidente che l'impugnata delibera si pone in radicale ed insanabile contrasto con la libertà d'iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost., e con discipline di settore come quella posta dal codice della strada (invocata nel primo motivo di ricorso) che - nel prevedere la possibilità ed i limiti entro i quali è consentito installare cartelli ed altri mezzi pubblicitari lungo le strade o in vista di esse - mira piuttosto a contemperare l'esigenza di garantire la libertà d'iniziativa economica privata con quella di garantire la sicurezza della circolazione sulle strade. (TAR Lazio, II, 26.3.2012, n. 2868)

«::::::::: GA :::::::::»

GLI ATTI DI ALTA AMMINISTRAZIONE A DIFFERENZA DEGLI ATTI POLITICI SONO SOGGETTI ALL'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

A differenza degli atti politici (i quali, pur se formalmente e sostanzialmente amministrativi, sono sottratti al sindacato giurisdizionale in quanto espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese), gli atti di alta amministrazione sono soggetti all'obbligo di motivazione previsto in generale dalla l. n. 241 del 1990. La natura di atto di alta amministrazione, a forte valenza fiduciaria, non comporta l'esclusione dell'obbligo di motivazione, essendo chiuso nel sistema, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990, ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi c.d. a motivo libero. Dunque anche gli atti de quibus, nonostante l'ampia discrezionalità che li caratterizza, non sono esclusi dal sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere discrezionale: sindacato che è solo limitato al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità della motivazione nonché all'esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni (TAR Lazio,I ter, 21.3.2012, n. 2697).

«::::::::: GA :::::::::»

IN MATERIA DI SILENZIO RIFIUTO DELLA PA. L'ADOZIONE DI UN QUALSIVOGLIA PROVVEDIMENTO IN RISPOSTA ALL'INTERESSATO FA VENIR MENO I PRESUPPOSTI PER LA CONDANNA DELL'AMMINISTRAZIONE A PROVVEDERE

Il Collegio nella sentenza in esame ha richiamato il consolidato indirizzo giurisprudenziale a tenore del quale in materia di silenzio rifiuto della PA., l'adozione di un qualsivoglia provvedimento (anche non satisfattivo dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato), in risposta all'interessato, fa venir meno i presupposti per la condanna dell'Am-

ministrazione a provvedere (cfr. CdS n.910/2009, 5311/2007, 1193/2006, 7969 /2003). E', quindi improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso contro il silenzio-rifiuto nel caso in cui sopraggiunga un provvedimento discrezionale di reiezione dell'istanza e ciò in quanto il decorso del termine stabilito dalla legge per la formazione del silenzio-rifiuto non comporta la perdita della potestà di decidere dell'amministrazione. Dunque, un eventuale ricorso contro l'inerzia dell'amministrazione deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, nel caso in cui il provvedimento esplicito venga adottato successivamente, in quanto il privato ha ottenuto il risultato al quale mira il giudizio, ossia l'intervento di un provvedimento (giurisprudenza pacifica) (TAR Lazio, I ter, 21.3.2012, n. 2694).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO IMPONE LA PRECISA INDIVIDUAZIONE DELLE RAGIONI DI PUBBLICO INTERESSE CHE GIUSTIFICANO L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI SECONDO GRADO

L'annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo impone la precisa individuazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificano l'adozione del provvedimento di secondo grado.

Per quanto attiene precipuamente alle gare pubbliche, la potestà di annullamento in autotutela degli atti è espressamente ricondotta al principio costituzionale di buon andamento che impegna l'amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, ma con l'obbligo di fornire una adeguata motivazione in ordine ai motivi che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 4.1.2011, n. 11; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18.3.2011, n. 1500). Sussiste, pertanto, la inequivoca necessità di ragioni di interesse pubblico sottese all'adozione del provvedimento di autoannullamento – le quali non possono comunque prescindere dalla considerazione del tempo eventualmente trascorso e delle posizioni giuridiche consolidatesi per effetto del provvedimento da annullare - con l'ulteriore precisazione che tali ragioni devono trovare espresso riscontro nel provvedimento di secondo grado attraverso una motivazione tanto più approfondita e stringente quanto più gli interessi privati sacrificati risultino consolidati per il decorso del tempo: l'esercizio del potere di autotutela è sì espressione di rilevante discrezionalità ma comunque non esime l'amministrazione dal dare conto della sussistenza, tra l'altro, dell'interesse pubblico - presupposto di detto potere, al pari dell'illegittimità originaria del provvedimento - in termini esaustivi e chiaramente comprensibili (cfr., tra le altre, CdS, IV, 27.11.2010, n. 8291; TAR Lazio, III, 25.10.2010, n. 32960; TAR Puglia, Ba, I, 14.9.2010, n. 3456).

E' pur vero che esistono casi in cui l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è in re ipsa, ma detti casi presuppongono provvedimenti atti ad esplicare effetti giuridici protratti nel tempo e, dunque, perseguono il precipuo scopo di evitare il protrarsi nel tempo di ulteriori effetti contra legem o, anche, richiedono la soddisfazione di un interesse pubblico non ponderabile perché conseguente ad una pronuncia giudiziale già emessa (cfr., ex multis, CdS, V, 17.9.2010, n. 6980; TAR Calabria, Ct, I, 15.1.2010, n. 2692; TAR Campania, Na, II, 7.10.2010, n. 18004). In sintesi, appare evidente che: 1) l'esercizio del potere di annullare un provvedimento in autotutela necessita della presenza di un interesse pubblico che non si identica con il mero ripristino della legalità violata, bensì richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, con obbligo di tener conto delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento tenuto dall'amministrazione (cfr. CdS, Sez. IV, 16.4.2010, n. 2178); 2) l'annullamento d'ufficio presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, idonea ad ester-

nare anche le valutazioni effettuate in relazione alle posizioni dei destinatari dell'atto (cfr. CdS, IV, 16.4.2010, n. 2178; CdS, Sez. IV, 21.12.2009, n. 8529). (TAR Lazio, I ter, 20.3.2012, n. 2683).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ESERCIZIO DEL POTERE DI CONVALIDA (O RATIFICA) DEL VIZIO DI INCOMPETENZA DA PARTE DELL'ORGANO COMPETENTE SANA IL VIZIO MEDESIMO CON EFFETTO RETROATTIVO

La ratifica è un istituto predisposto esclusivamente nell'interesse dell'organo ordinariamente competente e ha lo scopo di consentirgli di valutare l'operato dell'organo che ha agito in via di urgenza, appropriandosi o meno degli effetti prodotti dall'atto d'urgenza; peraltro, il provvedimento di ratifica si sostituisce all'atto viziato da incompetenza con effetto ex tunc, e, come per altrettanto acquisito in giurisprudenza, l'esercizio del potere di convalida (o ratifica) del vizio di incompetenza da parte dell'organo competente sana il vizio medesimo con effetto retroattivo (cfr. CdS, sez. IV, 17.5.2010 , n. 3121; CdS, sez. IV, 29.5.2009, nr. 3371; CdS, sez. VI, 7.5.2009, nr. 2840; CdS, sez. IV, 31.5.2007, nr. 2894). (TAR Lazio, Sez. III ter, 9.3.2012, n. 1298)

«::::::::: GA :::::::::»

DEVE ESSERE GARANTITO IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI LA CUI CONOSCENZA SIA NECESSARIA PER CURARE O DIFENDERE GLI INTERESSI GIURIDICI DEL RICHIEDENTE

L'art. 22 della l. n. 241 del 1990 per l'esercizio del diritto di accesso richiede l'interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Nel caso di specie, pertanto, il giudice ha ritenuto che i ricorrenti hanno un interesse concreto ad attuale alla conoscenza degli atti in quanto riguardano l'esproprio di una area di loro proprietà.

Invero, ai sensi del co. 2 dell'art. 22 l'accesso ai documenti costituisce principio generale dell'azione amministrativa e l'art. 24 della l. n. 241, che attribuisce alle amministrazioni il potere di limitare o differire il diritto di accesso, prevede che debba essere comunque garantito l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici. (TAR Lazio, Sez. III, sentenza 30.1.2012, n. 995).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

ACCESSO AI DOCUMENTI DEL CONSIGLIERE COMUNALE/PROVINCIALE

dell'Avv. Antonio Cordasco

Si può ipotizzare un danno nei confronti dell'erario nel caso di accesso ai documenti di consiglieri comunali/provinciali in ragione dei mezzi disponibili dell'amministrazione di appartenenza (personale amministrazione tecnica) e del numero delle copie richieste?

It can be assumed damage against the exchequer in the case of access to documents of local councilors/ provincial administration because of the available means of belonging (technical administration staff) and the number of copies required?

Sommario:1. Premessa. – 2. Diritto di accesso del consigliere comunale e provinciale. – 3. Accesso ai documenti dei consiglieri comunali/provinciali. Si può ipotizzare un danno erariale?

1.Premessa.

L'art. 10 del TUEL (d. lgs. 18.8.2000, n. 267), ha stabilito che tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici ad eccezione di quelli *riservati* per legge ovvero in ragione di una motivata dichiarazione del Sindaco che ne vieti l'esibizione perché potrebbe pregiudicare il diritto alla riservatezza.

Viene pertanto così affermato il riconoscimento generale al diritto di accesso ai documenti amministrativi di un ente locale.

Peraltro, quanto sopra trova conferma nell'apparato normativo di riferimento; e precisamente artt. 22 e segg. della l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i. che conferisce ai soggetti privati (compreso i portatori di interessi pubblici o diffusi), il diritto di prendere visione e/o di estrarre copia dei documenti già nella disponibilità della Amministrazione.

2. Diritto di accesso del consigliere comunale e provinciale.

Orbene il diritto di accesso riconosciuto al consigliere comunale e provinciale, si configura come *diritto speciale* differenziandosi sostanzialmente da quello dei soggetti privati, atteso che quello riservato al consigliere comunale e provinciale, impinge sul proprio mandato, per la verifica ed il controllo del comportamento degli organi decisionali dell'Ente (CdS, IV, 21.8.2006, n. 4855).

Il diritto di accesso dei Consiglieri Comunali trova quale norma di riferimento l'art. 43 co. 2 del TUEL il quale stabilisce che i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Va ricordato peraltro che la norma sopra citata si *conforma* a quanto prescritto in materia da precedente normativa.

Si pensi ad esempio all'art. 24 l. 816/1985 secondo cui i consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonchè di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato. Inoltre l'art. 31 co. 5 l.

142/90 dispone che i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Dal contenuto normativo richiamato, risulta chiaramente quindi, che l'accesso in questione, può riguardare non solo *documenti* formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza ma, in genere, qualsiasi *notizia* ovvero "*informazione"* che risulta utile ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari (cfr. Cass. Civ., III, 3.8.1995 n. 8480).

La istanza del Consigliere, (in diverso avviso rispetto quella inoltrata dal privato), non deve essere precisamente motivata, d'altronde la giurisprudenza amministrativa ha avuto già occasione di affermare in proposito, (Cfr. CdS, V, 9.12.2004, n. 7900; 2.9.2005 n. 4471), che proprio la specificità e particolarità del diritto di accesso del consigliere comunale agli atti del Comune, consente al consigliere comunale medesimo di non essere gravato da onere di motivare le proprie richieste d'informazione.

Con la conseguenza che anche gli uffici comunali non hanno titolo a richiederle e conoscerle, anche se l'esercizio del relativo diritto era volto a conoscere atti e documenti concernenti procedimenti amministrativi ormai conclusi da tempo.

Inoltre non è possibile obiettare alla richiesta di accesso, facendo riferimento alle dimensioni anche di tipo organizzativo dell'amministrazione.

Gli Enti locali, infatti, al pari di tutte le pubbliche Amministrazioni sono tenuti a dotarsi di tutti i mezzi (personale, strumentazioni tecniche e materiali vari) necessari all'assolvimento dei loro compiti.

Una siffatta obiezione potrebbe restringere infatti la possibilità di intervento da parte del Consigliere che finirebbe con l'incidere sull'espletamento del mandato dal medesimo ricevuto.

A ciò si aggiunga che il diritto del consigliere ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento del mandato non incontra neppure alcuna limitazione derivante dalla loro eventuale natura riservata, atteso che il diritto alla riservatezza viene comunque salvaguardato, in quanto il Consigliere è vincolato al segreto d'ufficio (CdS., V, 4.5.2004, n. 2716).

In definitiva, secondo la normativa in materia e la giurisprudenza amministrativa, l'unico limite all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali, riguarda il caso in cui l'accesso stesso comporti un aggravio per gli uffici comunali, ovvero la richiesta così come formulata, si appalesi evidentemente generica. Si precisa in proposito però che, la sussistenza degli individuati criteri di limitazione all'esercizio del diritto di accesso da parte del Consigliere, deve essere attentamente e approfonditamente valutata dai competenti uffici dell'amministrazione, in diverso avviso infatti, ciò potrebbe costituire limite al diritto stesso.

Peraltro l'eventuale e consistente numero delle copie richieste con accesso avanzato dai consiglieri comunali, non può costituire un impedimento all'esercizio del diritto di accesso.

Al riguardo sarebbe quantomeno infatti opportuno che l'Ente, già in fase di programmazione, predisponesse un apposito capitolo di bilancio stanziando adeguatamente i costi conseguenti al rilascio di copie, (esenti da diritti e spese), a favore dei consiglieri comunali/provinciali.

L'obbligo di rimborso del costo di riproduzione delle copie degli atti, in capo al Consigliere, potrebbe invero incidere sull'interesse della collettività, laddove sarebbe così limitata la possibilità per il Consigliere stesso, di esaminare le singole questioni, e quindi di esercitare correttamente le funzioni di controllo politico-amministrativo.

Al riguardo giova ricordare che la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, con parere reso in data 28.6.2006, ha affermato il principio che non possono essere addebitati in capo ai Consiglieri i costi per la riproduzione degli atti, in ragione della valenza politica del diritto di accesso riservato al consigliere comunale/provinciale.

L'Ente potrebbe ovviare a tale inconveniente con una norma regolamentare, che preveda modalità di accesso alternative (quale la riproduzione su c.d.-rom in formato pdf),

se l'oggetto degli atti risultasse sproporzionato rispetto ai mezzi disponibili. Con la conseguenza che anche in tale circostanza, non è consentito all'ente di rifiutare la richiesta di accesso, eccependo una situazione di oggettiva impossibilità ad adempiere perchè l'ufficio non sarebbe dotato di attrezzature confacenti alla tipologia degli atti da copiare (CdS, I, 3.3.10.4.2009, n. 2243).

3. Accesso ai documenti dei consiglieri comunali/provinciali. Si può ipotizzare un danno erariale?

Si precisa che la configurabilità di ipotesi di danno patrimoniale e quindi erariale per l'Ente locale, è stato già esaminato nel parere reso in materia dalla Corte dei conti (cfr., Sez. reg. contr. Liguria, 12.3.2004, n. 1).

In particolare la Corte dei Conti in tale circostanza, ha precisato che il Comune che, a richiesta di un consigliere, fotocopi gratuitamente gli atti dallo stesso richiesti, non è passibile di responsabilità amministrativa per danno erariale in quanto la richiesta di atti, anche in copia, è contingente allo status e quindi all'espletamento del mandato politico-amministrativo di Consigliere.

Il Comune comunque, si ribadisce in tale parere, dovrebbe regolamentare le modalità di esercizio del diritto in modo che il rilascio di copie avvenga con il minor aggravio possibile, sia organizzativo che economico, per gli uffici del Comune.

L'ipotesi di danno erariale, precisa sempre la Corte dei Conti, potrebbe configurarsi invece se si riuscisse a provare che il diritto del consigliere *sia stato esercitato e per l'effetto consentito* in dispregio con le finalità della legge in materia allorquando i documenti appresi con l'intervenuto accesso, non risultino utili all'esercizio del mandato e, dunque, non conformi alla funzione di controllo che compete al Consigliere medesimo.

E' stato osservato altresì nel mentovato parere, come *«richieste indiscriminate di copia di deliberazioni possono risultare esorbitanti rispetto alle esigenze cognitive che il doveroso esercizio della funzione di controllo sull'amministrazione impone alla vigile attenzione di ogni consigliere comunale; si pensi a quegli atti di cui sarebbe superflua, ai fini dell'espletamento del mandato rappresentativo, l'acquisizione documentale, potendo rivelarsi più che sufficiente averne sommaria visione; si pensi, ancora, agli atti deliberativi particolarmente complessi dei quali fanno parte integrante corposi allegati amministrativi e tecnici, la cui riproduzione implicherebbe costi notevoli di copiatura per l'Amministrazione (ad esempio: atti approvati di piani regolatori generali)»*.

La Corte dei Conti ha precisato al riguardo che risulterebbe utile, per un minor aggravio per gli Enti locali adottare una normazione di carattere regolamentare *«che valga a realizzare un razionale e giusto contemperamento fra le esigenze di garanzia e di controllo cui è informato il diritto di accesso spettante ratione officii a ciascun consigliere comunale e l'esigenza non meno rilevante per la finanza dell'Ente locale di un tendenziale contenimento dei costi, nel rispetto del principio di economicità dell'attività amministrativa»*. (Cfr. C. conti, Puglia, 15.2.2008 del. N. 2/PAR-2008).

Nel regolamento infatti, l'Ente locale potrebbe predisporre modalità che limitino l'esercizio del Consigliere, nel caso in cui ad esempio le richieste possano ritenersi esorbitanti e quindi essere particolarmente onerose per l'Ente.

In ogni caso si potrebbe ovviare anche a tale ipotesi di pregiudizio erariale, consentendo *il diritto del consigliere di prendere visione di tutti gli atti utili all'espletamento del mandato ... disciplinando le modalità di esercizio del diritto in modo che il rilascio di copia delle deliberazioni comunali e delle determinazioni dei responsabili di servizio avvenga con il minor aggravio possibile, sia organizzativo che economico, per gli uffici comunali»*, contemperando così le diverse esigenze rappresentate, da un lato dall'esercizio del diritto di accesso del Consigliere in conformità alla funzione che il medesimo svolge, e dall'altro volto a contenere le spese che gli uffici comunali sarebbero costretti a sopportare.

«::::::::: GA :::::::::»

POTERE D'ORDINANZA DEI SINDACI: GLI EFFETTI DELL'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ART. 54 TUEL

della Dott.ssa Ilaria Di Toro

La Corte Costituzionale, con la sentenza 7.4.2011, n. 115, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 54, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000 nella parte in cui antepone la locuzione anche alle parole contingibili e urgenti, precludendo così ai Primi cittadini di adottare ordinanze ordinarie in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana.

The Constitutional Court, with the judgment 7.4.2011, n. 115, declared unconstitutional the art. 54, co. 4, d. lgs. No. 267 of 2000 in so far prefers the term also to the words and urgent, thus precluding the Prime ordinary citizens to adopt ordinances relating to public safety and urban safety.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale. - 3 I motivi della decisione e gli effetti sul potere sindacale d'ordinanza.

1. Premessa.

Con la sentenza 7.4.2011, n. 115, il Giudice delle leggi, seppure attraverso l'eliminazione di un solo termine, ha profondamente mutato la portata dell'art. 54 TUEL concernente le *Attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale*, nella parte relativa all'esercizio del potere sindacale d'ordinanza.

Quest'ultima invero aveva già subito significative modifiche rispetto alla versione originaria, che sono state parzialmente oggetto della predetta dichiarazione d'incostituzionalità.[1] In particolare, per quanto qui interessa, il legislatore è intervenuto sul testo della disposizione in esame mediante l'art. 6 del d. l. 23.5.2008, n. 92, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* (c.d. Pacchetto sicurezza)[2] con l'intento di rafforzare le prerogative sindacali, in precedenza limitate alla tutela dell'incolumità dei cittadini nei casi di necessità ed urgenza.

Al primario obiettivo di garanzia dell'incolumità pubblica, pertanto, si è aggiunto quello di assicurare ai cittadini la sicurezza urbana.

Il co. 4 *bis* del novellato art. 54 TUEL[3] ha infine assegnato all'allora Ministro dell'Interno il compito di individuare con esattezza il significato ed i confini dei citati concetti, altrimenti del tutto indeterminati, compito portato a termine con l'adozione del successivo d. m. 5.8.2008 (anche noto come Decreto Maroni).[4]

[1] Prima della novella del 2008 il Sindaco poteva adottare soltanto provvedimenti contingibili ed urgenti volti a *prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini*. Inoltre all'art. 54, co. 3, TUEL era specificato che: *In casi di emergenza, connessi con il traffico e/o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verifichino particolari necessità dell'utenza, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al co. 2*. A tale potere si affiancava quello attribuito ai Prefetti sul piano della sicurezza pubblica, ancora oggi disciplinato dall'art. 2, T.U. delle leggi di pubblica sicurezza.

[2] Il citato decreto è stato successivamente convertito in legge, sebbene con alcune modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 24.7.2008, n. 125.

[3] *Con decreto del Ministro dell'Interno è disciplinato l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 4 anche con riferimento alle definizioni relative alla incolumità pubblica e alla sicurezza urbana*.

[4] Ai sensi del provvedimento in parola *per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che re-*

Ciò nonostante la somiglianza di simili espressioni con le preesistenti previsioni normative volte a definire le competenze di altri enti territoriali ha condotto ad un primo scrutinio di legittimità dell'art. 54 TUEL, che ha permesso di circoscriverne meglio l'ambito d'applicazione.[5]

Una volta chiarite le finalità della disposizione, inoltre, sono emerse ulteriori problematiche connesse ai mezzi conferiti ai Primi cittadini per renderne possibile il raggiungimento.[6]

L'introduzione nella norma della locuzione *anche* prima dell'espressione *contingibili e urgenti* difatti ha determinato l'attribuzione ai Sindaci della potestà di emanare, oltre alle *consuete* ordinanze contingibili e urgenti, anche ordinanze ordinarie, categoria discussa e poco indagata dalla dottrina, che ha incentrato i suoi studi sui provvedimenti *extra ordinem*.[7]

Si è quindi registrato un uso eccessivo e spesso errato dei descritti poteri, che ha causato il proliferare di provvedimenti sindacali e di giudizi, tra i quali rientra quello sotteso alla pronuncia che si accinge a commentare.[8]

2. La questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

La sentenza in esame trae origine dal ricorso proposto, dinanzi al TAR del Veneto, da un'associazione antirazzista, al fine di ottenere l'annullamento di un'ordinanza sindacale recante il divieto di chiedere l'elemosina in ampie zone del territorio comunale, con l'applicazione di apposite sanzioni amministrative per i contravventori.[9]

Tale provvedimento è stato infatti censurato dalla ricorrente soprattutto per la carenza delle condizioni di contingibilità ed urgenza di cui all'art. 54, co. 4, TUEL, le uniche che a suo avviso ne avrebbero permesso l'emanazione, mentre l'amministrazione resistente

golano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale.

[5] Nel testo si fa riferimento sia all'assonanza tra il concetto di *sicurezza urbana* e quello di *ordine pubblico e sicurezza*, materia quest'ultima di esclusiva competenza statale *ex* art. 117, co. 1, lett. h), Cost., sia alla possibile sovrapposizione tra gli interventi sindacali finalizzati alla salvaguardia della sicurezza urbana ed i compiti di *polizia amministrativa locale* riservati, dalla medesima disposizione, alle Regioni ed alle Province autonome. Ad ogni modo sul punto è intervenuta la C. cost. con la sentenza 1.7.2009, n. 196 precisando che: *i poteri esercitabili dai Sindaci, ai sensi dei coo. 1 e 4 dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, non possono che essere quelli finalizzati alla attività di prevenzione e repressione dei reati e non i poteri concernenti lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome*.

[6] Del resto già con la sentenza n. 196 del 2009 la C. cost., pur non soffermandosi specificamente su tale questione, aveva avuto modo di osservare che *Tra le maggiori innovazioni introdotte dall'art. 6 del d.l. n. 92 del 2008 nella previgente legislazione vi è la possibilità riconosciuta ai Sindaci dall'attuale comma 4 dell'art. 54 del testo unico degli enti locali non solo di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, ma anche di adottare provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana.*

[7] *Ex plurimis*: F.BARTOLOMEI, *Ordinanza* (*Dir. amm.*), in *Enc. del Dir.*, XXX, Milano, 1980; F.BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006; R.CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per i fattori esterni all'amministrazione pubblica, in Dir. amm.*, 2005, 4, 777 – 841; V.CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008; L.GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; P.LOMBARDI, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili e urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1, 107 – 112; M.LUCCA, *Il potere di ordinanza (contingibile e urgente) del sindaco*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 11, 17 – 19; F.MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1990; U.RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino, 1957, 90ss.; A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; F.SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXII, 1990.

[8] Senza pretesa di completezza possono ricordarsi le ordinanze contro l'esercizio della prostituzione, la cessione di sostanze stupefacenti, l'abuso di alcool, l'accattonaggio, nonché contro la creazione di accampamenti o di aggregazioni di persone potenzialmente in grado di turbare la quiete pubblica.

[9] Nel dettaglio oggetto del divieto era la richiesta di denaro in luoghi pubblici effettuata *anche* in forma invasiva e molesta, ossia non necessariamente con tali modalità. In caso di trasgressione era altresì prevista la confisca delle somme eventualmente ottenute mediante donazioni dei passanti, quale sanzione amministrativa pecuniaria, con limitate facoltà di accesso a forme di pagamento della stessa in misura ridotta.

ha rivendicato la legittimità dell'operato del Primo cittadino, nonché il potere dello stesso di adottare ordinanze destinate a regolare situazioni non transitorie né eccezionali, a seguito della novella del 2008.

Ebbene il Tribunale adito, alla luce delle modifiche apportate all'art. 54 TUEL, ha ritenuto sostanzialmente corrette le affermazioni della difesa comunale, evidenziando però le criticità insite nella norma richiamata.

Nel dettaglio il Giudice *a quo* ha messo in luce, innanzitutto, il contrasto della disposizione con il sistema delle fonti del diritto delineato dalla Costituzione, giacché attributiva di una potestà generale ed astratta avente una valenza quasi normativa.[10] In altri termini con l'inserimento della congiunzione anche nel citato articolo sarebbe stato conferito ai Sindaci il potere di emettere provvedimenti con efficacia sull'intero territorio comunale a tempo indeterminato, nonché in deroga alla leggi vigenti in relazione agli ambiti materiali così *disciplinati*, con conseguente violazione dei principi costituzionali di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità di cui agli artt. 23, 70, 76, 77, 97 e 117 cost.

È stata poi sottolineata l'inconciliabilità della previsione normativa con il disposto degli artt. 3, 23 e 97 Cost., ossia con la riserva di legge ed il principio legalità sostanziale in materia di sanzioni amministrative.[11]

Ancora, a parere del Tribunale rimettente, l'art. 54, co. 4, TUEL sarebbe lesivo dei principi di uguaglianza (art. 3 cost.), unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 cost.), del principio di legalità (art. 97 cost.) e di quello di riparto delle funzioni amministrative (art. 118 cost.), poiché possibile fonte di una eterogenea regolamentazione dei diritti fondamentali della persona, all'interno delle diverse realtà territoriali.

Infine, a fronte della vastità ed indeterminatezza dei poteri assegnati ai Primi cittadini, risulterebbe alterato lo stesso riparto di competenze all'interno dell'organizzazione comunale e sarebbe altresì precluso un sindacato giurisdizionale effettivo sulle singole fattispecie, contrariamente a quanto stabilito negli artt. 24 e 113 Cost.[12] Le descritte argomentazioni naturalmente sono state riprese dall'associazione ricorrente e contrastate dall'amministrazione centrale, che ha escluso la valenza normativa delle ordinanze ordinarie, peraltro soggette ai principi generali dell'ordinamento ed ai limiti posti dal d.m. 5.8.2008, oltreché all'obbligo di motivazione e di preventiva comunicazione al Prefetto, alla stregua dei provvedimenti *extra ordinem*.[13]

3. I motivi della decisione e gli effetti sul potere sindacale d'ordinanza.

Il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale nella pronuncia in esame risulta piuttosto complesso e non sempre lineare nel suo svolgimento. Vengono apparentemente sposate le ragioni del Giudice *a quo*, in quanto la questione di costituzionalità sollevata dal TAR del Veneto è considerata fondata,

[10] Nel punto 1.4 delle considerazioni in fatto, in particolare, è dato leggere che: *Il giudice a quo ritiene che, in ragione dell'attuale sua formulazione, la norma censurata conferisca effettivamente al Sindaco, in assenza di elementi utili a delimitarne la discrezionalità, un potere normativo vasto e indeterminato, idoneo ad esplicarsi in deroga alle norme di legge ed all'assetto vigente delle competenze amministrative, semplicemente in forza del dichiarato orientamento a fini di protezione della sicurezza urbana. Proprio tale potere sarebbe stato esercitato nella specie, fuori da concrete condizioni di contingibilità e urgenza, cosicché l'accoglimento della questione sollevata esplicherebbe sicuri effetti sulla decisione del ricorso*.

[11] Quella in esame, peraltro, non è l'unica ipotesi di norma sanzionatoria introdotta tramite un'ordinanza ordinaria. Nella decisione in commento, difatti, si fa cenno alla casistica dei provvedimenti assunti in virtù della disposizione censurata, che in molti casi hanno addirittura tentato di integrare la normativa penale, trasformando in reato le condotte illecite in essi previste tramite il disposto dell'art. 650 c.p., o comunque sono andate a sovrapporsi a tali previsioni (si pensi alle ordinanze contro la prostituzione o la vendita di alcolici ai minori) ed a ledere le libertà ed i diritti fondamentali assicurati dai precetti costituzionali (ad. es. la libertà di riunione sancita dall'art. 17 Cost., o quella di circolazione garantita dall'art. 16 Cost.).

[12] Il Giudice *a quo*, a tal proposito, precisa che: *L'assunzione delle decisioni spettanti all'assemblea, che rappresenta la generalità dei cittadini, da parte di un organo monocratico che nella specie agisce quale ufficiale di Governo, finisce per contraddire la necessità di pluralismo della quale sono espressione gli artt. 2, 6, 8, 18, 21, 33, 39 e 49 Cost.*.

[13] Nell'ultima parte dell'art. 54, co. 4, TUEL, invero, si prevede che: *I provvedimenti di cui al presente comma sono tempestivamente comunicati al Prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione*.

ma allo stesso tempo si nega che la disposizione censurata abbia realmente attribuito ai Sindaci il potere di derogare alla legislazione vigente mediante l'adozione di provvedimenti di *ordinaria amministrazione*, secondo quanto invece sostenuto dall'Avvocatura dello Stato.[14]

Di qui una evidente contraddizione: l'assenza dei vizi di legittimità paventati dal Collegio rimettente e smentiti dalla difesa erariale, invero, avrebbe dovuto condurre ad una sentenza interpretativa di rigetto, mentre la decisione del Giudice delle leggi è di parziale accoglimento.[15]

Dopo aver confutato la valenza normativa di tali ordinanze, infatti, le stesse sono comunque definite come *esercizio di una discrezionalità senza alcun limite, se non quello finalistico*,[16] e pertanto giudicate contrarie al principio di legalità sostanziale, in virtù del quale l'attività dell'amministrazione deve essere definita anche nei mezzi, soprattutto quando è in grado di ledere le libertà o i diritti fondamentali degli individui.

Peraltro anche questa argomentazione non sembra del tutto esente da critiche, poiché una simile censura avrebbe dovuto riguardare i provvedimenti concretamente adottati in violazione di legge piuttosto che, in astratto, la norma attributiva del potere di emanarli.

In subordine la Corte evidenzia il contrasto esistente tra l'art. 54, co. 4, TUEL e l'art. 23 delle Cost. perché, mediante l'esercizio del descritto potere d'ordinanza, ai Primi cittadini è stato possibile aggirare il precetto costituzionale che riserva soltanto alla legge la facoltà di imporre prestazioni di natura personale e/o patrimoniale, introducendo così divieti ed obblighi senza dover ricorrere ad un atto legislativo.[17] Il Giudice delle leggi rileva infine la violazione dell'art. 97 cost., anch'esso contenete una riserva di legge al fine di assicurare l'imparzialità ed il buon andamento della PA. e dell'art. 3 cost. stante la disparità di trattamento creata mediante l'introduzione di prescrizioni diverse nelle varie parti del territorio nazionale.

Per questi motivi la Corte è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, co. 4, TUEL, laddove comprende la locuzione *anche* prima delle parole *contingibili e urgenti*, con rilevanti effetti sul potere sinda-

[14] Nella sentenza è detto espressamente che *La dizione letterale della norma implica che non è consentito alle ordinanze sindacali ordinarie – pur rivolte al fine di fronteggiare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti*. E ancora che *Sulla scorta del rilievo sopra illustrato, che cioè la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferisce ai Sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentare vigenti, si deve concludere che non sussistono i vizi di legittimità che sono stati denunciati sulla base del contrario presupposto interpretativo*.

[15] Va altresì notato che le stesse affermazioni della Corte in ordine alla mancata valenza normativa delle ordinanze in parola risultano alquanto opinabili. Quest'ultima infatti, compiendo una sorta di analisi grammaticale della disposizione censurata, è arrivata a sostenere che *Si può osservare agevolmente che la frase anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento è posta tra due virgole. Si deve trarre da ciò la conclusione che il riferimento al rispetto dei soli principi generali dell'ordinamento riguarda i provvedimenti contingibili e urgenti e non anche le ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione*, mentre non è affatto pacifico che nell'emanare simili ordinanze i Sindaci fossero tenuti a rispettare, in aggiunta ai principi generali dell'ordinamento, le norme primarie e secondarie volte a regolare la materia costituente l'oggetto del provvedimento adottato. La Corte, infine, sembra aver volutamente evitato di soffermarsi troppo sulla distinzione tra ordinanze ordinarie e di necessità, anche se una simile precisazione sarebbe stata utile data pure l'assenza di esaustivi contributi giurisprudenziali e dottrinali sul punto.

[16] Punto 4 delle considerazioni in diritto.

[17] Secondo la Corte anche l'imposizione coattiva di obblighi di non fare determina la violazione dell'art. 23 Cost. giacché vengono così proibiti comportamenti altrimenti leciti, con conseguente restrizione della libertà dei consociati. Quanto alla funzione del d.m. 5 agosto 2008, che secondo la tesi prospettata dalla difesa dello Stato sarebbe stato in grado di restringere la discrezionalità dei Primi cittadini, il Giudice delle legge ribatte che: *La natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di atto inidoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini*.

cale d'ordinanza.

Quest'ultimo appare ormai limitato all'emanazione di provvedimenti *extra ordinem*, in quanto le ordinanze *ordinarie* sono state cancellate dal TUEL, non senza conseguenze.

Vi è infatti il rischio che i Primi cittadini d'ora in poi adottino, in luogo dei provvedimenti di ordinaria amministrazione, quelli contingibili ed urgenti che, pur avendo effetti limitati nel tempo, tuttavia sono in grado di derogare alla legislazione ordinaria. Pare pertanto auspicabile un intervento del legislatore che contemperi l'esigenza di salvaguardia dei cittadini con i precetti costituzionali.

«::::::::: GA :::::::::»

L'OMOGENEITÀ TRA DECRETO LEGGE E LEGGE DI CONVERSIONE: LA CORTE LANCIA UN MONITO AL LEGISLATORE

del Dott. Edoardo Magnini

Brevi note a margine della sentenza della Corte Costituzionale 16.2.2012, n. 22 in tema di decreto legge e relativa legge di conversione.

Short notes in the margin of the judgment of the Constitutional Court 16.2.2012, n. 22 in terms of Decree-Law and conversion law.

Sommario:1. Premessa.- 2.Commento della sentenza. - 3. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza in commento, depositata lo scorso 16 febbraio, con ogni evidenza entrerà a far parte di quelle *"sentenze storiche"* con le quali la Corte Costituzionale ha segnato nel tempo un importante punto di svolta interpretativo nella materia che qui ci interessa[1].

2. Commento della sentenza.

La pronuncia trae origine dai ricorsi promossi in via principale dalle Regioni Liguria, Basilicata, Puglia, Marche, Abruzzo e Toscana per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2, co. 2-*quater*, del decreto legge cd. *"milleproroghe"* relativo all'anno 2010 (d.l. 29.12.2010, n. 225 "*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*") con il quale sono state introdotte, in sede di conversione, alcune modifiche alla normativa inerente il Servizio nazionale della protezione civile (l. 24.2.1992, n. 255 "*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*")[2].

[1] Per un riferimento alle altre sentenze definite *"storiche"* in tema di decreto legge cfr. C. cost. 24.10.1996, n. 360, in *Foro It.*, 1996, I, 3269, che ha posto fine alla deprecabile prassi fino ad allora molto sviluppata della reiterazione dei decreti legge non convertiti; C. cost. 23.5.2007, n. 171, in Giur. It., 2007, 12, con nota di P. CARNEVALE, *Il vizio di «evidente mancanza» dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007* (seguita poco tempo dopo da C. cost. 30.4.2008, n. 128, in *Foro It.*, 2008, I, 3043, con nota di R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della Corte* e di A. RUGGERI, *«Evidente mancanza» dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge*) che si sono pronunciate in merito alla sindacabilità dei presupposti costituzionali del decreto legge.

[2] Il riferimento in questo caso è all'art. 1, comma 1, della l. 26.2.2011, n. 10 che, in sede di conversione del d.l. 29.12.2010, n. 225 (*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*) ha introdotto i commi 5-*quater* e 5-*quinquies*, primo periodo, nell'art. 5 della l. 24.2.1992, n. 255

La norma impugnata, nel dettare le modalità di intervento per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza conseguenti agli eventi calamitosi individuati nell'art. 2, co. 1, lett. c) della l. 24.2.1992, n. 255 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*), autorizza il Presidente della Regione interessata dalla catastrofe a "*deliberare aumenti, sino al limite massimo consentito dalla vigente legislazione, dei tributi, delle addizionali, ovvero delle maggiorazioni di aliquote attribuite alla regione*"[3] per recuperare le risorse necessarie a porre rimedio alla situazione venutasi a creare.

Il Legislatore ha stabilito altresì la possibilità di un intervento del Fondo nazionale di protezione civile, ma solo in casi residuali ovvero quando le misure adottate a livello regionale non siano in grado di fronteggiare da sole le conseguenze dell'evento calamitoso o nel caso in cui l'emergenza assuma "*rilevanza nazionale*"[4].

Contro tale assetto normativo, introdotto in sede di conversione del decreto legge cd. *"milleproroghe"*, le Regioni sopra citate hanno deciso di adire la Corte Costituzionale lamentando il pregiudizio loro derivante da un simile riparto di competenze che finiva per addossare i costi delle emergenze sui cittadini/contribuenti, già duramente colpiti dal disastro, lasciando tuttavia allo Stato la decisione in merito agli interventi da porre in essere.

La Corte, in accoglimento delle censure mosse dalle Regioni ricorrenti, fonda la pronuncia in esame principalmente sul parametro dell'art. 77 Cost. enunciando un importante principio di diritto in materia di decreto legge e relativa legge di conversione, sul quale ci concentreremo fra breve.

Prima di entrare nel vivo della questione oggetto di questa breve nota di commento, è opportuno dar conto degli ulteriori profili di illegittimità che la Corte Costituzionale, seppur in via residuale, pone alla base della propria sentenza, ritenendoli fondati[5].

La Corte afferma il contrasto della disposizione impugnata con l'art. 119, co. 1, cost., perché la norma introdotta in sede di conversione nel d.l. 29.12.2010, n. 225, determinerebbe la lesione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni, imponendo a queste ultime tanto di "*deliberare gli aumenti fiscali*", quanto di "*utilizzare le proprie entrate a favore degli organismi statali*"[6].

Le disposizioni censurate violano altresì l'art. 119, co. 4, Cost., spezzando il legame necessariamente intercorrente tra entrate regionali ed esercizio delle funzioni loro attribuite. Al riguardo la Corte, nel mettere in evidenza questo profilo di illegittimità, sottolinea che "lo *Stato, pur trattenendo per sé le funzioni in materia di protezione civile, ne accolla i costi alle Regioni stesse*"[7].

La Corte rileva, inoltre, il pregiudizio derivante dal procedimento stabilito dal Legislatore che, ponendo a carico delle popolazioni già colpite dall'evento calamitoso gli ingenti costi per fronteggiare l'emergenza, determina un aggravio della loro posizione in violazione del dovere di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 cost.[8].

(*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*).

[3] Art. 5, co. 5-*quater*, l. 24.2.1992, n. 255 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*). La norma è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza in commento.

[4] Art. 5, co. 5-*quinquies*, primo periodo, l. 24.2.1992, n. 255 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*). La norma è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza in commento.

[5] La Corte dedica i paragrafi 5 e 6 del *Considerato in diritto* all'esame delle censure di merito sollevate dalle Regioni ricorrenti, affermando alcuni importanti principi in materia di finanza pubblica e federalismo fiscale. Per un esame più approfondito di questi ulteriori profili di illegittimità costituzionale, cfr. C. TUCCIARELLI, *Corte Costituzionale e federalismo fiscale: appunti sulla sentenza n. 22/2012*, in www.forumcostituzionale.it.

[6] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 5.2. del *Considerato in diritto*.

[7] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 5.3. del *Considerato in diritto*.

[8] In merito a tale censura, la Corte Costituzionale risponde alle difese statali, che avevano evidenziato il non coinvolgimento delle popolazioni colpite dall'evento calamitoso nell'aumento della pressione fiscale, statuendo che "*se infatti gli adempimenti ed i versamenti sono sospesi o differiti, le obbligazioni cui si riferiscono rimangono valide e vincolanti; tra queste rientrano gli aumenti tributari previsti dalle norme impugnate, che, scaduti i termini di sospensione o di differimento, finirebbero per gravare, pro quota, anche sulle popolazioni colpite dalla catastrofe, le quali dalle istituzioni riceverebbero in tal modo una risposta non coerente con il dovere di solidarietà di*

Oltre a ciò, il rimedio previsto per far fronte alle emergenze si pone in contrasto con la *ratio* dell'art. 119, co. 5, cost., stabilendo un meccanismo di destinazione di risorse aggiuntive da parte delle Regioni per il funzionamento della macchina di intervento gestita a livello statale[9].

La Corte si sofferma, infine, sulla violazione dell'art. 23 cost. e dell'art. 123 cost., accogliendo le censure mosse dalle Regioni ricorrenti[10].

Esaminate così le ulteriori argomentazioni giuridiche sostenute dalla Corte, è opportuno concentrare l'attenzione sul principale profilo di illegittimità che ha fondato la sentenza in commento. Il riferimento, come sopra anticipato, è all'art. 77 cost. ed ai principi espressi con riguardo all'istituto del decreto legge e della relativa legge di conversione[11].

Seguendo l'*iter* argomentativo della Corte, la prima analisi da compiere riguarda l'ammissibilità di una questione di costituzionalità, come quella prospettata dalla sola Regione Liguria nell'ambito di un giudizio in via principale, che faccia riferimento ad un parametro costituzionale esterno alle norme contenute nel Titolo V della Costituzione ed inerenti il riparto di competenze. La Corte, risolvendo positivamente la questione e consolidando in tal modo un proprio orientamento giurisprudenziale, afferma che la prospettazione di una simile censura di illegittimità costituzionale sia ammissibile laddove dalla violazione del parametro invocato discenda una lesione delle competenze costituzionali attribuite all'Ente ricorrente[12].

La Corte sviluppa il proprio ragionamento, fino ad arrivare alla declaratoria di incostituzionalità della norma impugnata, prendendo in esame il rapporto che necessariamente deve sussistere tra l'atto avente forza di legge, emanato dal Governo in presenza dei presupposti costituzionalmente stabiliti, e la legge di conversione dello stesso.

La norma oggetto di ricorso da parte delle Regioni, come sopra ricordato, è stata introdotta nel corpo dell'originario decreto legge a seguito degli emendamenti approvati in sede di conversione del testo presentato alle Camere dal Governo il giorno stesso della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale[13].

Il contrasto con la *ratio* dell'art. 77 Cost. non si sostanzierebbe semplicemente nell'introduzione di modifiche all'impianto normativo originario del provvedimento – rimanendo questa una legittima facoltà delle Camere in sede di conversione del decreto legge –, quanto piuttosto nella "*alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente*"[14].

Ciò che la Corte fa emergere con questa innovativa sentenza è la necessaria sussistenza di un profilo unitario di continuità fra le disposizioni del decreto legge e quelle risultanti nella legge ordinaria di conversione, adottata dal Parlamento nei termini stabiliti dal Costituente. In tal modo la sentenza enfatizza

cui all'art. 2 cost." (cfr. C. cost., 16.2.2012, n. 22, par. 5.4. del *Considerato in diritto*).

[9] La Corte costituzionale sottolinea in questo caso l'evidente difformità del meccanismo previsto per far fronte alle situazioni di emergenza rispetto alle finalità individuate dall'art. 119, co. 5, Cost., laddove quest'ultimo richiederebbe la destinazione da parte dello Stato di risorse aggiuntive alle Regioni per contenere e superare "*gli effetti sulle popolazioni e sul territorio di eventi calamitosi improvvisi ed imprevedibili*". Nel caso di specie, evidenzia la Corte, è accaduto esattamente l'inverso ovvero è stato imposto alle Regioni "*di destinare risorse aggiuntive per il funzionamento di organi e attività statali*". Per una tale ricostruzione cfr. C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 5.5. del *Considerato in diritto*.

[10] Cfr. C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 6 del *Considerato in diritto*. Afferma al riguardo la Corte che la previsione "*secondo cui «il Presidente della regione interessata» è autorizzato a deliberare gli aumenti fiscali*", determinerebbe una violazione tanto del principio di riserva di legge in materia tributaria *ex* art. 23 Cost., quanto del principio di autonomia statutaria regionale stabilito dall'art. 123 Cost. sulla base del quale è rimessa al livello decentrato la scelta degli organi titolari di determinate funzioni. Su quest'ultimo profilo cfr. *ex plurimis*, C. Cost., 13.6.2008, n. 201 e C. Cost. 23.11.2007, n. 387.

[11] L'illegittimità costituzionale delle norme impugnate per violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., è stata sollevata dalla sola Regione Liguria.

[12] La Corte, già in precedenza, "*ha espressamente riconosciuto che le Regioni possono impugnare un decreto-legge per motivi attinenti alla pretesa violazione dell'art. 77 Cost., ove adducano che da tale violazione derivi una compressione delle loro competenze costituzionali*"(cfr. C. Cost. 13.1.2004, n. 6).

[13] Il d.l. 29.12.2010, n. 225, è stato pubblicato nella G.U. n. 303 del 29.12.2010.

[14] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 4.2. del *Considerato in diritto.*

il profilo dell'omogeneità "*non solo in senso materiale, di identità di oggetto disciplinato, ma anche in senso finalistico, funzionale, teleologico*"[15].

Quest'ultima affermazione si rende necessaria nel caso in cui, come avvenuto con la sentenza in commento, oggetto dell'impugnativa di fronte alla Corte Costituzionale siano le norme risultanti dalla conversione in legge di un decreto cd. "*milleproproghe*", dato che in tali circostanze è *ab origine* sussistente una eterogeneità dei contenuti del provvedimento. Tuttavia, come ricordato da un'attenta dottrina[16], occorre individuare, in situazioni del genere, uno scopo comune alle norme adottate al fine di realizzare quella omogeneità sopra menzionata[17].

L'introduzione di una disciplina generale "*a regime*", inerente le misure da porre in essere per far fronte a "*tutti i casi futuri di possibili eventi calamitosi*"[18], è apparsa in netto contrasto con le finalità proprie del provvedimento urgente nel quale è stata inserita, ben potendo la stessa essere approvata con il normale procedimento ordinario *ex* art. 72 Cost. Il decreto legge cd. "*milleproroghe*" è approvato esclusivamente per intervenire "*con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento*"[19], attribuendo in tal modo unitarietà all'intervento apparentemente e sostanzialmente eterogeneo.

A fronte di ciò, la Corte ricorda alcune precedenti pronunce nelle quali è arrivata a dichiarare l'illegittimità di un decreto legge, per carenza dei presupposti costituzionali, a causa dell'evidente estraneità di alcune norme del provvedimento rispetto alla finalità di urgenza che ne determina l'essenza.

L'affermazione della necessità di un'intrinseca coerenza nelle norme del decreto legge deriva dal contenuto dell'art. 15, co. 3, l. 23.8.1988, n. 400 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*) che la Corte, richiamandolo nella pronuncia in commento, configura come "*esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza*"[20].

La Corte, tuttavia, non si limita a questo richiamo, ma compie un passo ulteriore affermando il principio di diritto in base al quale la necessaria omogeneità del decreto legge dovrà essere osservata anche dalla legge di conversione, con la conseguenza che le norme eventualmente inserite dal Parlamento non potranno alterare l'originario scopo del provvedimento d'urgenza. Fra l'atto approvato dal Governo e quello posto in essere dalle Camere per integrane l'efficacia, si realizza un "*nesso di interrelazione funzionale*" tale da configurare un "*tutto unitario*" indirizzato a porre rimedio ai casi di straordinaria necessità ed urgenza di volta in volta sussistenti.

L'intervento così realizzato, facendo riferimento anche ai precedenti messaggi inviati dal Presidente della Repubblica in ordine all'iter di conversione di un decreto legge[21],

[15] Così R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza? (nota a Corte Cost., 16 febbraio 2012, n. 22)*, in www.federalismi.it.

[16] *Ibid*.

[17] Per una analisi delle questioni attinenti al decreto legge cd. "milleproroghe" si rinvia a G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2008.; N. LUPO, *Decreti-legge "omnibus": verso un recupero del procedimento legislativo ordinario?*, in www.nelmerito.com.

[18] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 3.2. del *Considerato in diritto.*

[19] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 3.4. del *Considerato in diritto.*

[20] C. Cost. 16.2.2012, n. 22, par. 3.3. del *Considerato in diritto.*

[21] La Corte a questo punto della decisione richiama la lettera del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano del 22.2.2011 inviata ai Presidenti di Camera e Senato ed al Presidente del Consiglio dei Ministri, il messaggio del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi del 29.3.2002 con il quale fu rinviato alle Camere il disegno di legge di conversione del d.l. 25.1.2002, n. 4, nonché la lettera del Presidente del Senato datata 7.3.2011 inviata ai Presidenti delle Commissioni parlamentari per richiamare l'attenzione sul rispetto dei tempi e delle modalità di conversione di un decreto legge. Per una analisi più approfondita degli interventi del Presidente della Repubblica si rinvia, fra i molti contributi, a P. CARNEVALE - D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a*

ha inteso porre un forte vincolo alla libertà del Legislatore di servirsi del peculiare procedimento di approvazione della legge di conversione caratterizzato da uno specifico contingentamento dei tempi parlamentari.

A sostegno di quanto espresso la Corte ricorda, infine, che l'art. 96 *bis*, co. 7, del regolamento della Camera dei deputati recepisce il principio dell'omogeneità delle disposizioni della legge di conversione, vietando la possibilità di interventi emendativi che non rispettino la materia oggetto del provvedimento d'urgenza posto in essere dal Governo.

3. Conclusioni.

In conclusione, con la sentenza qui analizzata si può affermare come la Corte, avvalorando i contributi già espressi con le pronunce del 2007 e del 2008[22], richiami il Legislatore al rispetto delle procedure costituzionali, ponendo un chiaro limite alla prassi, costantemente seguita da quest'ultimo, di oltrepassare i confini propri dell'iter di conversione di un decreto legge per inserire nell'ordinamento tutta una serie di norme che, altrimenti, richiederebbero un diverso vaglio parlamentare. L'approvazione di un decreto legge e la successiva legge di conversione risulteranno a seguito di questa sentenza fortemente condizionati a convergere sempre verso un identico scopo, pena il riconoscimento della loro illegittimità costituzionale.

margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 2/2011, www.rivistaaic.it.

[22] Cfr. C. Cost. 23.5.2007, n. 171, cit.; C. Cost. 30.4.2008, n. 128, cit..

«::::::::: *GA* :::::::::»

LA CORTE COSTITUZIONALE PONE FINE ALLA DISCUTIBILE PRASSI PARLAMENTARE DEL C.D. *«DOPPIO MANDATO»*?

del Dott. Andrea Ridolfi

Con la sentenza n. 277/2011, la Corte Costituzionale affronta le problematiche connesse alla discutibile prassi parlamentare del "doppio mandato".

In the judgment n. 277/2011, the Constitutional Court deals with issues related to scutibile-parliamentary practice of *"dual mandate"*.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Verifica della coerenza di un sistema. - 3. La decisione della Corte Costituzionale. 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 277/2011, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. n. 60/1953 «*nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti*», ritenendo, invece, inammissibili le questioni sollevate a proposito delle l. reg. Sicilia nn. 31/1986, 7/1992 e 35/1997[1]. Il Tribunale di Catania, con ordinanza adottata il 10.12.2010, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 51, 67 e 97 cost., questione di legittimità costituzionale a proposito degli artt. 1, 2, 3, e 4 della l. n. 60/1953, nella parte in cui non prevedevano l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con popolazione superiore a 20.000 abitanti, nonché a proposito delle l. reg. Sicilia nn. 31/1986, 7/1992 e 35/1997, nella parte in cui non prevedevano l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di un comune con popolazione superiore a 20.00 abitanti.

La Corte ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate a proposito delle leggi regionali siciliane in virtù della considerazione che l'art. 65 cost., nel deferire alla legge la determinazione dei casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato e senatore, pone un riserva di legge statale che preclude al legislatore regionale, quand'anche dotato di potestà legislativa primaria come la Sicilia, ogni possibile determinazione di tali cause: spetta soltanto allo Stato una tale competenza[2]. Di conseguenza, prosegue la Corte, essendovi una riserva di legge statale, il giudice non avrebbe motivato in maniera esauriente «*in ordine alla concreta necessità di applicare anche la normativa regionale per la definizione del giudizio a quo*».

Per quanto riguarda, invece, le questioni sollevate a proposito degli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. n. 60/1953, il Tribunale di Catania aveva censurato il fatto che essi «*nulla prevedono, in termini di incompatibilità, per il caso in cui la identica causa di ineleggibilità sia sopravvenuta rispetto alla elezione a parlamentare*», laddove, invece, l'esame della giurisprudenza costituzionale anche più risalente faceva emergere «*la costante valorizzazione del principio di parallelismo tra le cause di ineleggibilità sopravvenute e quelle d'incom-*

[1] Per un primo commento, si vedano F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale e il cumulo di mandati*. *Prime osservazioni su di una pronuncia (apparentemente) risolutiva, ma (volutamente?) zoppa* (26-10-2011), in www.federalismi.it; G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco tra intervento a effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte* (6-11-2011), in www.forumcostituzionale; A. MASARACCHIA, *Una disciplina con effetto speculare deve incidere su entrambe le cariche a prescindere dai tempi*, in *Guida al diritto* 2011, n. 46 (19 novembre), pag. 103 ss.

[2] La Corte cita, a questo proposito, C. cost., sent. nn. 456/2005, 127/1987 e 60/1966.

patibilità»[3]. In particolare, ad avviso del Tribunale di Catania, le disposizioni impugnate erano in contrasto con gli artt. 3 e 51 cost., «*per violazione del principio costituzionale che esige l'uniforme garanzia per tutti i cittadini, in ogni parte del territorio nazionale, del diritto fondamentale di elettorato attivo e passivo, giacché la mancata previsione del divieto di cumulo può comportare una disparità di trattamento tra la posizione di coloro che sono già parlamentari ed intendono candidarsi alla carica locale, sui quali non grava alcun obbligo, e coloro che, invece, sono titolari di un ufficio pubblico locale e intendono partecipare alla competizione elettorale per uno dei rami del Parlamento, sui quali grava l'obbligo di dimettersi preventivamente*», nonché dello stesso principio di ragionevolezza «*in quanto un soggetto non può assumere durante il proprio mandato uffici o cariche che gli avrebbero precluso l'eleggibilità rispetto a quello ricoperto per primo*».

Ulteriori censure da parte del Tribunale di Catania erano state avanzate con riferimento all'art. 67 cost., in virtù della possibile contrapposizione tra enti locali e rappresentanza politica nazionale, «*con conseguente vulnus del principio di libertà di mandato, per possibile conflitto di interessi tra l'impegno del deputato e quello di sindaco*», e all'art. 97 cost., in quanto «*il cumulo degli uffici di sindaco di un Comune con rilevante popolazione e di parlamentare nazionale può ripercuotersi negativamente sull'efficienza e imparzialità delle funzioni cumulativamente esercitate*».

2. Verifica della coerenza di un sistema.

Secondo la Corte, occorre *«verificare la coerenza di un sistema»*, in cui, alla insindacabile scelta del legislatore *«di escludere l'eleggibilità alla Camera o al Senato di chi contemporaneamente rivesta la carica di sindaco di grande Comune, non si accompagni la previsione di una causa di incompatibilità per il caso in cui la stessa carica sopravvenga rispetto alla elezione a membro del Parlamento nazionale». Questa valutazione, tuttavia, non va compiuta solo sul piano ontologico, riferito alla individuazione della diversità di ratio e di elementi distintivi propri, per causa ed effetti, delle cause di ineleggibilità rispetto a quelle di incompatibilità*[4]*, ma, in ossequio «alla esigenza di ricondurre il sistema ad una razionalità intrinseca altrimenti lesa»*, va condotta piuttosto *«alla stregua di un criterio più propriamente teleologico»*, nel cui contesto va evidenziato *«il naturale carattere bilaterale dell'ineleggibilità»*, che finisce per tutelare, *«attraverso il divieto a candidarsi in determinate condizioni, non solo la carica per la quale l'elezione è disposta, ma anche la carica il cui esercizio è ritenuto incompatibile con la candidatura in questione»*[5].

Di conseguenza, poiché le cause di ineleggibilità e di incompatibilità sono *«strumenti di protezione non soltanto del mandato elettivo, ma anche del pubblico ufficio che viene ritenuto causa di impedimento del corretto esercizio della funzione rappresentativa»*, la discrezionalità del legislatore trova, secondo la Corte, un limite *«nella necessità di assicurare il rispetto del principio di divieto del cumulo delle funzioni, con la conseguente incostituzionalità di previsioni che ne rappresentino una sostanziale elusione»*[6]*: in mancanza di una causa normativa idonea a fornire una giustificazione ragionevole, «la previsione della non compatibilità di un munus pubblico rispetto ad un altro preesistente, cui non si accompagni, nell'uno e nell'altro, una disciplina reciprocamente speculare, si pone in violazione della naturale corrispondenza biunivoca della cause di ineleggibilità»*, a prescindere *«dalla circostanza – meramente casuale – connessa alla cadenza temporale delle relative tornate elettorali ed alla priorità o meno della assunzione della carica elettiva pregiudicante a tutto vantaggio della posizione del parlamentare»*.

3. La decisione della Corte Costituzionale.

Con una sentenza additiva in cui l'uso penetrante del sindacato di ragionevolezza è e-

[3] Tra le più recenti manifestazioni di questo indirizzo, il Tribunale di Catania citava C.cost., sent. n. 143/2010.

[4] La Corte cita, a questo proposito, C. cost., sent. nn. 288/2007 e 235/1988.

[5] La Corte cita, a questo proposito, C. cost., sent. n. 276/1997.

[6] La Corte cita, in proposito, C.cost., sent. n. 143/2010.

videnti[7], la Corte Costituzionale ha cercato di porre fine alla discutibile prassi parlamentare - prassi duramente contestata in dottrina[8], anche per le dimensioni sempre più estese raggiunte dal fenomeno dei parlamentari-sindaci e dei parlamentari-presidenti di provincia[9] –, verificatosi a partire dal 2002 (quella che è stata chiamata la «*giurisprudenza Cammarata*»)[10], di non convertire più una causa di ineleggibilità in una causa di incompatibilità, permettendo, in questo modo, il cumulo dei mandati di parlamentare e di sindaco di una città con popolazione superiore a 20.000 abitanti (o di presidente della giunta provinciale), quando l'elezione comunale (o provinciale) fosse successiva a quella parlamentare[11].

È stato osservato che la prassi parlamentare anteriore al 2002, seppur non esente da pecche[12], era in qualche modo riconducibile alla giurisprudenza costituzionale sull'argomento[13], laddove, invece, l'interpretazione successiva – interpretazione favorita non soltanto dalla mancanza di una norma esplicita, ma anche dalla mancanza di una disciplina organica della materia[14] - si è rivelata assai più opinabile e controversa: desumere la facoltà di cumulare i due mandati di parlamentare e di sindaco di un comune con più di 20.000 abitanti (o di presidente della giunta provinciale) dalla mancanza di un'espressa qualificazione normativa nel senso dell'incompatibilità tra queste due cariche, veniva a costituire, infatti, una pesante contraddizione rispetto alla logica stessa della ineleggibilità, ed una sostanziale violazione dell'art. 7, lett. b) e c), del testo unico 30.3.1957, n. 36[15].

---

[7] Sull'importanza assunta dal sindacato di ragionevolezza nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, si vedano V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova 1984, pag. 367 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, pag. 758 ss.; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, pag. 176 ss.; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano 1999, spec. pag. 332 ss., 456 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale*, IV. ed., Milano 2004, pag. 113 ss., 437 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, III ed., Torino 2005, pag. 389 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, III ed., Padova 2005, pag. 501; C. ROSSANO, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Napoli 2007, spec. pag. 158 ss.; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, II ed., Torino 2008, pag. 508 ss.; F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti diritto pubblico*, II ed., Torino 2010, spec. pag. 565 ss., 682 ss.

[8] Si vedano G. RIVOSECCHI, *Recenti tendenze in tema di verifica di poteri*: *prima l'ineleggibilità sopravvenuta veniva tramutata in incompatibilità, ora, invece… scompare*! (8-10-2002), *in www.forumcostituzionale.it; ID., L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, ivi, spec. pag. 3, 6 ss.; F. FABRIZZI, *Il doppio mandato per i parlamentari eletti alle cariche di sindaco di grande comune e presidente di provincia tra vuoto normativo e giurisprudenza delle Camere* (10-3-2010), in www.federalismi.it.

[9] Cfr., in proposito, F. FABRIZZI, *Il doppio mandato per i parlamentari eletti alle cariche di sindaco di grande comune e presidente di provincia tra vuoto normativo e giurisprudenza delle Camere*, cit., pag. 2, la quale calcola in 15 il numero di parlamentari che godevano di questo duplice mandato.

[10] Sul fondamentale cambio di paradigma, si soffermano G. RIVOSECCHI, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, ivi, spec. pag. 3, 6 ss.; F. FABRIZZI, *Il doppio mandato per i parlamentari eletti alle cariche di sindaco di grande comune e presidente di provincia tra vuoto normativo e giurisprudenza delle Camere*, cit., pag. 12 ss.; ID., *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 3-4; G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 2-3.

[11] Sottolinea il fatto che, con questa sentenza, la Corte abbia determinato la conversione di una causa di ineleggibilità sopravvenuta in una causa di incompatibilità A. MASARACCHIA, *Una disciplina con effetto speculare deve incidere su entrambe le cariche a prescindere*, cit., pag. 105.

[12] Come nota giustamente G. RIVOSECCHI, *Recenti tendenze in tema di verifica di poteri*, cit., pag. 1-2. Che tale prassi ripugnasse a «*un comune sentire di correttezza istituzionale*» è la osservazione di A. MASARACCHIA, *Una disciplina con effetto speculare deve incidere su entrambe le cariche a prescindere*, cit., pag. 104.

[13] Cfr. G. RIVOSECCHI, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., pag. 6, che cita C. Cost., sent. nn. 42/1961, 46/1969, 171/1984, 220/2003, 143/2010. Di opposta opinione è G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 3 secondo cui il *revirement* del 2002 sarebbe coerente con la ricostruzione in chiave teleologica della distinzione tra incompatibilità e ineleggibilità operata da C. Cost., sent. nn. 344/1993 e 450/2000.

[14] Si vedano G. RIVOSECCHI, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., pag. 4 ss.; F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 4.

[15] Così nuovamente G. RIVOSECCHI, *Recenti tendenze in tema di verifica di poteri*, cit., pag. 3. Di «*elusione dello spirito dell'art. 7 del Testo Unico del 1957*» parla G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 3.

Va detto, comunque, che la mancanza di una esplicita disposizione legislativa che prevedesse una specifica incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco o di presidente della provincia è stata sanata dal d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, il cui art. 13 ha sancito l'incompatibilità delle cariche parlamentari e di governo «*con qualsiasi altra carica pubblica elettiva di natura monocratica relativa ad organi di governo di enti pubblici territoriali aventi, alla data di indizione delle elezioni o della nomina, popolazione superiore a 5.000 abitanti*», rinviandone, però, l'entrata in vigore solo a partire dalla prossima legislatura[16].

La sentenza n. 277/2011 si viene, quindi, ad inserire nell'ambito di un filone giurisprudenziale molto recente volto a circoscrivere la cumulabilità delle cariche[17], come testimoniano la precedente sentenza sull'incompatibilità tra la carica di sindaco e quella di deputato dell'Assemblea Regionale Siciliana[18], e la successiva sentenza sulla incompatibilità tra la carica di deputato dell'Assemblea Regionale Siciliana e quella di Presidente e assessore di una Provincia[19]. In effetti, come è stato evidenziato da alcuni commenti[20], già nella sentenza n. 143/2010 la Corte Costituzionale aveva sostanzialmente ammonito il Parlamento, censurando la pretesa dell'A.R.S. di volersi adeguare alla disciplina in tema di ineleggibilità e di incompatibilità prevista per i parlamentari, in quanto tale modifica si configurava come un vero e proprio allontanamento rispetto ad una «*linea di tendenza ben radicata nell'ordinamento giuridico*»[21], la quale «*impone di configurare l'incompatibilità nelle medesime ipotesi ed entro gli stessi limiti*» in cui è prevista una causa di ineleggiblità[22].

4. Conclusioni.

Nei primi commenti è stato sottolineato che la sentenza n. 277 è una sentenza in qualche modo zoppa, perché concerne soltanto l'incompatibilità tra la carica di sindaco di un comune con più di 20.000 abitanti e quella di parlamentare, e non anche quella tra parlamentare e presidente di provincia, mentre sarebbe stato preferibile utilizzare la dichiarazione di illegittimità consequenziale per estenderne la portata anche al caso dei parlamentari-presidenti di provincia[23]. D'altra parte, è stato anche osservato che, proprio in virtù di questa pronuncia, la Corte è andata ad impingere nell'ambito degli *interna corporis acta* del Parlamento, smentendo platealmente la *«giurisprudenza Cammarata»*[24]. A questo proposito, occorre mettere in evidenza il fatto che la Corte Costituzionale ha mantenuto un

[16] Proprio in virtù del fatto che l'operatività della nuova disposizione legislativa sia posticipata alla prossima legislatura comporta, per la Corte, che lo *ius superveniens* sia privo di incidenza sulla questione sollevata dal Tribunale di Catania (n. 3.3 del *Considerato in diritto*).

[17] Di una vera «*fine delle illusioni*» a seguito della sentenza n. 277 parla G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 1.

[18] Cfr. C. cost., sent. n. 143/2010, con nota redazionale a cura di F. COZZOLINO, in questa *Rivista*, n. 3/2010, pag. 58-59. Sulla sentenza n. 143/2010, inoltre, si vedano, inoltre, i commenti di M. NISTICÒ, D. PERRONE, *Decisioni della Corte costituzionale (da n. 128/2010 a n. 222/2010). Osservazioni a prima lettura*, in *Rivista AIC*, n. 0 (2-7-2010); G. PERNICIARO, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati*: *un monito anche per il legislatore parlamentare*? (24-7-2010), in www.forumcostituzionale.it (e in *Le Regioni* 2011, n. 1, pag. 151 ss.).

[19] Cfr. C. cost., sent. n. 294/2011.

[20] Si vedano G. PERNICIARO, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati*, cit., pag. 161 ss.; F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale e il cumulo dei mandati*, cit., pag. 5; G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 4

[21] C.cost., sent. n. 143/2010 (n. 4.2 del *Considerato in diritto*).

[22] C. cost., sent. n. 143/2010 (n. 4.4 del *Considerato in diritto*).

[23] Si vedano F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 7-8; G.E. VIGEVANI, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., pag. 3.

[24] Si veda F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 5. Negano che nel nostro sistema costituzionale trovi ancora accoglimento il principio degli *interna corporis acta* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, *II*, cit., pag. 361-362; F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., pag. 289-290. Di diverso avviso sono R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, cit., pag. 168. Dubbiosi sul fatto se abbia ancora senso il mantenimento di questo principio sono, invece, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino 2000, pag. 196-197. Di attenuazioni del principio parlano, invece, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., pag. 198 ss.; Id., *Le fonti del diritto italiano*, cit., pag. 372 ss.; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., pag. 256 ss.

atteggiamento quanto mai rispettoso (secondo alcuni studiosi, anche troppo) delle prerogative di entrambe le Camere, negando che i regolamenti parlamentari rientrino tra gli atti aventi forza di legge sindacabili *ex* art. 134 cost.[25], ma anche la sindacabilità della loro applicazione da parte delle Camere stesse[26], e negando altresì che essi possano costituire parametro per la dichiarazione di incostituzionalità di una legge[27].

Sotto questo aspetto, quindi, la sentenza n. 277/2011 può anche essere vista come un vero e proprio punto di svolta: in particolare, è stato osservato che, se fosse passata la linea per cui alle Giunte delle elezioni sarebbe corso l'obbligo di adeguarsi a quanto deciso dalla Corte Costituzionale, si sarebbe aperta la via di un controllo esterno alle Camere in materia di verifica dei poteri[28]. Questa speranza, tuttavia, è stata presto delusa: il 21.12.2011, quasi a mo' di riposta, è intervenuta una nuova delibera della Giunta delle elezioni del Senato, che ha ribadito la prassi precedente, come se la sentenza della Corte non vi fosse stata[29].

La prova di forza da parte della maggioranza del Senato, oltre a ribadire un'autoreferenzialità francamente sconcertante della nostra classe politica[30], può, a sua volta, avere ulteriori conseguenze, dal momento che è pacificamente ammesso (sia in dottrina che in giurisprudenza) che la Corte Costituzionale possa sollevare conflitto di attribuzione davanti a sé stessa[31], anche se non mancano studiosi che hanno evidenziato l'estrema problematicità di questa situazione, in virtù del principio «*nemo iudex in causa propria*»[32].

La questione, quindi, è ben lungi dall'essere conclusa.

---

[25] Cfr. C. cost., dec. nn. 9/1970, 148/1975, 78/1984, 154/1985, 444/1993. In dottrina, inoltre, si vedano V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, cit., pag. 136 ss., 339-340; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pag. 367 ss.; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 383 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pag. 87-88; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., pag. 311 ss.; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., pag. 117-118, 258-259, 504; F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., spec. pag. 149 ss., 288 ss.

[26] Cfr. C.cost. sent. nn. 129/1981, 379/1996.

[27] Cfr. C. cost, sent. n. 9/1959 (n. 2 del *Considerato in diritto*). Si veda, tuttavia, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, cit., pag. 362, che parla di «*decisione intrinsecamente contraddittoria*».

[28] Così F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 7. Sottolineano l'anacronismo di lasciare la verifica dei poteri in capo al Parlamento, e, di conseguenza, nelle mani della maggioranza parlamentare L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., pag. 315; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., pag. 313-314; C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, cit., pag. 255. Sui possibili abusi si soffermano R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, cit., pag. 117.

[29] Riteneva, invece, poco probabile un mancato allineamento delle Camere alla sentenza della Corte F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 8. Sulla deliberazione della Giunta delle elezioni del Senato, si vedano G. PERNICIARO, *Può il Senato consentire che rimangano in carica senatori che siano anche sindaci di grandi comuni, anche dopo che la Corte costituzionale ha riaffermato l'esistenza di una incompatibilità*? (26-12-2011), in www.amministrazioneincammino.luiss.it; M. MASSA, *La verifica dei poteri protegge i sindaci-senatori in carica dal divieto del doppio mandato* (25-12-2011), in www.dirittiregionali.it.

[30] Di un vero e proprio «*arroccamento*» a proposito della vicenda riguardante l'on. Armosino (settembre 2008) parla F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale ed il cumulo di mandati*, cit., pag. 6-7. Sulla vicenda si veda anche ID., *Il doppio mandato per i parlamentari eletti alle cariche di sindaco di grande comune e presidente di provincia tra vuoto normativo e giurisprudenza delle Camere*, cit., pag. 15 ss.

[31] Sulla Corte Costituzionale come parte di un conflitto di attribuzione, si vedano C. cost., dec. nn. 62/1971, 77/1981. Per quanto riguarda la dottrina, si vedano A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pag. 366 ss.; F. ELEFANTE, *Davvero un giudice può essere parte di un conflitto di attribuzione*?, in *Quaderni costituzionali* 2007, n. 3, pag. 541 ss., spec. pag. 564-565; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., pag. 555.

[32] Cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, spec. pag. 163 ss.

LA RIDUZIONE DEGLI ONERI INFORMATIVI: ASPETTI CRITICI

della Dott.ssa Matilde Esposito

Per "onere informativo" deve internerei qualunque adempimento che comporti la raccolta, l'elaborazione, la trasmissione, la conservazione e la produzione di informazioni alla pubblica amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni ovvero ai gestori di pubblici servizi per l'erogazione di questi ultimi agli utenti. L'art. 15 della l. n. 183/2011 conferma la tendenza dell'ordinamento a privilegiare le informazioni rispetto ai documenti amministrativi che li contengono, il una logica di semplificazione dei rapporti pubblici e di progressiva digitalizzazione dell'azione amministrativa.

To *"information burden"* must internerei any performance involving the collection, processing, transmission, storage and production of information to the government for the exercise of its functions or to provide public services to deliver these recent users. Article. 15 of Law n. 183/2011 confirms the tendency to privilege order information with respect to administrative documents that contain them, the logic of simplification of public relations and progressive digitalization of administrative.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Gli "oneri informativi". - 3. Informazioni e valutazioni tecniche: il caso del DURC. - 4. La responsabilità derivante da informazioni non veritiere (cenni).

1. Premessa.

Nell'attuazione della politica di semplificazione degli oneri amministrativi perseguita dal legislatore interno in attuazione delle strategie di regolamentazione adottate in sede europea,con particolare riferimento al *Programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi nell'Unione europea* del 2007, l'art. 15 della l. 12.11.2011, n. 183, ha introdotto una serie di rilevanti modifiche al T.U. della documentazione amministrativa, approvato con d.P.R. 28.12.2000, n. 445.

In particolare, dopo averne sostituito la rubrica, ora recante *«40. (L) Certificati»*, è stato introdotto nel corpo dello stesso art. 40 del T.U. un co. 1, secondo cui *«le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47»*.

Al fine si rafforzare il divieto imposto di richiedere all'interessato, nel corso del procedimento amministrativo avvero ai fini dell'erogazione dei pubblici servizi, l'esibizioni di certificati, è introdotto, sempre nell'art. 40, un co. 2, secondo cui *«sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai soggetti privati gestori di pubblici servizi»*.

In maniera coerente, è stato sostituito l'art. 43, co. 1, che, nella sua nuova formulazione, stabilisce espressamente che *«le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici di servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il recepimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato»*.

Invero, l'intervento normativo di cui alla l. n. 183/2011 trova il suo antecedente storico nell'art. 18 della l. 7.8.1990, n. 241, aveva stabilito che il responsabile del procedimento dovesse provvedere d'ufficio all'acquisizione dei documenti già in possesso dell'amministrazione procedente o di altra pubblica amministrazione e che lo stesso responsabile dovesse, altresì, accertare, sempre d'ufficio, i

fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta certificare.

Nella stessa direzione si collocano le disposizioni di cui alle all'art. 1 del d.P.R. 2.8. 2007, n. 157, e all'art. 3 del d.l. 14.5. 2005, n. 35, convertito con l. n. 80/2005, con le quali tutte erano state introdotte modifiche all'art. 18 della l. n. 241/1990.

2. Gli oneri informativi.

La disposizione di cui all'art. 15 della legge n. 183/2011 segna il passo rispetto alla disciplina previgente, spostando il fuoco dalla documentazione amministrativa alle informazione che nella predetta documentazione sono contenute, in una logica di riduzione, a vantaggio degli interessati, degli *oneri informativi*, dovendosi per onere informativo qualunque adempimento che comporti la raccolta, l'elaborazione, la trasmissione, la conservazione e la produzione di informazioni e documenti alla pubblica amministrazione.

In questo senso, appare rilevante la previsione dell'onere, posto a carico dell'interessato, di indicare gli *«elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti»* (v. art. 43), laddove l'art. 18, co. 2, secondo periodo, della l.n. 241/1990, nel testo sostituito dall'art. 3 del d. l. n. 35/2005, stabiliva che *«l'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti»*.

Nella stessa direzione si colloca il nuovo art. 44 bis del T.U., rubricato acquisizione d'ufficio di informazioni, secondo cui *«le informazioni relative alla regolarità contributiva sono acquisite d'ufficio, ovvero controllate ai sensi dell'art. 71, dalle pubbliche amministrazioni procedenti, nel rispetto della specifica normativa di settore»*.

3. Informazioni e valutazioni tecniche: il caso del DURC.

La disposizione da ultimo riportata non è stata accolta con particolare favore dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che, con nota prot. n. 619 del 16.1.2012 (rinvenibile sul sito *www.lexitalia.it*), in quale si è affrettato a ribadire quanto in passato era stato precisato circa l'impossibilità di sostituire il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) con una dichiarazione della parte interessata, in considerazione del rilievo per cui il documento in questione riassumerebbe valutazioni tecniche di natura complessa.

Ciò posto, per il predetto Dicastero, il richiamo effettuato dall'art. 44 *bis* all'art. 71, concernente la modalità dei controlli sulla veridicità delle dichiarazione sostitutive di cui agli art. 46 e 47, lascerebbe intendere la possibilità, da parte delle PA., di acquisire un DURC (non una autocertificazione) da parte del soggetto interessato, i cui contenuti potranno essere vagliati dalla stessa PA. con le modalità previste per la verifica delle autocertificazioni.

Si tratta di una vera e propria *interpretatio abrogans*, resa ancor più evidente dal fatto che l'art. 44 *bis* introduce una disciplina applicativa specifica delle norme di cui al novellato art. 40 proprio con riferimento alle informazioni relative alla regolarità contributiva.

D'altra parte, non si comprende come, ammesso che l'amministrazione procedente possa ancora richiedere all'interessato l'esibizione del DURC, costituendo questo una vera e propria certificazione, non si comprende quali controlli possa poi effettuare ai sensi dell'art. 71.

A questo punto, appare evidente che è la stessa premessa da cui muove il percorso argomentativo seguito dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali a non essere corretto, non potendosi affatto escludere che l'interessato possa dichiarare sotto la propria responsabilità di aver regolarmente provveduto a versare i contributi previdenziali e di non aver subito contestazioni in ordine alla regolarità della propria posizione contributiva da parte degli organi accertatori competenti, circostanze di fatto tutte accertabili attivando i controlli di cui all'art. 71 e, comunque, acquisendo *ex officio* le informazioni relative alla regolarità contributiva dagli istituti previdenziali.

Del resto, gli unici limiti all'utilizzo delle misure di semplificazione, sono stabiliti dall'art. 49 e riguardano i certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti.

La questione deve essere sdrammatizzata

in considerazione del rilievo, al quale dinnanzi di accennava, in ordine alla preminente importanza che assume la trasmissione delle informazioni rispetto all'acquisizione dei documenti.Sotto questo profilo, emerge l'esigenza, segnalata dal Ministro della Pubblica Amministrazione e della Semplificazione con la direttiva n. 14 del 22.12.2011, *«di operare per assicurare le certezze pubbliche attraverso l'acquisizione dei dati o dei documenti e gli idonei controlli, anche a campione, di cui agli artt. 71 e 72 del d.P.R. n. 445 del 2000 (come modificato dall'art. 15 della l. n. 183 del 2011), sulla veridicità delle dichiarazione sostitutive»*. In proposito, l'art. 72, co. 1, prevede che *«ai fini dell'accertamento d'ufficio di cui all'art. 43, dei controlli di cui all'articolo 71 e della predisposizione elle convenzioni quadro di cui all'art. 58 del codice dell'ammini-strazione digitale, di cui al d. lgs. 7.3.2005, n. 82, le amministrazioni certificanti individuano un ufficio responsabile per tutte le attività volte a gestire, garantire e verificare la trasmissione dei dati o l'accesso diretto agli stessi da parte delle amministrazioni procedenti»*.

4. La responsabilità derivante da informazioni non veritiere (cenni).

Le tematiche che si delineano all'orizzonte in una visuale in cui dall'amministrazione *per documenti*, di stampo tradizionalmente burocratico, si passa ad un'amministrazione *per informazioni*, quale quella delineata dal Codice dell'Amministrazione Digitale, sembrano, piuttosto, riguardare la questione della certezza e veridicità del contenuto di dati ed informazione messe in circolazione dalle pubbliche amministrazioni. Al riguardo, deve rilevarsi che, se l'art. 73 esclude la responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti per gli atti emanati sulla base di false dichiarazioni, documenti falsi ovvero contenenti dati non più rispondenti alla verità, prodotti dall'in-teressato o da terzi, e, deve ritenersi, anche a seguito di dati ed informazioni acquisite d'ufficio nell'espletamento degli accertamenti di cui all'art. 43 e dei controlli di cui all'art. 71, si profila una responsabilità a carico dell'amministrazione certificante di cui all'art. 72, co.1, per i danni subiti da soggetti privati in conseguenza di dati ed informazioni non corrette, profilandosi una responsabilità da attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. nella gestione e nella trasmissione dei dati e delle informazioni, tanto più se le predette informazioni contengono dati personali (cfr. art. 15 del d.lgs. 30.6.2003, n. 196).

«::::::::: GA :::::::::»

LA SENTENZA N. 232/2011: INAMMISSIBILITÀ DELLA CHIAMATA IN SUSSIDIARIETÀ PER MANCANZA DI MOTIVAZIONE DELLA LEGGE?

della Dott. M. Zuppetta

Le innegabili circostanze che rendono le varie declinazioni del meccanismo della chiamata in sussidiarietà possibile ed in alcune circostanze un atto dovuto anche alla luce del recente pronunciamento della Corte Costituzionale che sancisce l'inammissibilità dell'avocazione in sussidiarietà per assenza di "una qualsiasi esplicitazione" nel dispositivo della norma.

The undeniable circumstances that make the various aspects of the mechanism of subsidiarity can call and in some circumstances a duty in light of the recent Constitutional Court ruling that states the inadmissibility dell'avocazione subsidiarity in the absence of *"any explanation"* in the standard device.

Sommario. 1. Premessa - 2. Le varie declinazioni del meccanismo della chiamata in sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte costituzionale dal 2003 ad oggi: allocazione di funzioni regionali (amministrative e legislative) al centro e ritorno. - 3. La n. 232/2011: inammissibilità dell'avocazione in sussidiarietà per assenza di "una qualsiasi esplicitazione" nel dispositivo della norma.

1. Premessa.

Le innegabili lacune, le numerose interferenze, le contraddizioni e le spesso oscure novità introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 2001[1], sono state quasi sempre e quasi tutte colmate, interpretate e chiarite dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza *creativa*, ha spesso fatto da supplente all'inerzia del legislatore, forgiando principi e istituti[2].

Tra questi, deve certamente annoverarsi la *chiamata (o attrazione) in sussidiarietà*, figura elaborata prendendo spunto proprio da taluni punti cardine della riforma del Titolo V[3] per *giustificare* l'esercizio in sussidiarietà da parte dello Stato, a determinate condizioni (riferimento ad oggetti di interesse nazionale, nell'ottica dell'esercizio integrato delle competenze), di funzioni regionali (dapprima solo amministrative e poi anche legislative), che è diventata ben presto clausola di carattere (*rectius* utilizzo) generale.

[1] *… il nuovo testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 si è rivelato, se non una pagina interamente bianca, almeno una pagina solo parzialmente scritta",* così, efficacemente, G.FALCON, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, nn.4-5/2008, 771.

[2] Oltre che alla chiamata in sussidierietà, si pensi, ad esempio, al principio di leale collaborazione, assente nel testo costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V, ma già allora considerato di rango costituzionale, siccome teorizzato dalla Corte e ancorato a principi e valori costituzionalmente sanciti (tutela della salute, del paesaggio, buon andamento della p.A). Sull'elaborazione di tale principio, cfr., tra i tanti, S.BARTOLE, *Ripensando alla collaborazione tra Stato e Regioni alla luce della teoria dei principi del diritto,* in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987, 63ss.; ID., *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 587, che ne individua «le prime tracce» nella sent. 219/1984; F. RIMOLI, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Diritto e società*, 1988, 370; A.GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in www.costituzionale.unipv ; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale: il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, 2002.

[3] Ci si riferisce ai principi sussidiarietà (verticale) e di leale collaborazione, veri e propri *cardini* del sistema delineato dalla riforma del 2001, ma anche a quelli di differenziazione e adeguatezza e, infine, al ritrovato principio di unità (e indivisibilità) della Repubblica di cui all'art.5 Cost.

Attualmente, tale *istituto* rappresenta un innegabile strumento di flessibilità del sistema che appunto consente, mediante la *variazione* dell'allocazione delle competenze (amministrative e legislative)[4] una mobilità dell'ordine costituzionalmente sancito, in grado di legittimare le possibili deroghe alle rigide regole di riparto fissate dalla riforma costituzionale (soprattutto con riferimento al dettato dell'art. 117, 2°, 3° e 4° co., cost)[5] utilizzando, ad un tempo, la *ratio* del principio di sussidiarietà verticale[6], il criterio di leale collaborazione ed il carattere prioritario della tutela di istanze/esigenze unitarie.

Con la recente sentenza n. 232 del 2011, la Corte torna sul punto e, senza negare né mettere in discussione la validità del meccanismo che anzi si preoccupa di (ri)illustrare, cassa la norma che tenta di invocarlo con una motivazione davvero peculiare: l'assenza, nel dispositivo, di *una qualsiasi esplicitazione* dei presupposti necessari per la chiamata in sussidiarietà.

Con le presenti riflessioni si tenterà di analizzare le ragioni addotte dal Giudice delle leggi, onde comprendere se con tale pronuncia questi abbia inteso *scrivere* un'altra pagina della propria giurisprudenza sul tema[7], ovvero se voglia con questa sibillina motivazione limitare (*rectius* controllare) il ricorso alla clausola di flessibilità in parola. Per poter analizzare e comprendere le motivazioni della recente sentenza occorre però ricostruire, sia pur rapidamente, il percorso fin qui tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in proposito.

2. Le varie declinazioni del meccanismo della chiamata in sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte dal 2003 ad oggi: allocazione di funzioni regionali (amministrative e legislative) al centro e ritorno.

Le varie declinazioni del meccanismo della chiamata in sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte dal 2003 ad oggi: allocazione di funzioni regionali (amministrative e legislative) al centro e ritorno.

Quando nel 2003 la Corte costituzionale elaborò per la prima volta il meccanismo della *chiamata in sussidiarietà*, lo fece con riferimento ad una fattispecie piuttosto semplice, rispetto alla quale l'utilizzo del nuovo espediente non era tale da stravolgere del tutto gli equilibri acquisiti con la riforma e, soprattutto, ne utilizzava taluni principi cardine[8]. In

[4] Trattasi invero, il più delle volte, di una vera e propria invasione da parte della legislazione statale, suffragata dal principio di sussidiarietà, unitamente a quello di legalità: l'esigenza di un esercizio unitario a livello statale di certe funzioni amministrative abiliterebbe lo Stato (in applicazione del principio di legalità) a disciplinare per legge siffatto esercizio.

[5] E' innegabile la rigidità del sistema delineato dalla riforma, specie in ambito legislativo. Difatti, il riparto di cui all'art. 117, Cost., con riferimento alle competenze esclusive, concorrenti e residuali, ove interpretato alla lettera, avrebbe potuto compromettere il funzionamento complessivo, sicchè la giurisprudenza lo ha applicato con una certa *elasticità*, come dimostra, anche a tacer d'altro, l'elaborazione della figura delle materie (*rectius* competenze) *"trasversali"*.

[6] Verifica dell'adeguatezza/inadeguatezza dell'ente inferiore ad esercitare le funzioni di cui sia titolare. Tale principio è per sua stessa natura mobile, nella misura in cui configura uno spostamento delle competenze che non è mai definitivo, in quanto condizionato (*rectius* determinato) dalle *capacità* dei diversi enti.

[7] Si fa presente che a far tempo dal 2003, la Corte non è mai tornata sui propri passi circa il meccanismo di flessibilità da essa stessa elaborato, pur tuttavia lo ha diversamente declinato prevedendo ora presupposti differenti, ora nuove ipotesi di applicabilità, ora limiti, ora la sua revocabilità.

[8] Ci si riferisce alla sentenza n. 303 del 2003, con cui per la prima volta la Corte ammise la possibilità per il legislatore statale di *attrarre* in sussidiarietà, alla propria competenza legislativa, oltre che amministrativa, la disciplina di determinati oggetti, a tutela di esigenze unitarie e previa intesa fra Stato e Regioni. Orbene, in quella fattispecie, il nuovo meccanismo operava in realtà con riferimento ad una questione di *interesse generale/nazionale* (provvedimenti legislativi relativi alla disciplina di procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione, localizzazione e realizzazione di infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale) e concerneva una normativa che investiva materie di competenza esclusiva statale e concorrente, senza toccare l'ambito (ben più delicato) delle materie di competenza residuale, rispetto alla quale, infatti, la Corte scelse di non pronunciarsi *("è estranea alla materia del contendere la questione se i principi di sussidiarietà e adeguatezza permettano di attrarre allo Stato anche competenze legislative residuali delle Regioni"* par.2.3 del *Considerato in diritto*). Successivamente, però, con la sentenza n.6 del 2004, la Corte chiarirà che la chiamata in sussidiarietà di funzioni (anche) legislative, poiché motivata da "*istanze unitarie"*, prioritarie, può (deve) riguardare anche le materie oggetto di potestà

quel contesto, infatti, si contemplò la possibilità per il legislatore statale di attrarre in sussidiarietà, con riferimento alla competenza sia amministrativa che legislativa[9], la programmazione ed esecuzione di opere pubbliche *strategiche* (e dunque di interesse nazionale), sussistendo i presupposti dell'intesa Stato-Regioni e dell'effettiva esistenza di esigenze unitarie[10]; il tutto, nel rispetto dei principi di leale collaborazione e proporzionalità, onde salvaguardare l'autonomia regionale e dunque non alterare l'equilibrio complessivo[11].

Il meccanismo così elaborato fu accolto positivamente, quale strumento volto a facilitare l'attuazione della riforma, rendendo (a ragion veduta e con gli strumenti opportuni) più elastico il sistema.

La pronuncia non passò inosservata, anzi, di lì a breve ne sopraggiunse un'altra, altrettanto *creativa* e per ciò stesso *storica* (n. 14 del 2004), con cui la Corte, con riferimento ad una ben diversa fattispecie (ipotesi di competenza/materia trasversale) e perciò con argomentazioni differenti[12], ripropose l'allo-

legislativa concorrente e residuale. L'allocazione a livello statale delle funzioni di competenza regionale anche residuale ha poi trovato conferma nella giurisprudenza successiva (cfr., da ultimo, sentenza n. 278/2010). Specificatamente, sulla sentenza n.6/2004, O.CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto,* in *Le Regioni*, n.4/2004, 941ss.

[9] La *lettura* del principio di sussidiarietà è qui alquanto peculiare, non tanto perché attragga le competenze legislative (in nome del principio di legalità), quanto piuttosto perché nelle argomentazioni della Corte si finisce con il privilegiare un impiego del principio diverso da quello per così dire tradizionale: anziché valorizzare l'autonomia territoriale, ci si ripropone di tutelare l'unità nazionale e, a tal fine, si trasferiscono al centro le competenze, il tutto, prescindendo dalle regole costituzionalmente sancite e scritte proprio per *privilegiare* le Autonomie. Inoltre, nelle argomentazioni della Corte si legge un certo *favor* nei confronti dello Stato, ovvero una sorta di inversione dell'onere della prova in ordine all'inadeguatezza del livello regionale, nella misura in cui si consente allo Stato di avocare in sussidiarietà funzioni regionali (a certe condizioni, ma anche a fronte di iniziativa genericamente motivata), lasciando alle Regioni l'onere di dimostrare la propria *adeguatezza e la propria capacità* a svolgere le medesime. Su quest'ultimo aspetto, espressamente, Q.CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n.303 del 2003 della Corte costituzionale,* in *Forum di Quad.cost.,* 13 ottobre 2003, 3.

[10] La Corte, infatti, onde rimarcare l'indiscussa priorità dell'idea di unità nazionale, quale principio guida per la lettura della Costituzione, dichiara che l'intransigente riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sancito dalla riforma del Titolo V rischia di <<*svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionalmente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze (sentenza n.303/2003, par.2.1 del Considerato in diritto). Sulla riconducibilità delle esigenze unitarie al principio innegabilmente attuale e vigente di unità e indivisibilità della Repubblica che riproporrebbe peraltro il concetto di interesse nazionale*, P.CARETTI, *La Corte e la tutela di esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà,* in *Le Regioni,* 2004, 381ss.*;* F.BENELLI, *Interesse nazionale, istanze unitarie e potestà legislativa regionale: dalla supremazia alla leale collaborazione* in *Le Regioni,* 2006, 933ss.; L. VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn.303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale,* in *Le Regioni,* n.4-5/2008, 883ss.

[11] Le argomentazioni riportate nella sentenza n.303/2003 costituiscono il punto di riferimento per tutte le elaborazioni concettuali successive sul tema. Numerosissimi i commenti della dottrina che ha attentamente analizzato la decisione, traendo spunto per le più diverse riflessioni, dati i numerosi temi ivi affrontati. Tra i tanti, cfr. A.ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni,* e S.BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale,* entrambi reperibili in www.giurcost.org.it; Q.CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà,* cit.; F.CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla lesale collaborazione dopo la sentenza n.303 del 2003,* in *Forum di Quad. Cost.,* 31 ottobre 2003; E.D'ARPE, *La Consulta censura le norme statali cedevoli ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della Sentenza n.303/2003,* in *Forum di Quad.Cost,* 17 ottobre 2003; A.MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?,* in *Forum di Quad. Cost.,* 8 ottobre 2003; L.VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny,* in *Le Regioni,* n.2/2004, 587ss. Non condivide l'impostazione secondo cui lo spostamento verso l'alto delle competenze legislative troverebbe giustificazione nel principio di sussidiarietà, A.D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale,* in *Giur.cost.,* 2003, 2776ss e *Diritto Regionale,* Giappichelli, 2010, 154.

[12] Nella sentenza n.14 del 2004 la Corte persegue il medesimo fine seguendo però un percorso diverso dal precedente, considerando ammissibile l'*inva-sione* (che non costituisce però esclusione delle Regioni) da

cazione al centro in sussidiarietà di funzioni amministrative e legislative, cercando di ribadire la validità e l'utilità del meccanismo attraverso una sua diversa declinazione; il Giudice delle leggi propose infatti un'interpretazione *estensiva* di una competenza esclusiva statale (tutela della concorrenza)[13], onde consentirle di attrarre quella concorrente, stanti l'inadeguatezza del livello inferiore e l'esigenza di una disciplina unitaria (e uniforme) *al centro*. In questo modo la Corte ampliò significativamente la portata del nuovo strumento.

Tali sentenze, come era facile immaginare, hanno segnato l'inizio di un lungo e tuttora *in fieri* filone giurisprudenziale[14], nonché di un piuttosto controverso orientamento dottrinale[15], rappresentando il primo passo della Corte verso l'elaborazione di un originale e complesso meccanismo di flessibilità (e dunque di una vera e propria rilettura del sistema disegnato dalla riforma) che, in meno di un decennio, tra critiche e conferme, si sarebbe rivelato un vero e proprio *escamotage* per il rafforzamento della posizione dello Stato *le-*

parte del legislatore centrale nelle materie di competenza regionale, in vista della materia considerata (tutela della concorrenza), la quale ha una portata generale (*rectius* trasversale) e ne propone un'interpretazione estensiva tale da ricondurvi (così come avviene in ambito comunitario), non solo la disciplina *antitrust*, ma altresì ogni intervento e misura ad essa riconducibile, onde assicurare allo Stato la titolarità del governo unitario dell'economia.

Sulla tutela della concorrenza quale materia trasversale/generale, altresì le sentenze nn. 430/2007, 431/2007 e 288/2010. In dottrina, condivide l'impostazione, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, 2010, 148-149, il quale peraltro riconduce la tutela della concorrenza nell'alveo delle c.d. *materie-non materie, vale a dire tali solo apparentemente, in quanto individuano non l'oggetto della competenza, ma gli scopi che mediante essa vanno perseguiti (competenze finalistiche*), (148). Quanto alla necessaria attrazione al centro delle competenze, è innegabile, in questa fase, una certa visione statalista della Corte; del resto, la principale differenza rispetto alla precedente pronuncia è proprio nella totale assenza, in sede argomentativa, di ogni riferimento ai principi di leale collaborazione e di proporzionalità. Sottolinea e non condivide il mancato ricorso in questa pronuncia al principio di leale collaborazione, R.BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n.4-5/2008, 791ss., spec.798. Evidenzia la tendenza della giurisprudenza di quel tempo nel senso di privilegiare le letture centraliste, siccome investita da un *forte … e travolgente vento di neocentralismo*, A.RUGGERI, *Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *Forum di Quad. cost*, 29 ottobre 2003; nello stesso senso, P.CARETTI, *Le sentenze nn.303/2003 e 14/2004: due letture creative*, secondo cui in particolare, con la sentenza n.14 la Corte *tradisce un'anima essenzialmente statalista*, 810.

[13] Evidenzia il contributo interpretativo fornito dalla Corte nella sentenza n.14/2004, sia per la scelta della terminologia, optando per locuzioni *a metà tra la politologia e l'economia: politiche nazionali, interventi regolativi, equilibrio economico generale*, sia nella parte in cui *ricava…il contenuto della disciplina della concorrenza direttamente dall'ordinamento comunitario*, attraendone principi e concetti, R.BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004*, cit., spec.792 e 794. Sottolinea poi la felice *scoperta* del *senso dinamico* della tutela della concorrenza come *leva* della politica economica europea, R.BIN, *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale), a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, n.4-5/2008, 801ss., spec.804.

[14] Nel successivo utilizzo del meccanismo della chiamata in sussidiarietà, non sempre la Corte ha utilizzato i medesimi argomenti, ampliando, ma talora anche restringendo il novero dei *requisiti*. Alle due sentenze *capostipiti* (n. 303/2003 e n. 14/2004), molte altre ne sono seguite, contribuendo ciascuna a suo modo alla definizione (invero mai definitiva) dell'istituto di flessibilità delle competenze. Numerosi i commenti ad entrambe le pronunce, in quanto pioniere entrambe di un orientamento innovativo e, per certi versi, sovversivo dell'*ordine* costituzionale appena (ri)disegnato dalla riforma, nonché suscettibile di investire l'assetto delle fonti statali e regionali. Tra i tanti, cfr. A.ANZON DEMMING, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel secondo regionalismo: le sentenze nn.303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in, *Le Regioni*, n.4-5/2008, 779ss.; P.CARETTI, *Le sentenze nn303/2003 e 14/2004: due letture creative del nuovo Titolo V della Costituzione, Ibidem, 807ss.;* S.MANGIAMELI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n.303 del 2003 e n.14 del 2004, Ibidem*, 825ss.; V.ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze storiche, Ibidem, 773ss.;* L.VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze*, cit., *Ibidem*, 883ss.

[15] Parte della dottrina eccepisce infatti che il nuovo istituto avrebbe indotto a tradire lo spirito della riforma, attraverso una interpretazione eccessivamente estensiva ed elastica delle regole di riparto delle competenze.

gislatore in determinati settori (sia pure ad esclusiva tutela della rivalutata unità nazionale[16]), nonché un efficace rimedio con cui ovviare alla rigida impostazione separatistica della riforma, tentando, in via pretoria, di introdurre strumenti di mobilità del sistema costituzionale che non rinnegassero, ma anzi salvaguardassero, la posizione di centralità attribuita alle Regioni dalla novella costituzionale del 2001[17].

Va detto, tuttavia, che nel tempo il ricorso a tale strumento non è stato sempre in perfetta linea con le coordinate inizialmente tracciate; la Corte, infatti, ha talvolta *sintetizzato* le proprie argomentazioni, consentendo l'operatività del meccanismo pur in assenza di talune valutazioni e dunque nonostante la mancanza di certi requisiti indicati nel 2003 come essenziali, vedendosi persino costretta a cassare norme statali che, in nome della tutela di esigenze unitarie, ma senza rispettare ora il principio di leale collaborazione, ora la proporzionalità e l'adeguatezza dell'intervento, tentavano di *attrarre* competenze sia amministrative che legislative in capo allo Stato[18]; conseguentemente, i giudici della Consulta hanno dovuto spesso ribadire e precisare l'esatta portata e l'ambito di applicabilità del meccanismo in parola[19].

Insomma, a dispetto dell'apparente semplicità e chiarezza del modello teorico a suo tempo elaborato, si è gradualmente evidenziata l'impossibilità di ritenere la chiamata in sussidiarietà uno strumento sempre utilizzabile[20] e, soprattutto, permanente[21].

---

[16] Sulle esigenze unitarie e sul loro valore di ritrovato interesse nazionale, cfr.tra i tanti, A.BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad.cost.*, 2001, 345ss.; R.BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le regioni*, 4/2001, 1213ss.; R.TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quad.cost.*, 2002, 1, 86ss.; F.CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, *Ibidem*, 89-90. F.BENELLI, *Interesse nazionale, istanze unitarie e potestà legislativa regionale: dalla supremazia alla leale collaborazione* in *Le Regioni*, 2006, 933ss.;

[17] Nonostante le perplessità e le critiche è innegabile che queste due pronunce capostipiti abbiano avuto il *merito di segnalare come in un sistema di legislazione articolato su più livelli risulti assai difficile impostare i rapporti secondo una logica … di reciproca esclusività delle competenze e, dunque, di separazione e come …richieda snodi flessibili idonei ad assicurarne la coerenza complessiva*, così, P.CARETTI, *Le sentenze n.303/2003 e 14/2004: due letture creative*, cit., spec.808. Che la necessità di strumenti di flessibilità sia una costante dei sistemi federali caratterizzati dal policentrismo legislativo, lo afferma A.ANZON DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel secondo regionalismo*, cit., 786; nello stesso senso, R.BIN, *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale)*, cit., secondo cui <<*un sistema politico a più livelli debba avere forme di raccordo e momenti decisionali unitari se non vuole paralizzarsi* >>, benché la Costituzione riformata non se ne preoccupi (804).

[18] La sentenza n. 303 lasciava intendere che l'attrazione in sussidiarietà fosse possibile solo e soltanto in presenza di talune condizioni (*conditio sine qua non)*, quali: l'inadeguaterzza dell'ente inferiore ad esercitare le funzioni in questione (amministrative e/o legislative); le (prioritarie) ragioni di unità nazionale; la proporzionalità, ragionevolezza e necessità dell'azione; l'accordo/intesa Stato-Regioni. Di lì a breve, la sentenza n. 6/2004, estendeva l'applicabilità del meccanismo alle materie di competenza residuale (nella specie oggetto della controversia era la produzione e l'approvigionamento di energia elettrica), ribadendo tuttavia l'essenzialità dei requisiti di proporzionalità, necessarietà, ragionevolezza, unitamente a quello della sussistenza di esigenze unitarie. Orbene, la giurisprudenza successiva non è stata del tutto uniforme. Difatti, se un consistente numero di pronunce ha effettivamente ricalcato tale percorso argomentativo (tra le tante: n. 151/2005, in materia di tecnica digitale terrestre di trasmissione televisiva; n. 242/2005e 214/2006, in materia di turismo; n. 166/2008, in materia di programmi di edilizia residenziale pubblica di interesse nazionale; n. 215/2010, in materia di produzione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica), non sono mancate sentenze dalla motivazione più sintetica, in cui la Corte ha legittimato l'attrazione in sussidiarietà adducendo argomenti piuttosto generici e spesso persino in mancanza di un effettivo riscontro della necessarietà, proporzionalità e ragionevolezza delle norme sottoposte a giudizio (in tal senso, le sentenze nn. 285/2005, sulla riforma della disciplina del settore cinematografico; 162/2005, circa la realizzazione e installazione di impianti di smaltimento dei rifiuti radioattivi; 213/2006, in materia di pesca; 88/2007, in materia di turismo; 63/2008, circa l'erogazione e la gestione di fondi di finanziamento).

[19] Sentenze nn. 233/2004, sulla metropolitana di Bologna; n. 383/2005, in tema di sicurezza e risparmio di energia elettrica; 88/2007, con riferimento ad insediamenti turistici di carattere nazionale; 339/2007, in tema di agriturismo; 374/2007, in materia di ordinamento delle Camere di Commercio.

[20] Si pensi alla difficile questione dei regolamenti di delegificazione, diversamente risolta dalla Corte (cfr sentenza n.76/2009). In proposito, G.DI COSIMO,

Con quest'ultima precisazione si intende mettere a fuoco una particolare e più recente declinazione del meccanismo, ossia quella che configura la possibilità di revoca, da parte dello Stato, dell'assunzione al centro di funzioni (c.d. *retroversione della sussidiarietà*). Tale ipotesi, già considerata ammissibile dalla dottrina[22], è stata successivamente rielaborata e *codificata* dalla giurisprudenza costituzionale[23], che ha ritenuto legittima la rinuncia statale all'esercizio di funzioni amministrative e legislative precedentemente attratte in sussidiarietà, con conseguente *ritorno* in capo alle Regioni delle medesime, per via del venire meno dei presupposti che quella stessa avocazione avevano determinato/necessitato.

Con la sentenza n. 79 del 2011, infatti, la Corte elabora un nuovo atteggiarsi del meccanismo di flessibilità delle competenze (vale a dire la sua possibile declinazione *al contrario*) e, contestualmente, ne modifica (censurandola) la relativa procedura, giudicando non (più) essenziale il ricorso all'intesa Stato-Regioni[24] in ipotesi di *revoca* statale.

Tale pronuncia induce a riflettere. Essa, infatti, mentre sembra *chiudere il cerchio* sulla questione della chiamata in sussidiarietà provvedendo a confermarne (dopo circa un decennio) la validità, aggiungendo persino un tassello (la revoca), a ben guardare segna il passo dell'istituto, laddove giudica non necessario osservare "*le procedure collaborative"* nella *fase* di revoca[25].

Tali *nuove* considerazioni, consentono di affermare che l'approccio dei giudici della Consulta all'istituto è tuttora variabile; a darne conferma, una successiva pronuncia, che qui di seguito si passa ad esaminare, la quale reca una motivazione se non altro e, ancora una volta, *innovativa*.

Trasfigurazione della chiamata in sussidiarietà, in *Le Regioni*, 3-4/2009, 729ss.

[21] Ci si riferisce alla c.d. *revocabilità* della chiamata in sussidiarietà, elaborata dapprima in ambito dottrinale e poi teorizzata dalla giurisprudenza costituzionale. Specificatamente sulla questione *infra*, note 22 e 23.

[22] La dottrina, mancando una opinione della Corte in merito alla possibilità di revocare la chiamata in sussidiarietà, ha tentato una propria elaborazione. In proposito, diffusamente, S.SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2009, che teorizza/prevede la *retroversione del moto ascensionale della sussidiarietà* 106, le cui fondamenta risiederebbero nella concezione ontologicamente bidirezionale del principio stesso, il quale legittimerebbe tanto la preferenza per gli enti più vicini ai cittadini, quanto, al contrario, l'intervento dell'ente maggiore in caso di incapacità di quelli. Alla luce di simili precisazioni e considerata la variabilità (innegabile) della inadeguatezza di un ente, quale presupposto necessario per l'avocazione al centro delle funzioni, certa dottrina ha ritenuto di poter ammettere la retroversione della sussidiarietà.

[23] Ad avallare le teorizzazioni della dottrina, la sentenza n.79/2011, in cui la Corte ha dichiarato legittime le disposizioni del decreto legge con cui il Governo ha revocato, senza sentire la Regione interessata, il finanziamento statale per la realizzazione della metropolitana del Comune di Parma, precedentemente concordato, siccome non più riconducibile nell'alveo delle opere di *"strategico interesse nazionale"*. Per un articolato commento, cfr. C.MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni,* in *Le Regioni*, n.2-3/2011, 455ss.; D.CHINNI, A.DANESI, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto legge. Nota a Corte cost., sent.11 marzo 2011, n.79,* in www.federalismi.it 27 luglio 2011.

[24] *"…l'intesa, nella fase di progettazione e di localizzazione, è indispensabile per dare validità ad uno spostamento di competenza legislativa ed amministrativa; la stessa intesa, uguale e contraria, non è invece necessaria se lo Stato decide di revocare il proprio finanziamento, senza tuttavia impedire alla Regione di esercitare la sua competenza, legislativa e amministrativa sul medesimo oggetto" (par.5 del Considerato in diritto). Siffatte argomentazioni sembrano rappresentare il passaggio più delicato della sentenza, nella misura in cui minano la portata del principio di leale collaborazione. Critici, sul punto, C.MAINARDIS, Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccord, cit., spec.22ss e D.CHINNI, A.DANESI, Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto legge, cit., 19ss., che addirittura vi ravvisano gli estremi di una nuova impostazione della Corte per la quale "o Stato è il vero dominus delle funzioni attratte in sussidiarietà: può decidere di avocarle, …disciplinarle con legge, … le può unilateralmente dismettere senza attivazione di meccanismi collaborativ"* (20).

[25] Si rammenta che già in passato (sentenza n.14/2004) la Corte aveva ammesso l'allocazione di funzioni al centro in sussidiarietà prescindendo dal principio di leale collaborazione. Cfr., *infra*, nota 12. Tale scelta, fatta oggi, lascia quantomeno perplessi, posto che l'utilizzo di strumenti di collaborazione e/o intesa, nonché di meccanismi di cooperazione, avevano dimostrato di ben controbilanciare lo spostamento delle funzioni al centro. E v'è di più: come è possibile considerare il momento collaborativo essenziale nella fase di allocazione al centro e superfluo per la revoca?

3. La n. 232/2011: inammissibilità dell'avocazione in sussidiarietà per assenza di *"una qualsiasi esplicitazione"* nel dispositivo della norma.

La sentenza n.232/2011: inammissibilità dell'avocazione in sussidiarietà per assenza di *una qualsiasi esplicitazione2* nel dispositivo della norma.

La sentenza 19.7.2011, n.232, pur inserendosi *di diritto* nel filone giurisprudenziale della chiamata in sussidiarietà, se ne discosta e al tempo stesso si contraddistingue, proprio per via del suo contenuto (*rectius* della sua motivazione). I Giudici della Consulta, infatti, interrogati circa la possibile operatività della clausola di flessibilità in un caso piuttosto peculiare, la escludono, ma per ragioni diverse da quelle che solitamente vi ostano e cioè per via della mancanza, nel dispositivo della norma, dell'indicazione dei consueti requisiti indispensabili per consentire la deroga, in sussidiarietà, alla regola del riparto delle competenze di cui all'art.117, cost.

La Corte, cioè, dopo aver ridefinito nei minimi dettagli il modello teorico di propria elaborazione, ne esclude l'utilizzo per una ragione che lascia se non altro perplessi.

Oggetto della controversia è la legittimità di diverse disposizioni del d.l. 31.5.2010, n.78 *(Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*) come convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n.122 e, in particolare, dell'art. 43, che prevede l'istituzione, nel Meridione d'Italia, di *zone a burocrazia zero*.

La ricorrente, Regione Puglia, ne eccepisce l'illegittimità costituzionale nella parte in cui, avendo la norma un ambito di applicazione generalizzato, vale a dire *non limitato a particolari settori materiali*, è destinata ad applicarsi ad ogni procedimento amministrativo ad istanza di parte concernente *nuove iniziative produttive* e quindi anche a quelli che si svolgono nell'ambito delle materie di competenza regionale, sia concorrente che residuale[26], in violazione dell'art. 117, 3° e 4° co., cost., nonché dell'art. 118, 2°co., nella parte in cui prevede che le funzioni amministrative siano allocate dal legislatore statale e/o regionale nelle materie di rispettiva competenza. Ove poi, ad avviso della ricorrente, si volesse invocare la chiamata in sussidiarietà, non ce ne sarebbero gli estremi[27]. E' evidente che la Regione sposi una visione rigida del riparto delle competenze (cioè quello delineato dalla riforma del 2001) e riconduca la fattispecie incriminata all'art.118, co. 2, contemplando solo *in via subordinata*, l'ipotesi dello strumento di flessibilità.

Il Governo, per cercare di far salva la norma, sostiene (tra l'altro[28]) la possibilità di ricondurla nell'ambito della materia esclusiva di *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale* (art.117, co. 2, lett. m), ma l'assunto non è minimamente condiviso dalla Corte.

Vediamo allora di analizzare (e compren-

---

[26] *…nel rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art.118 della Costituzione, … con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno*; in tali zone, *le nuove iniziative produttive* godono di una serie di vantaggi, posto che nei loro confronti, *i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, … , previe apposite Conferenze di servizi…* (art. 43, 1° e 2° comma, d.l. 31.5.2010, n.78).

[27] *…la previsione normativa censurata prescinde da qualsiasi valutazione di adeguatezza-inadeguatezza del livello territoriale di governo coinvolto, che è invece necessaria per verificare l'effettiva sussistenza … delle esigenze di esercizio unitario … e va condotta in riferimento alle singole funzioni coinvolte* (par. 5.3, del *Considerato in diritto).*

[28] L'Avvocatura generale dello Stato, che rappresenta e difende il Presidente del Consiglio, ha eccepito altresì la tardività del ricorso in quanto proposto contro disposizioni del decreto legge non modificate dalla legge di conversione, che tuttavia la Corte non condivide *giacchè… la Regione che ritenga lese le proprie competenze da norme contenute in un decreto-legge può sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale anche in relazione a questo atto* (par.3 del *Considerato in diritto*). La difesa statale sostiene poi che la norma in questione rientri nell'ambito dei poteri statali di coordinamento della finanza pubblica, ma anche in questo caso il Giudice non condivide l'assunto.

dere) le argomentazioni della Consulta, sia con riferimento al (pindarico) tentativo di *ancoraggio* della norma *de qua* alla materia (trasversale) della determinazione dei lep, sia rispetto all'impossibilità di *salvarla* attraverso il meccanismo della chiamata in sussidiarietà.

Il Giudice delle leggi innanzitutto esclude la possibilità di ricondurre la disposizione controversa alla materia di competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. m; in tal senso, si limita a chiarire che detta norma può essere invocata solo per prestazioni specifiche, concernenti diritti civili e sociali fondamentali, rispetto a cui può/deve essere uniformemente determinato dallo Stato il livello minimo, anche a scapito dell'autonomia regionale[29] e tale circostanza non può certo ravvisarsi nell'istituzione delle *zone a burocrazia zero* le quali, pur avendo l'indiscutibile pregio di introdurre forme di semplificazione amministrativa, non costituiscono certo un'ipotesi generalizzabile (sono infatti previste solo per il Meridione) [30].

Vero è però che su questo punto la stessa giurisprudenza costituzionale ha mutato orientamento, passando da una posizione di assoluta chiusura circa la possibilità di giustificare con la riconducibilità al secondo comma dell'art. 117 l'esercizio del potere statale di correzione di ipotetiche *discipline sbilanciate* regionali (sentenza n. 320/2004), dovendo la norma operare solo per la determinazione normativa di *standard* strutturali e qualitativi da garantire su tutto il territorio nazionale per diritti costituzionalmente garantiti, ad un atteggiamento di parziale *apertura*, con cui ha invece ammesso l'invocazione più generale della predetta norma e cioè anche con riferimento all'esercizio di funzioni amministrative regionali, purchè a certe condizioni[31], trattandosi non già di materia in senso stretto, bensì di *competenza* trasversale[32].

Ciò chiarito, la Corte passa ad esaminare il *nocciolo duro* della questione: la possibile invocazione dello strumento *chiamata in sussidiarietà* e dunque le ragioni della sua inapplicabilità al caso sottopostole.

Il Giudice delle leggi perviene alla declaratoria di illegittimità mediante un percorso argomentativo peculiare, in parte diverso persino da quello della Regione[33], ma soprattutto non in linea con le argomentazioni utilizzate in passato, posto che la ragione addotta non è quella canonica (mancanza dei presupposti per il meccanismo *de quo*), bensì una del tutto nuova: l'assenza di una specifica spiegazione *(esplicitazione*), nel dispositivo della norma impugnata, circa le ragioni che sorreggono (*rectius* sorreggerebbero) l'avocazione di funzioni a livello statale. In altre parole, la mancanza di una *motivazione* dell'atto normativo *incriminato*.

Orbene, l'utilizzo di un simile argomento a fondamento della illegittimità della norma desta qualche perplessità, soprattutto per il modo in cui la Corte vi giunge. Questa, infatti, nelle proprie considerazioni in diritto, chiarite, come sopra detto, le altre questioni, pun-

[29] Cfr. par.5.2 del *Considerato in diritto.* Nello stesso senso, già le sentenze nn.285/2005, 383/2005, 76/2009, 387/2007, 8/2011.

[30] Cfr. par.5.2 del *Considerato in diritto.* Condivide *in toto* le argomentazioni della Corte nel senso della certa non riconducibilità del contenuto della norma censurata alla previsione dell'art.117, 2 co., lett.m, S.PAJNO, *Le zone a burocrazia zero tra principo di sussidiarietà, motivazione della legge e livelli essenziali delle prestazioni. Traendo spunto dalla sent. n. 232 del 2011,* in www.federalismi.it, 30.11.2011, secondo il quale la *istituzione delle zone a burocrazia zero*, per quanto possa ritenersi politicamente importante la semplificazione amministrativa, non pare , proprio essere volta al soddisfacimento di diritti fondamentali *inestricabilmente connessi alla dignità della persona umana* (25).

[31] In questo senso, la sentenza n.10/2010, in cui si ammette che la competenza statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni possa fondare anche la *diretta erogazione di provvidenza*, a condizione che : a) ciò sia reso necessario e imprescindbile da peculiari situazioni; b) l'intervento risulti necessario allo scopo di assicurare effettiva tutela a soggetti in stato di bisogno (cfr., par.6.3 del *Considerato in diritto*).

[32] Condivide tale impostazione della Corte, A.D'ATENA, *Diritto regionale*, op.cit., 148. *Contra,* S.PAJNO, *Le zone a burocrazia zero tra principo di sussidiarietà, motivazione della legge,* cit., 25ss.

[33] La ricorrente, infatti, muovendo dall'ottica di una rigida ripartizione delle competenze, si limita a contestare la legittimità della norma in parola assumendo che lo Stato può attrarre funzioni amministrative solo nelle materie di sua competenza esclusiva, sicchè ci sarebbe violazione degli artt. 117, 3° e 4° co. e 118, 2° co.. Per un'eventuale chiamata in sussidiarietà, mancherebbe poi il necessario presupposto della valutazione di adeguatezza /inadeguatezza del livello territoriale inferiore.

tualizza che il punto da cui prendere le mosse per valutare la legittimità/illegittimità della norma, con riferimento alla possibilità per lo Stato di disciplinare procedure amministrative in ambiti di materie di competenza regionale concorrente e residuale, non è il secondo comma dell'art. 118, la cui rigida equazione tra titolarità delle funzioni amministrative e titolarità delle funzioni legislative *paralizza* il sistema, bensì il primo comma del medesimo articolo, la cui previsione, per sua natura dinamica, è da tempo utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale quale *ratio* del meccanismo di flessibilità dalla stessa elaborato ed in nome del quale è *legittimo* allocare in capo allo Stato funzioni amministrative, anche con riferimento a materie oggetto di competenza concorrente e residuale[34]; quanto poi all'ammissibilità dell'avocazione di funzioni anche legislative, la Corte rammenta che la giustificazione è nel principio di legalità sostanziale, nonché in quelli di sussidiarietà, differenziazione e inadeguatezza, ineludibili cardini per l'allocazione delle funzioni amministrative. A questo punto, il Giudice delle leggi, rinnovato il giudizio di validità circa lo strumento di flessibilità dalla medesima *creato* e ribaditane, implicitamente, l' utilità, passa a rammentare e specificare i presupposti indispensabili per invocarlo, condividendo, in questa parte, le osservazioni della Regione; in tal senso, precisa che la chiamata in sussidiarietà *opera* a condizione che sussistano: la necessità dell'esercizio unitario delle funzioni amministrative alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; la verifica dell'inadeguatezza del livello territoriale inferiore (regionale) e la partecipazione dei livelli di governo coinvolti.

Ciò chiarito, la Corte muove verso la risoluzione della questione, ma non nel senso che ci si attenderebbe, bensì dichiarando, del tutto inopinatamente, che l'analisi della norma censurata, il cui campo di applicazione è generalizzato (sicchè l'indefinita molteplicità delle materie dalla medesima coinvolte ben potrebbe riguardare procedure amministrative riconducibili nell'alveo delle materie di competenza regionale concorrente e residuale), *conduce a ritenere fondati i dubbi di legittimità costituzionale, in ragione della assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione*[35] dei tipici indispensabili requisiti di ammissibilità dell'istituto di natura pretoria[36].

Insomma, la Corte cassa la norma censurata, non ammettendo quindi l'utilizzo dello strumento di flessibilità, non semplicemente perché non siano ravvisabili gli estremi per l'operatività di quello, bensì perché nella norma legislativa mancherebbe l'esplicitazione delle ragioni che consentirebbero di ricorrervi.

Il (reale) motivo di inammissibilità dell'allocazione in sussidiarietà delle funzioni in questione starebbe dunque, non già nella (prevedibile) assenza dei requisiti pretoriamente individuati, bensì nella mancanza, in seno alla norma statale, della esplicita indicazione della loro sussistenza o, diversamente opinando, delle ragioni che giustificherebbero quell'avocazione.

In definitiva, la Corte sembra dire che la legge la quale disponga una diversa allocazione delle funzioni, debba dare conto dell'opportunità/necessità di farlo.

Una simile conclusione sorprende per diverse ragioni: innanzitutto non può dirsi costituisca un *nuovo* argomento in tema di chiamata in sussidiarietà, ma piuttosto una opinabile ragione di incostituzionalità della norma che l'invoca; in secondo luogo, giunge del tutto inaspettata, non solo in generale, con riferimento all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte che sul punto sembrava compiuto (trattasi di una ragione del tutto *nuova* di inammissibilità della chiamata in sussidiarietà), quanto in particolare, rispetto alla stessa pronuncia che, prima chia-

[34] In questo passaggio la Corte critica le censure mosse dalla Regione in quanto basate *sulla acritica e categorica affermazione … della insuperabilità di tale rigida corrispondenza* (cfr. par.5.4 del *Considerato in diritto)* .

[35] La sottolineatura è di chi scrive.

[36] *<<….sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza di detta avocazione …sia della impossibilità che le funzioni … possano essere adeguatamente svolte ai …livelli inferiori>>* par.5.5 del *Considerato in diritto* (parte finale). Fortemente critico circa la richiesta di una *<<esplicitazione legislativa>>*, S.PAJNO, *Le zone a burocrazia zero tra principo di sussidiarietà, motivazione della legge*, cit., spec. 7-11.

risce l'ambito di applicazione del meccanismo e poi non lo ammette per una ragione che ne prescinde e che non viene neanche esplicitata a sua volta; infine, tale motivazione reca anche un'intrinseca contraddizione, nella misura in cui pretende che una norma statale *codifichi* a priori la necessità dell'avocazione di funzioni al centro, quando poi il principio di sussidiarietà (che tale chiamata sottende) è per sua stessa natura variabile.

Alla luce di tali ultime considerazioni, sorge spontaneo un interrogativo: se, per caso, con tale sentenza la Corte si prefigga un'ulteriore finalità, ossia quella di affrontare (e proporre) una nuova e ancor più delicata problematica.

Si ritiene cioè di poter ipotizzare che, traendo spunto da questa vicenda (e dunque a prescindere dalla chiamata in sussidiarietà), i giudici della Consulta provino a teorizzare l'ipotesi di illegittimità di una norma per mancanza di motivazione della stessa.

A ben guardare, quindi, la sentenza *aprirebbe* scenari ulteriori, che non si esaurirebbero nella vicenda specifica dell'istituto di flessibilità, né della sua utilizzabilità, bensì riguarderebbero un altro strategico tema, quello della motivazione della legge.

Non è certo questa la sede per affrontare una sì complicata problematica, pur tuttavia non si può prescindere da alcune invero sintetiche considerazioni.

Nel nostro ordinamento non esiste l'obbligo di motivazione degli atti normativi[37], pur tuttavia da tempo la dottrina si è interrogata sul tema[38], ipotizzandone talora l'opportunità quale *onere per le Camere*, tant'è che nel tempo si è registrato un generale arricchimento del corredo motivazionale dei progetti di legge[39], fino ad evidenziarne l'utilità come strumento di controllo dei pubblici poteri.

Più di recente tuttavia, vista la perdità di *centralità* della legge statale, quale effetto della riforma del titolo V[40], taluni studiosi hanno riconsiderato la possibilità di prevedere l'obbligo di motivazione per gli atti normativi, in specie per quelli governativi (come appunto quello del caso esaminato), riaprendo il dibattito.

Ed allora, premesso che in passato la Corte, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha assunto una posizione contraria[41] e che la giurisprudenza è per sua natura mutevole, per via del variare delle circostanze e/o delle esigenze sostanziali, non si ritiene di poter escludere a priori la possibilità di un ripensamento del Giudice delle leggi e, dunque ravvisare in questa pronuncia un *precedente* circa la possibilità (*rectius* opportunità?) di introdurre nel nostro ordinamento la *motivazione della legge*.

---

[37] Tale previsione caratterizza invece gli atti comunitari che devono essere corredati di motivazione (art.289 Trattato di Lisbona). Su questi temi, cfr. R. MASTROINANNI, *La procedura legislativa, il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali: osservazioni critiche,* in www.astrid-online.it

[38] Il tema della motivazione della legge è da tempo oggetto di approfondimento da parte di Autorevoli studiosi (cfr., per tutti, C.MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* Cedam, 1952, L.PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario,* in *Riv.trim,dir.pubbl.*, 1956, 1024ss. e A.MOSCARINI, *Ratio legis e e valutazione di ragionevolezza della legge,* Giappichelli, 1996). La dottrina tradizionale ha invero a lungo ritenuto insussistente il relativo obbligo, stante il ruolo di Autorità suprema del Legislatore, che deve rendere conto delle proprie scelte solo in sede politica; con il tempo, invece, l'impostazione è mutata fino ad indurre a ravvisare nella motivazione il mezzo per controllare proprio quell'Autorità. Su questi temi, M.PICCHI, *Della motivazione delle leggi statali e regionali,* in *Osservatorio sulle fonti 2007,* Giappichelli 2008, 118ss.; S.BOCCALATTE, *La motivazione della legge, profili teorici e giurisprudenziali,* Cedam, 2008; P.GUIDELLI, *La motivazione della legge. Il caso della legge regionale Toscana 22 ottobre 2008, n.55,* in www.consiglio,regione.toscana.it , spec. 3-10.

[39] Si pensi alle Relazioni illustrative che accompagnano i progetti legislativi di iniziativa governativa e/o parlamentare, che sono sempre più articolati e corredati di approfondimenti e precisazioni, ma si pensi anche alla necessità di un preambolo (esplicativo) di accompagnamento dei decreti legislativi e dei decreti legge, richiesto dagli artt.14 e 15 della legge n.400/1988.

[40] Specificatamente, sul punto, N.LUPO, *La motivazione delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost; Rapporto 2001 sullo stato della legislazione,* Osservatorio della legislazione, Roma, Camera dei deputati, 2002.

[41] Cfr., sentenze n.14/1964 (circa la non necessità di motivare gli atti legislativi) e, più di recente, n.171/2007, circa la non essenzialità e non vincolatività, ai fini delle considerazioni della stessa Corte, della *motivazione* (in quel caso tuttavia presente) relativa ai presupposti di necessità ed urgenza di un decreto legge.

Ove così fosse, ci troveremmo dinanzi ad | un *nuovo* punto di partenza.

«::::::::: *GA* :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.4.2012, n. 2170
CdS - ente pubblico - partecipazione - conseguenze - legittimazione alla impugnazione del provvedimento conclusivo - va ammessa.
Dalla previsione della partecipazione di un ente ad un procedimento amministrativo si deve evincere la sua legittimazione ad impugnare il provvedimento conclusivo ritenuto lesivo. Non invece il contrario.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.2.2012, n. 1081
Annullamento d'ufficio - esercizio - limiti temporali - inconfigurabilità - discipline speciali - estensione analogica - esclusione.
Provvedimento negativo - basato su una pluralità di ragioni - in caso di legittimità di una sola di esse - inammissibilità del giudizio.
La vigente disciplina in tema di annullamento d'ufficio non fissa un termine ultimo oltre il quale l'esercizio dell'attività di autotutela è illegittima, riconducendo la valutazione in concreto in ordine alla tempistica della vicenda al parametro della ragionevolezza.
Il superamento del termine per la conclusione del procedimento rientra nella previsione dell'art. 21 octies, co. 2, l. 241/1990 in tema di c.d. 'illegittimità non invalidanti'.
La previsione dell'art. 1, co. 136, l. 311/04, laddove circoscrive l'esercizio del potere di autotutela a tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento non ha portata generale, essendo espressamente limitata ai provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati, ossia, a provvedimenti posti 'a monte' della stipula di atti paritetici. Essa, pertanto non si applica all'annullamento di permessi di costruire, trattandosi di provvedimenti posti 'a valle' di un complesso iter di programmazione urbanistica, nel cui ambito riveste un ruolo determinante la stipula di una convenzione urbanistica.
In caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni (ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento), è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato, o meglio inammissibile per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostativa, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostativa.

Consiglio di Stato, Sez. III, 16.2.2012, n. 833
***Nomen iuris* del provvedimento - vincolatività - esclusione.**
Revoca - mancata previsione misura indennizzo - illegittimità - esclusione.
Indipendentemente dal nomen iuris deve qualificarsi quale revoca e non quale autoannullamento il provvedimento che in autotutela ritiri una precedente aggiudicazione provvisoria, qualora sia occasionato non da vizi di legittimità della procedura ma da ragioni di opportunità.
Per giurisprudenza costante, l'eventuale mancata previsione dell'indennizzo non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di revoca ma legittima solo il privato ad azionare la relativa pretesa patrimoniale, anche davanti al giudice amministrativo.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.2.2012, n. 677
Accesso - rimessione adunanza plenaria - la questione relativa ammissibilità richieste ispettive.
Accesso - associazione di promozione sociali - legittimazione *ex lege* - documenti attinenti al perseguimento degli scopi statutari.
Vanno rimesse all'Adunanza Plenaria le questioni: (a) se sia o meno volta ad un inammissibile sindacato ispettivo l'istanza avente ad oggetto l'indicazione della esistenza o meno di atti e dei relativi estremi, allorquando ne sia indicato e delimitato l'oggetto e vi sia una indiscussa facilità di reperimento negli archivi dell'Ente; (b) se in tal caso siano configurabili soggetti controinteressati.
Sussiste una legittimazione ex lege in capo alle associazioni di promozione sociale all'accesso ai documenti attinenti al perseguimento degli scopi statutari.

Consiglio di Stato, Sez. III, 13.1.2012, n. 116
Accesso - interesse - nozione.
La necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto di accedere, non significa che l'accesso sia stato configurato dal legislatore con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante; esso assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale, ma anche dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre. In quest'ottica, il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.1.2012, n. 25
Accesso - legittimazione - controllo - potere - ampiezza.
Accesso - a documenti interni - legittimazione - va esclusa.
Il potere di controllo sulla legittimazione alla richiesta di accesso ha connotazione e incidenza diverse ove l'istanza di ostensione sia proposta in sede stragiudiziale, ovvero come richiesta istruttoria in pendenza di ricorso ai sensi dell'art. 21, co. 6, l. TAR.
Non può sussistere alcun valido e qualificato interesse all'ostensione di atti e documenti che non hanno avuto alcuna rilevanza esterna, restando meri interna corporis dell'amministrazione privi di ogni seguito.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, 15.12.2011, n. 1014
C.A.P. - superfluità - fattispecie.
La comunicazione di avvio del procedimento è superflua quando l'adozione del provvedimento finale è doverosa, oltre che vincolata per l'Amministrazione; i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; l'eventuale annullamento del provvedimento finale per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto, anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici.

Consiglio Giustizia Amministrativa, Regione Siciliana, Sezione Giurisdizionale, 21.11.2011, n. 866
Enti locali - consiglio comunale - condizionamento di tipo mafioso - art. 143 TUEL - scioglimento - avvio del procedimento - omissione della comunicazione - irrilevanza - ragioni - urgenza.
In caso di scioglimento del consiglio comunale, conseguente a fenomeni di condizionamento della criminalità organizzata ai sensi dell'art. 143 TUEL, l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento non integra il vizio di violazione di legge, stante il carattere intrinsecamente urgente che connota l'adozione del provvedimento di scioglimento e la formale riservatezza degli elementi documentali e indiziari su cui si basa necessariamente il provvedimento stesso.
La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un decreto del Presidente della Repubblica con il quale, ai sensi dell'art. 143 TUEL, veniva disposto lo scioglimento del Consiglio comunale a causa dell'accertato condizionamento da parte della criminalità organizzata. Avverso tale decreto il Sindaco ed il Vice Sindaco proponevano ricorso, lamentando il vizio di violazione di legge per omessa comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento, ricorso che poi veniva accolto dal Tribunale amministrativo, con relativo annullamento degli atti impugnati. Avverso tale pronuncia le competenti Amministrazioni dello Stato proponevano appello, lamentando che la sentenza di prime cure era fondata su una pronuncia del Consiglio di Stato rimasta isolata nel panorama giurisprudenziale .
Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, con la sentenza in commento, ha accolto l'appello proposto dalle Amministrazioni dello Stato rilevando la non necessità di comunicazione di avvio procedimentale, alla stregua del carattere intrinsecamente urgente che connota l'adozione di un provvedimento di scioglimento del Consiglio comunale ai sensi dell'art. 143 TUEL, riconoscendo che tale provvedimento estremo

costituisce la reazione ineludibile ed inevitabile dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica.
Ad avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa, quindi, sussistevano i presupposti per giustificare un'eccezione alla regola espressa dalla l. n. 241/90 , comprovandosi, anche alla luce di elementi istruttori sufficienti e concordanti, il condizionamento persistente e invasivo della gestione amministrativa dell'Ente locale, in tutto l'arco temporale oggetto della verifica, in modo che sono stati integrati i necessari presupposti di legge di cui all'art. 143 TUEL *(Red. Maria Giovanna Sbrolla).*

TAR Calabria, Cz, Sez. II, 23.4.2012, n. 431
Principio di proporzionalità - fondamento - definizione - corollari.
Gli articolati normativi in materia di sicurezza alimentare sono chiaramente ispirati al principio di proporzionalità di matrice comunitaria, corollario del principio di ragionevolezza e che implica che il mezzo utilizzato dall'amministrazione pubblica deve al contempo essere idoneo ed efficace allo scopo perseguito, dovendo la p.a. valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvolti nell'azione amministrativa, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi.

TAR Lazio, Sez. II *ter*, 12.4.2012, n. 3329
Procedimento amministrativo - istruttoria - PA. obbligo di soccorso - sussiste.
È illegittimo il provvedimento di esclusione di un privato dalla procedura per l'ottenimento degli aiuti di cui al d.m. 23.6.2012 motivato sulla mancata produzione di un documento di riconoscimento perché non trattandosi di procedure di evidenza pubblica sull'amministrazione grava il dovere di soccorso istruttorio ex art. 6, co. 1, lett. b, l. 241/90.

TAR Lazio, Sez. I *ter*, 21.3.2012, n. 2697
Atti di alta amministrazione - obbligo di motivazione - sussiste.
A differenza degli atti politici (i quali, pur se formalmente e sostanzialmente amministrativi, sono sottratti al sindacato giurisdizionale in quanto espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese), gli atti di alta amministrazione sono soggetti all'obbligo di motivazione previsto in generale dalla l. 241/90, essendo chiuso nel sistema, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 cit., ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi c.d. a motivo libero.

TAR Lazio, Sez. I, 5.3.2012, n. 2223
Atto politico - atto di alta amministrazione - criteri discretivi.
Atto endoprocedimentale - onere di immediata impugnazione - configurabilità - presupposti.
Atto di nomina - motivazione - obbligo - ampiezza.
Non può considerarsi atto politico, sottratto al sindacato giurisdizionale, l'atto di nomina di un componente di un organo collegiale tra persone aventi professionalità e competenza nel settore, quali requisiti basilari per la nomina stessa. Hanno, difatti, natura politica solo gli atti che sono riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione; detti atti non costituiscono attuazione dell'ordinamento ma sono espressione di una funzione diversa, libera nei fini e per tal motivo sono sottratti al sindacato del giudice amministrativo (Tar Lazio, Roma, II ter, 28.5.2001, n. 5076).
Va esclusa la qualificazione di atto politico per gli atti di nomina alle cariche dirigenziali dell'Amministrazione dello Stato o alle alte cariche pubbliche, per i quali, sulla scorta di un'attenta e seria valutazione del possesso dei prescritti requisiti in capo al designando, la scelta cade sul soggetto ritenuto più adatto a ricoprire una certa carica in vista del rispetto di obiettivi essenzialmente programmatici, trattandosi per la giurisprudenza di atti di alta amministrazione (CdS, VI, 10.8.1993, n. 566; id., IV, 22.5.1997, n. 553; id., 3.12.1986, n. 824; id.,14.4.1981, n. 340). Analogamente, i pareri resi dalle commissioni parlamentari nel procedimento di nomina non sono espressione di un'attività discrezionale politica bensì manifestazione di un giudizio sulle competenze professionali dei soggetti prescelti (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 10.7.2007, n. 3893; TAR Lazio, Roma, III quater, 22.1.2009, n. 517).
Gli atti di alta amministrazione svolgono un'opera di raccordo fra la funzione di governo

e la funzione amministrativa e rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo; essi costituiscono manifestazioni d'impulso all'adozione di atti amministrativi, funzionali all'attuazione dei fini della legge e sono pacificamente ritenuti soggetti al regime giuridico dei provvedimenti amministrativi che vede l'applicazione, in primo luogo, degli artt. 24, 97 e 113 della Costituzione, non potendo soffrire alcun vuoto di tutela giurisdizionale.
La giurisprudenza reputa sufficiente a radicare l'interesse a ricorrere la sussistenza di un interesse anche solo di carattere strumentale, inteso nel senso di interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e/o di sollecitare un nuovo esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio.
La regola secondo la quale l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile (la lesione della sfera giuridica del soggetto destinatario dello stesso essendo normalmente imputabile all'atto che conclude il procedimento) incontra un'eccezione nel caso di atti di natura vincolata (pareri o proposte), idonei come tali ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva; di atti interlocutori, idonei a cagionare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato; e di atti soprassessori, che, rinviando ad un avvenimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato, determinano un arresto a tempo indeterminato del procedimento che lo stesso privato ha attivato; trattandosi di atti, ancorché endoprocedimentali, idonei ad imprimere un indirizzo ineludibile alla determinazione conclusiva (CdS, Sez. IV, 4.2.2008, n. 296; id., 11.3.2004, n. 1246; 11.3.1997, n. 226; Sez. VI, 9.10.1998, n. 1377).
Il singolo provvedimento di nomina deve esporre le ragioni che hanno condotto alla scelta – sia pure effettuata latamente intuitu personae – dovendo ancorarsi ad un apprezzamento complessivo del candidato e ad un criterio di ragionevolezza della scelta effettuata che non può logicamente esaurirsi nel mero riscontro da parte dei singoli candidati dei requisiti prescritti dalla legge ma che importa articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità dei candidati, sulle loro capacità organizzative, sul loro prestigio personale, e sul prestigio che eventualmente hanno già conferito agli uffici precedentemente ricoperti e che astrattamente sono in grado di assicurare a quello da ricoprire. Ciò che vale a fortiori quando la nomina non sia preceduta da una qualche procedura selettiva introdotta da un bando di partecipazione che provvedesse a specificare criteri e requisiti astrattamente predeterminati dalla legge.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 1.3.2012, n. 456
Istanza di autotutela - PA. - obbligo di provvedere - esclusione.
Per costante giurisprudenza, non sussiste alcun obbligo per le amministrazioni pubbliche di pronunciarsi su istanze volte ad ottenere provvedimenti in autotutela, poiché i procedimenti in autotutela debbono essere attivati d'ufficio e le istanze di parte non possono che avere mera valenza sollecitatoria.

TAR Campania, Na, Sez. III, 28.2.2012, n. 1030
Silenzio inadempimento - decadenza dalla relativa azione - istanza - riproponibilità - va ammessa.
L'eventuale decadenza dell'azione in materia di silenzio (per il decorso del termine di un anno) non preclude, per espressa disposizione di legge, la riproponibilità della stessa, previa presentazione di una nuova domanda di avvio del procedimento.

TAR Liguria, Sez. II, 1.2.2012, n. 232
Preavviso di diniego - in caso di procedimenti non vincolati - necessità - sussiste.
È illegittimo il diniego di ammissione alla procedura negoziale per la stipula di un contratto di innovazione tecnologica, ai sensi della l. 46/1992 che non sia preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ex art. 10 bis, l. 241/90.

TAR Sardegna, Sez. I, 13.1.2012, n. 27
Annullamento in autotutela - provvedimento anticomunitario - interesse pubblico specifico - necessità - non sussiste.
L'obbligo di cooperazione gravante sulle PP.AA nazionali in forza dell'art. 4, co. 3, Trattato UE, nella interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia, si estende fino ad esigere

dall'amministrazione l'annullamento in autotutela di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto europeo, anche quando si tratti di atti del tutto legittimi al tempo della loro emanazione, ma divenuti comunitariamente illegittimi per effetto di sentenze della stessa Corte di Giustizia pronunciate successivamente alla inoppugnabilità dell'atto, e anche se nel frattempo si formi la cosa giudicata. Ne discende, in punto di peculiarità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza della illegittimità comunitaria del provvedimento, della non necessità della valutazione dell'interesse pubblico concreto e dell'affidamento del privato, poiché la fattispecie si connota (anche) in relazione all'esigenza di evitare che l'azione amministrativa anticomunitaria produca effetti economici pregiudizievoli per la collettività territoriale di riferimento, in conseguenza del possibile esercizio dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, responsabile sul piano internazionale dell'inadempimento.

TAR Basilicata, Sez. I, 10.1.2012, n. 7

Ordinanze contingibili ed urgenti - art. 54 TUEL - materia della sicurezza urbana - estensione - in assenza dei presupposti della contingibilità ed urgenza - possibilità.

La principale innovazione apportata dal decreto n. 92/2008, conv. con l. n. 125/2008, alla disciplina del potere del sindaco, previsto dall'art. 54 TUEL, di adottare ordinanze, è l'estensione di tale potere anche alla materia della sicurezza urbana; pertanto, si possono emanare anche provvedimenti atipici in funzione della prevenzione e dell'eliminazione di gravi pericoli che minacciano detto bene, pur in assenza dei presupposti della contigibilità e dell'urgenza.

La Corte Costituzionale, sulla questione dell'esatta portata delle innovazioni introdotte dal d.l. n. 92/2008 (sentenza n. 1 luglio 2009 n. 196) ha chiarito che il d.m. 5.8.2008 ha ad oggetto solamente la tutela della sicurezza pubblica, da intendersi come attività di prevenzione e repressione di reati. Da ciò la giurisprudenza ha tratto l'insegnamento per cui la materia della sicurezza urbana di cui all'art. 54 TUEL deve ritenersi del tutto coincidente con la materia della sicurezza pubblica, intesa quale prevenzione dei fenomeni criminosi che minacciano i beni fondamentali dei cittadini *(Valeria Coppola)*.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 5.1.2012, n. 1

Comuni e province - nomina assessori comunali - necessità di garantire la rappresentanza di genere - onere della prova per sciogliersi dal vincolo del rispetto delle pari opportunità - fattispecie.

Comuni e province - art. 6, co. 3, d. lgs. 18.8.2000 n. 267 - attuazione del principio della rappresentanza di genere - rinvio agli statuti comunali - necessario rispetto della normativa nazionale e comunitaria - possibilità di prevedere forme originali e avanzate di attuazione del principio di pari opportunità - impossibilità di scendere al di sotto del livello minimo costituito dalla rappresentanza di genere - silenzio degli statuti degli enti locali - obbligo di garantire la presenza di almeno un soggetto appartenente al genere altrimenti non rappresentato.

Comuni e province - nomina assessori comunali - requisiti sufficienti ai fini della rappresentanza di genere - discrezionalità del Sindaco nella scelta - divergenze fra singolo assessore e Sindaco - revoca dell'assessore - discrezionalità del Sindaco.

La libertà del sindaco nella scelta degli assessori, a differenza della libertà di voto degli elettori, non è assoluta, in quanto deve piegarsi alla necessità di garantire la rappresentanza di genere, riflesso applicativo del principio costituzionale di pari opportunità; egli, infatti, è sciolto dal vincolo di svolgere azioni positive e promuovere iniziative per le pari opportunità solo previa dimostrazione di non aver potuto in concreto individuare un assessore di genere femminile (nella specie, era accaduto che, all'interno di una giunta comunale il genere femminile non risultava rappresentato, avendo il Sindaco nominato soltanto assessori di genere maschile. Pertanto, alcune donne impugnarono gli atti di nomina deducendo, oltre alla violazione della normativa nazionale e comunitaria in materia di rappresentanza di genere e pari opportunità, anche un difetto di istruttoria nella ricerca di un potenziale assessore di genere femminile. Il TAR ha accolto il ricorso rilevando che l'indagine in concreto svolta dal Sindaco non

era stata sufficiente, atteso che egli aveva interpellato circa settanta donne a fronte di 18.000 abitanti nel territorio comunale).
Ai sensi dell'art. 6 co. 3 del d.lgs. 18.8.2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) gli statuti comunali e provinciali devono contenere norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra i generi e per promuovere la presenza di entrambi i generi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende e istituzioni da essi dipendenti. Il rinvio agli statuti non deve essere inteso come una riserva di fonte normativa che subordina l'attuazione del principio di pari opportunità negli organismi indicati dalla legge alla volontà di recepimento dei singoli comuni e delle singole province. Questa interpretazione consentirebbe di eludere facilmente il vincolo contenuto nell'art. 51 co. 1 della Costituzione e renderebbe gli enti locali impermeabili al contesto normativo comunitario e nazionale, che offre ormai una codificazione chiara e incontrovertibile non solo dell'astratto principio di pari opportunità ma anche delle sue declinazioni applicative più importanti; pertanto, gli statuti degli enti locali possono stabilire forme originali e avanzate di attuazione del principio di pari opportunità (ad esempio imponendo una compresenza dei generi rafforzata e tendenzialmente paritaria in giunta e negli altri organismi pubblici) ma non possono scendere al di sotto del livello minimo costituito dalla rappresentanza di genere. Questo significa che nel silenzio degli statuti gli enti locali sono comunque obbligati a garantire la presenza di almeno un soggetto appartenente al genere altrimenti non rappresentato.
Per la nomina ad assessore, ai fini della rappresentanza di genere, risultano sufficienti due requisiti oggettivamente dimostrabili: (1) adeguate competenze tecniche o professionali in relazione alle deleghe assessorili; (2) dichiarata disponibilità ad attuare il programma della maggioranza in carica. Una volta appurato il livello di preparazione di un certo numero di potenziali assessori e il loro orientamento politico pubblicamente espresso viene definita una rosa di nomi all'interno della quale il sindaco può esprimere con piena discrezionalità la propria scelta sulla base di valutazioni non ulteriormente investigabili; pertanto, una volta effettuata la scelta il sindaco rimane comunque titolare e garante della linea politica della propria amministrazione e può revocare, in qualsiasi momento, un assessore con il quale la collaborazione non sia più possibile per divergenze programmatiche o anche per fatti estranei all'attività di giunta, ma tali da minare la serenità dei rapporti, con il solo limite generale del divieto di comportamenti arbitrari.
Nella fattispecie, alcune donne cittadine di un comune lombardo avevano impugnato gli atti di nomina di due nuovi assessori comunali e lo statuto dell'ente, deducendo che, i primi, violavano i principi della rappresentanza di genere e di pari opportunità, poiché implicavano la nomina di altri due assessori di genere maschile all'interno di una Giunta in cui il genere femminile non era rappresentato e che, il secondo, non prevedeva la rappresentanza di genere nella giunta e negli organi collegiali del Comune, nonché negli enti, aziende ed istituzioni comunali. Le ricorrenti avevano contestato, altresì, i criteri adottati dal Sindaco nella ricerca di donne in possesso dei requisiti per la nomina ad assessore.
Il TAR ha accolto il ricorso rilevando sia una violazione dei principi della rappresentanza di genere e di pari opportunità - riconosciuti tanto a livello nazionale quanto comunitario - sia l'insufficienza dell'indagine svolta dal Sindaco per la ricerca di un potenziale assessore donna. Con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, il Tar ha affermato che: *il numero dei soggetti da coinvolgere in questo tipo di verifica deve essere stabilito con riguardo alle dimensioni e alle caratteristiche del contesto sociale*; pertanto, ha dichiarato illegittimi, per difetto di istruttoria, gli atti di nomina impugnati, atteso che la realtà comunale coinvolta nella vicenda, poiché di non piccole dimensioni, era sicuramente idonea a contenere delle persone disposte a sostenere il programma di governo *locale (Red. Alessandra Farruggio)*.

TAR Campania, Na, Sez. V, 27.12.2011, n. 8136

Ordinanze contingibili ed urgenti - requisiti - pericolo per l'incolumità pubblica - situazioni di carattere eccezionale - prove

concrete - occorrono.

Il potere del Sindaco, quale ufficiale del governo, di emanare ordinanze contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare i gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, per la cui esecuzione è anche possibile richiedere al Prefetto l'assistenza della forza pubblica, può essere esercitato solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale ed impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico in presenza di un preventivo accertamento della situazione che deve fondarsi su prove concrete e non su mere presunzioni. (Ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17.6.2009, n. 5726; Cons. Stato, Sez. V, 7.4.2003, n. 1831; Cass. Civ., SS.UU., 17.1.2002, n. 490).

Sul punto, la stessa Corte Costituzionale, con sentenza del 7.4.2011, n. 115, nel dichiarare la illegittimità costituzionale del co. 4 dell'art. 54 TUEL, introdotto dal d.l. n. 92/2008 convertito in l. n. 125/2008 nella parte in cui comprende la locuzione *anche* prima delle parole *contingibili e urgenti*, ha rimarcato che il Sindaco non può adottare provvedimenti a *contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato*, potendo derogare alla normativa primaria solo in maniera temporalmente delimitata e nei limiti della *concreta situazione di fatto che si intende fronteggiare*, dovendosi infatti garantire il principio di legalità sostanziale posto alla base dello Stato di diritto. *(Red. Valeria Coppola).*

TAR Umbria, 27.12.2011, n. 419

Accesso - meramente ispettivo - ammissibilità - limiti.

Accesso - termini per l'esercizio - enti territoriali - disciplina.

Nei casi in cui il richiedente non sia in condizione di conoscere l'esistenza di specifici atti effettivamente adottati, deve ritenersi ammissibile un'istanza di accesso non recante l'indicazione puntuale dei singoli atti richiesti, purché sia circoscritta e delimitata nei contenuti. E' necessario, in altri termini, ad escludere la genericità della pretesa ostensiva, l'indicazione degli elementi diretti a circoscrivere l'oggetto dell'accesso, onde evitare che la stessa si traduca in una forma di controllo generalizzato.

Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la Pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere. Con riguardo agli enti territoriali detto obbligo non si esaurisce con il decorso di un quarantennio dall'esaurimento dell'affare, salvo che l'Amministrazione attesti che sono stati versati negli archivi storici (artt. 30, co. 4, e 122, d. lgs. 42/04).

TAR Puglia, Le, Sez. II, 29.11.2011, n. 2065.

Comuni e province - provvedimenti deliberativi - termine di impugnazione - *dies a quo*.

Comuni e province - organi deliberanti - art. 134 co. 4 TUEL - esecuzione anticipata del provvedimento deliberato.

Per costante giurisprudenza, il termine di impugnazione dei provvedimenti deliberativi degli enti locali che non si rivolgono a soggetti determinati decorre dalla scadenza del termine di pubblicazione dei predetti atti all'albo pretorio dell'ente, che è ordinariamente fissato dalla legge in 15 giorni.

La facoltà riconosciuta agli organi deliberanti degli enti locali dall'art. 134, co. 4, TUEL, concernente la possibilità che l'esecuzione del provvedimento deliberato sia intrapresa prima della scadenza del termine ordinariamente previsto dalla legge, non può avere alcun effetto sulla decorrenza dei termini per la proposizione di azioni giurisdizionali a tutela delle posizione giuridiche soggettive.

Nella fattispecie in commento, il TAR Puglia è stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da un'associazione provinciale di albergatori e da altre società operanti nel settore alberghiero del medesimo comune, avverso la delibera con cui la Giunta comunale aveva determinato l'importo delle tariffe T.A.R.S.U. per l'anno 2010.

L'amministrazione resistente, costituendosi in giudizio, eccepiva l'irricevibilità del gravame per tardività, esponendo che la delibera impugnata era stata resa pubblica mediante affissione all'albo pretorio e che essendo stata dichiarata immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000, il termine di impugnazione della stessa doveva farsi decorrere dal giorno della sua pubblicazione nell'albo. Come è noto, l'art. 134 cit. stabilisce che nei casi di urgenza le delibere della giunta comunale o provinciale possono essere dichiarate immediatamente eseguibili

con il voto espresso della maggioranza dei componenti dell'organo deliberante. In altri termini, ricorrendo i presupposti di urgenza, l'ordinamento giuridico consente all'organo deliberante la possibilità di assicurare che l'esecuzione di tali provvedimenti possa essere intrapresa prima del termine previsto dal co. 3 dell'art. 134 del TUEL ossia prima che siano trascorsi 10 giorni dall'affissione della delibera all'albo. Ebbene, il Collegio ha ritenuto l'eccezione opposta dall'Amministrazione priva di fondamento. Con la sentenza in commento, il TAR Puglia ha affermato che il termine di impugnazione dei provvedimenti deliberativi degli enti locali, che non si rivolgono a soggetti determinati, decorre dalla scadenza del termine di pubblicazione dei predetti atti all'albo pretorio dell'ente; tale termine è fissato dall'art. 124, co. 1, d.lgs. n. 267 del 2000 in 15 giorni. Nel caso specie, il ricorso era stato notificato entro 60 giorni dalla scadenza del termine di pubblicazione nell'albo pretorio della delibera e pertanto è stato ritenuto tempestivo, a nulla rilevando la circostanza che il provvedimento impugnato fosse stato dichiarato immediatamente eseguibile. A questo proposito, il Collegio ha chiarito che la facoltà prevista dall'art. 134, co. 4, TUEL non può avere alcun effetto sulla decorrenza dei termini per la proposizione di azioni giurisdizionali. Per i Giudici del TAR Puglia pervenire ad un diversa conclusione significherebbe ammettere che le amministrazioni provinciali e comunali, disponendo l'immediata esecuzione dei provvedimenti deliberativi, possano incidere sulla decorrenza del *dies a quo* del termine per la relativa impugnativa giurisdizionale, determinando così un'inammissibile compromissione delle garanzie processuali assicurate dall'ordinamento giuridico. (*Red. Fabiana Misino*).

TAR Basilicata, Sez. I, 16.12.2011 n. 615

Comuni e province - Sindaco - revoca assessore comunale - discrezionalità - art. 46, co. 4, TUEL - necessita valutazione consiglio comunale - sindacato g.a. - è possibile - limiti.

Comuni e province - Sindaco - revoca assessore comunale - obbligo di motivazione ex art. 3, l. n. 241/90 - inapplicabilità – art. 46, co. 4, TUEL - obbligo di motivata comunicazione al consiglio - fattispecie.

Comuni e province - Sindaco - revoca assessore comunale - comunicazione al destinatario *ex* artt. 7 e 8, l. n. 241/90 - non è necessaria - motivazioni.

Il provvedimento sindacale di revoca di un assessore comunale, sebbene adottato da un'autorità amministrativa nell'esercizio del relativo potere ed ancorché ampiamente discrezionale, non è libero nella determinazione dei fini, ma è sottoposto alla valutazione del consiglio comunale ai sensi dell'art. 46, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000; pertanto in capo al g.a. residua un mero controllo di legittimità dell'atto stesso, limitato ai profili formali e procedimentali, stante la sua natura eminentemente fiduciaria e speculare all'atto di nomina dell'assessore da parte del sindaco.

L'art. 46, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000, discostandosi dalla regola generale di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990, non pone a carico del sindaco alcun onere motivazionale rispetto all'atto di revoca assessorile, ma ne richiede esclusivamente una comunicazione motivata al consiglio, diretta al mantenimento di un corretto rapporto collaborativo tra i diversi organi comunali; pertanto il citato provvedimento ben può fondarsi su valutazioni di opportunità politico-amministrative, come tali sottratte al sindacato del g.a., salvo che sussista una loro evidente carenza o arbitrarietà.

Il provvedimento di revoca assessorile non necessita della previa comunicazione al destinatario prescritta dagli artt. 7 e 8, l. n. 241 del 1990 poiché, ex art. 46, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000, il suo apporto partecipativo è irrilevante ai fini della decisione del sindaco, soggetta solo all'esame del consiglio comunale.

La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima trae origine dalla decisione del Sindaco di un Comune di revocare uno degli assessori comunali dal suo incarico.

Avverso tale provvedimento infatti proponeva ricorso il destinatario deducendone, in primo luogo, il difetto di motivazione *ex* art. 3, l. n. 241 del 1990, a fronte della mancata indicazione delle ragioni di fatto e di diritto ad esso sottese, nonché l'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca nonostante l'assenza delle particolari esigenze di celerità che, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241 del 1990, consentono di derogare alla descritta regola partecipativa ed infine chiedendone, in via incidentale, la sospensione.

L'Amministrazione comunale, a sua volta, resisteva formulando varie eccezioni di rito e di merito. In dettaglio quest'ultima non riteneva di essere incorsa in alcuna violazione delle norme richiamate dalla controparte stante il tenore dell'art. 46, co. 4, TUEL, disposizione diretta a regolare la materia *de quo*, che invero non prescrive alcun generico obbligo di motivazione, né tantomeno di comunicazione dell'atto di revoca all'interessato, limitandosi invece ad imporre l'assolvimento, da parte dei soggetti legittimati ad adottare tali provvedimenti, dell'onere di *motivata comunicazione al consiglio*.

Ad ogni modo l'atto di revoca, in accoglimento della domanda cautelare, veniva temporaneamente sospeso e pertanto era disposto il *reintegro* del ricorrente nelle funzioni di assessore, al quale tuttavia faceva seguito un ulteriore provvedimento sindacale di revoca, novativo rispetto al precedente giacché connotato da una più analitica esposizione delle motivazioni poste a suo fondamento.

Anche il nuovo provvedimento era perciò impugnato dal destinatario, per le medesime motivazioni sopra esposte, ugualmente contrastate dalla difesa comunale.

Ebbene il Tribunale adito, dopo aver riunito i due distinti ricorsi e dichiarato improcedibile il primo per sopravvenuto difetto di interesse, uniformandosi all'orientamento giurisprudenziale maggioritario (*ex multis*: CdS, Sez. V, 23.01.2007, n. 209 e 27.04.2010, n. 2357) ha respinto il secondo di essi confermando che, in simili ipotesi, non trovano applicazione gli artt. 3 e 7 della l. 241 del 1990, ma le prescrizioni dell'art. 46, co. 4, TUEL, che richiede esclusivamente l'esame del consiglio comunale sui citati atti, al fine di garantire un rapporto di collaborazione tra i vari organi comunali. Tale conclusione, del resto, è avvalorata dalla circostanza che trattasi di scelte ampiamente discrezionali, data pure la natura fiduciaria dell'incarico assessorile, rispetto alle quali non è quindi contemplato alcun apporto partecipativo dei soggetti interessati.

Ne consegue inoltre che lo stesso spazio d'intervento del g.a. è circoscritto poiché se, da un lato, la natura discrezionale dell'atto di revoca lo rende sindacabile dal g.a., dall'altro la sua natura fiduciaria, speculare al provvedimento di nomina dell'assessore da parte del sindaco, ne consente un mero controllo di legittimità, dal quale esula la valutazione delle ragioni addotte che, come nel caso di specie, ben possono consistere in considerazioni di opportunità politico-amministrative *(Red. Ilaria Di Toro)*.

TAR Basilicata, Sez. I, 15.12.2011, n. 584

Comuni e province - consiglieri comunali e provinciali - deliberazione del consiglio comunale - incompatibilità - interesse all'impugnazione - quando sussiste.

Il proprietario di aree comprese nello strumento urbanistico ha interesse a denunciare la violazione dell'art. 78 d.lg. n. 267 del 2000 qualora provi che l'interesse personale del consigliere, che avrebbe dovuto imporgli l'astensione, ha arrecato un pregiudizio diretto anche ai propri fondi; pertanto, in caso contrario, qualora l'intervento in Consiglio dell'amministratore in conflitto di interessi non abbia sortito alcun effetto sul regime giuridico delle aree di proprietà dell'esponente, non sussiste l'interesse di quest'ultimo alla denuncia della violazione dell'art. 78 cit., poiché l'eventuale accoglimento del gravame comporterebbe conseguenze esclusivamente sui fondi non di proprietà del ricorrente, il quale, quindi, non vedrebbe, mutato il regime giuridico dei propri immobili.

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda l'impugnazione del decreto del Presidente della Giunta regionale della Basilicata con cui veniva approvato il PRG di un Comune, come riadattato da quest'ultimo con delibera n. 19/03, con le modifiche di zonizzazione e le norme tecniche di attuazione.

Con il primo motivo del ricorso veniva dedotta la circostanza secondo la quale in sede di riadozione del PRG da parte del Consiglio comunale, il vicesindaco avrebbe partecipato alla deliberazione, esprimendo voto favorevole, nonostante un terreno di proprietà della moglie e del cognato dell'eletto venisse classificato in zona C1 (con un indice di fabbricabilità quasi doppio rispetto alle confinanti zone C3 e C4) senza previa lottizzazione convenzionata come previsto per queste ultime, circostanza che secondo i ricorrenti avrebbe imposto al consigliere l'astensione dalla discussione e votazione della citata delibera ai sensi dell'art. 78, co. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000.

Ad avviso del TAR Basilicata, che ha rigettato il ricorso dichiarandone inammissibile il primo motivo, nell'ipotesi di piani urbanistici in

relazione ai quali si sia verificata l'ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 78 cit., vale a dire un conflitto di interessi, il predetto articolo, al successivo co. 4 prevede l'annullamento esclusivamente delle parti dello strumento urbanistico in relazione alle quali venga accertata la correlazione immediata e diretta tra il contenuto del medesimo e gli interessi personali dell'amministratore pubblico e dei suoi parenti o affini fino al quarto grado.
Infatti, la disposizione del co. 4 è stata intesa dalla giurisprudenza (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 17.5.2010, n. 1526) nel senso che l'eventuale conflitto di interesse dell'amministratore, anche ove venga accertato, non è tale da travolgere l'intero piano urbanistico ma unicamente le parti da ritenersi collegate all'interesse personale dell'amministratore pubblico o dei suoi parenti o affini, secondo il disposto del noto brocardo utile per inutile *non viziatur*.
Pertanto, secondo il giudice amministrativo l'interesse a denunciare la violazione dell'art. 78 cit. sussiste esclusivamente in capo al proprietario delle aree ricomprese nello strumento urbanistico, qualora si dimostri che l'interesse personale del consigliere abbia arrecato un pregiudizio diretto anche ai propri fondi.
In caso contrario, ove l'intervento in consiglio dell'amministratore in conflitto di interessi non sia stato tale da determinare alcun effetto sul regime giuridico delle aree di proprietà dell'esponente, non è configurabile l'interesse di quest'ultimo alla denuncia della violazione predetta, poiché l'eventuale accoglimento del gravame comporterebbe conseguenze solo su fondi non appartenenti al ricorrente, non determinandosi, in questo modo, il mutamento del regime giuridico dei propri immobili.
In conclusione, nel caso di specie il TAR Basilicata ha ritenuto che i ricorrenti, essendo proprietari di immobili ricadenti in zone diverse dalla C1 (zona nella quale ricadrebbero gli immobili beneficiati dal conflitto d'interessi), non hanno fornito la prova concreta ed univoca dell'utilità che sarebbe potuta loro derivare dall'annullamento parziale del PRG rigettando conseguentemente il ricorso proposto dai medesimi *(Red. Carolina Morici).*

TAR Calabria, Ct, Sez. I, 13.12.2011, n. 1680
Comuni e province - affidamento diretto di incarico professionale - insussistenza di ragioni eccezionali che legittimano l'affidamento diretto - necessità di osservare le regole sulle procedure ad evidenza pubblica.
Comuni e province - affidamento diretto di incarico professionale mediante provvedimento della Giunta comunale - violazione dell'art. 107 d. lgs. 18.8.2000 n. 267 - incompetenza dell'organo politico - competenza dell'organo burocratico.
In assenza di ragioni eccezionali che consentano ad una pubblica amministrazione di affidare un incarico professionale mediante affidamento diretto, l'ente, in ossequio ai principi generali di concorrenza per il mercato, deve rispettare le regole che presiedono allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica; pertanto, il provvedimento amministrativo che affida ad un professionista un incarico mediante affidamento diretto è illegittimo in mancanza di ragioni che, eccezionalmente, consentano di ricorrere a tale modalità in luogo delle procedure di evidenza pubblica.
Il provvedimento della Giunta comunale che affida ad un professionista un incarico mediante affidamento diretto è illegittimo per incompetenza della Giunta stessa, in quanto, pur trattandosi di una attività di gestione, gli atti del procedimento sono stati adottati non dall'organo burocratico ma dall'organo politico, con conseguente violazione dell'art. 107 del d. lgs. 18.8.2000 n. 267.
Nella fattispecie, il Tar ha annullato un provvedimento con il quale la Giunta di un comune calabrese aveva affidato ad un ingegnere l'incarico di realizzare il piano strutturale comunale, senza previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica. Il Giudice amministrativo ha rilevato l'illegittimità del provvedimento sia per insussistenza delle ragioni che, in via del tutto eccezionale, consentono ad una pubblica amministrazione di ricorrere all'affidamento diretto, sia per incompetenza della Giunta ad adottare il provvedimento, in quanto organo politico e non burocratico *(Red. Alessandra Farruggio).*

TAR Puglia, Sez. I, 14.12.2011, n. 2164
Assessore comunale - incarico - revoca - obbligo di motivazione - non sussiste - valutazioni di opportunità - rapporto fiduciario – discrezionalità - sindaco -

presidente della provincia - competenza - sussiste.

Assessore comunale - incarico - revoca - procedimento amministrativo - partecipazione - comunicazione di avvio del procedimento - non obbligatorietà - valutazione interessi coinvolti - Sindaco - competenza - sussiste.

La revoca dell'incarico di assessore è posta essenzialmente nella disponibilità del sindaco o del presidente della provincia e la comunicazione motivata è tendenzialmente diretta al mantenimento di un corretto rapporto collaborativo tra sindaco-giunta/presidente provincia-giunta ed il consiglio comunale o provinciale, il quale potrebbe eventualmente opporsi ad un atto del genere, ma con l'estremo rimedio della mozione di sfiducia motivata (art. 37 l. n. 142/1990, come sostituito dall'art. 18 l. n. 81/1993 ed art. 52 d. lgs. n. 267/2000), che però comporta in caso di approvazione lo scioglimento del consiglio stesso; pertanto, l'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico di un singolo assessore va valutato nel descritto quadro normativo ed esso può senz'altro basarsi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrative ampiamente discrezionali, rimesse in via esclusiva al sindaco o al presidente della provincia, tenendo conto sia di esigenze di carattere generale, sia di particolari esigenze di maggiore operosità ed efficienza di specifici settori dell'amministrazione locale o per l'affievolirsi del rapporto fiduciario tra il capo dell'amministrazione e singolo assessore, tenendo presente che trattasi non di un tipico procedimento sanzionatorio ma di una revoca di un incarico fiduciario difficilmente sindacabile in sede di legittimità se non sotto i profili formali e l'aspetto dell'evidente arbitrarietà, in relazione all'ampia discrezionalità spettante al capo dell'amministrazione locale.

Le prerogative della partecipazione al procedimento amministrativo possono essere invocate quando l'ordinamento prende in qualche modo in considerazione gli interessi privati in quanto ritenuti idonei ad incidere sull'esito finale per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, mentre tale partecipazione diventa indifferente in un contesto normativo nel quale la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa in modo esclusivo al Sindaco, cui compete in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi per l'amministrazione del Comune nell'interesse della comunità locale, con sottopozione del merito del relativo operato unicamente alla valutazione del consiglio comunale; pertanto, la revoca dell'incarico di assessore comunale, procedimento semplificato al massimo per consentire un'immediata soluzione della crisi intervenuta nell'ambito del governo locale e che si articola nella valutazione della situazione da parte del sindaco, scelta sindacale di modificare la composizione della giunta nell'interesse della comunità locale e comunicazione motivata di ciò al consiglio comunale, è immune dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento all'assessore assoggettato alla revoca in considerazione della specifica disciplina normativa vigente in materia, salvo che non venga fatta propria dal consiglio comunale.

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un decreto adottato dal Sindaco di un Comune, con il quale un assessore comunale veniva revocato dal suo incarico, essendo venuto meno il rapporto fiduciario tra il Sindaco e l'assessore medesimo.

Avverso tale decreto l'assessore proponeva ricorso, lamentando il vizio di violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 l. n. 241 del 1990, dello Statuto comunale, e degli artt. 6 e 46, co. 4 del d. lgs. 267 del 2000, nonché eccesso di potere per difetto e/o incongruità della motivazione e violazione del principio della pari opportunità *ex* art. 51 Cost.

Il TAR Puglia, con la sentenza in commento, ha rilevato la non sussistenza dell'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico di un singolo assessore, non solo in considerazione della specifica disciplina normativa vigente in materia, ma anche in relazione al rapporto fiduciario che intercorre tra il capo dell'amministrazione locale ed il singolo assessore, che fa si che la nomina dell'assessore da parte del Sindaco si basi su valutazioni opportunità politico-amministrative, e cioè sostanzialmente discrezionali.

Ad avviso del giudice amministrativo, inoltre, la problematica circa la necessità o meno della comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'incarico di assessore viene risolta in senso negativo: la valutazione degli interessi coinvolti, infatti, rientra nella competenza

esclusiva del Sindaco, il quale in piena autonomia e responsabilità sceglie la compagine di cui avvalersi per l'amministrazione del Comune, risultando, quindi, non necessaria la comunicazione di avvio del procedimento all'assessore assoggettato alla revoca[1] (*Red. Maria Giovanna Sbrolla*).

TAR Puglia, Sez. II, 22.11.2011, n. 2026

Procedimento amministrativo - deliberazioni comunali - pubblicità - istanza di accesso agli atti - requisiti.

Il fatto che le deliberazioni comunali siano pubbliche e che la pubblicità degli atti deliberativi venga assicurata mediante l'affissione all'albo pretorio dell'ente, non significa, che cessato il periodo di pubblicazione, ciascun cittadino possa indiscriminatamente accedere a tutte le deliberazioni comunali, senza aver preventivamente circoscritto l'oggetto dell'accesso e senza aver rappresentato in maniera motivata la sussistenza di un interesse, concreto, diretto ed attuale al richiesto accesso documentale; pertanto, anche per i documenti degli enti locali trova applicazione la disposizione secondo la quale l'accesso documentale presuppone la sussistenza in capo al richiedente di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (art. 22, co. 1, lett. b) l. n. 241/1990), che la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata (art. 25, co. 2, della l. n. 241 cit.) e che non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (art. 24, co. 3, della l. n. 241/1990).

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un provvedimento di diniego con il quale un Comune respingeva un'istanza di accesso documentale, non ravvisando in capo all'istante la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata, in relazione ai documenti per i quali veniva richiesto l'accesso. Avverso tale diniego di accesso l'istante proponeva ricorso, lamentando il vizio di violazione di legge degli artt. 10, co. 1, 124 e 174 del TUEL e art. 24 l. n. 241/1990, nonché eccesso di potere per sviamento di potere, contraddittorietà della motivazione, manifesta ingiustizia e travisamento dei fatti.

Il TAR Puglia, con la sentenza in commento, ha rilevato la carenza di interesse, non ravvisando in capo al ricorrente la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ritenendo piuttosto che la predetta istanza di accesso, avente ad oggetto i principali atti amministrativo-contabili del Comune per un arco di tempo considerevole, era finalizzata ad una forma di controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione comunale, controllo espressamente vietato dalla legge.

Ad avviso del giudice amministrativo, quindi, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, non essendo stato da parte del ricorrente adeguatamente circoscritto l'oggetto dell'accesso, né adeguatamente comprovato il suo interesse al preteso accesso documentale. (*Maria Giovanna Sbrolla*).

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 17.11.2011, n. 1585

Comuni e province - Sindaco - ordinanze contingibili e urgenti - tutela della salute pubblica - inquinamento acustico - tutela di alcuni soggetti privati - legittimità - presupposti e condizioni.

In presenza di un fenomeno d'inquinamento acustico, anche se non coinvolgente l'intera collettività, ma solo alcuni cittadini, e in assenza di una norma di legge che preveda un potere di intervento amministrativo ordinario, che consenta di ottenere il risultato dell'immediato abbattimento delle emissioni sonore inquinanti, legittimamente il Comune interviene a tutela della salute pubblica mediante l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente, configurandosi la medesima come strumento costituente espressione della potestà regolatoria, spettante ai Comuni, di conformare l'attività privata al rispetto dei limiti di emissione/immissione acustica nell'ambito del territorio comunale.

La fattispecie in epigrafe trae origine da un'ordinanza adottata dal Sindaco di un comune, mediante la quale veniva ordinata l'inibizione parziale dell'attività di deposito, annesso all'attività di autotrasporto per conto terzi, nel periodo notturno dalle ore 22.00 alle ore 7.00, consentendosi in tali orari solo la sosta e non la movimentazione degli autocarri. Il

[1] Cfr. CdS, Sez. V, 12.10. 2009, n. 6253.

comune era intervenuto a seguito della rilevazione, da parte dell'Azienda Regionale per la Protezione Ambientale (ARPA) di una situazione di inquinamento acustico e di incompatibilità ambientale, quantomeno nel periodo notturno, relativa all'area in cui veniva svolta la predetta attività di deposito. Avverso il provvedimento inibitorio proponeva ricorso il proprietario del deposito, lamentando in via principale la violazione e la falsa applicazione della l. 26.10.1995 n. 447 nonché del d. lgs. 267 del 2000, a causa della mancanza dei presupposti del provvedimento e lo sviamento dalla causa tipica rispetto al provvedimento contingibile ed urgente adottato nel caso di specie, con particolare riferimento al profilo del danno e del pericolo.
In particolar modo, secondo il ricorrente, gli accertamenti dai quali risultava la situazione di inquinamento acustico e incompatibilità ambientale non rispecchiavano la situazione attuale, in quanto basati su dati rilevati prima del trasferimento del deposito dei mezzi in altra zona. Il Tar Lombardia, dopo aver trattato le questioni preliminari inerenti alla improcedibilità del ricorso introduttivo e alla sussistenza dell'interesse di parte ricorrente a vedere caducato il provvedimento limitativo dell'utilizzazione della sede dell'impresa in determinate fasce orarie, ha rilevato come il Sindaco ben possa – una volta accertato il superamento dei limiti fissati per le immissioni acustiche ed in assenza di una norma di legge che preveda un potere di intervento amministrativo ordinario – fare ricorso allo strumento straordinario dell'ordinanza contingibile ed urgente, perseguendo l'obiettivo del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco. Ciò anche nel caso in cui il fenomeno d'inquinamento acustico non coinvolga l'intera collettività, ma solo alcuni cittadini *(Red. Ilaria De Nicola)*

TAR E Romagna, Pm, Sez. I, 4.10.2011, n. 330
Ordinanze contingibili ed urgenti - art. 54, d. lgs. n. 267 del 2000 - sicurezza urbana - restrizione orario di apertura - principi di ragionevolezza e proporzionalità - pericolo in sé e non fattore causale del rischio.
In ambito di provvedimenti amministrativi, l'art. 54, d. lgs. n. 267 del 2000 (seppure la sentenza 4-7.4.2011, n. 115 della Corte Costituzionale lo ha ritenuto illegittimo nella parte in cui comprende la locuzione anche, prima delle parole contingibili e urgenti), è da interpretarsi nel senso che il requisito dell'urgenza fa riferimento al pericolo in sé e non al fattore causale del rischio; pertanto, anche quando il potere sindacale è esercitato per affrontare una situazione di pericolo per l'incolumità pubblica, ancorché non nell'immediatezza temporale del fattore che ha provocato il rischio, tuttavia, il potere è esercitato entro i limiti della citata disposizione.
La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda il ricorso presentato al TAR Emilia Romagna da un'attività commerciale di bar, per l'annullamento, previa sospensione cautelare ai sensi dell'art. 56 d. lgs. 104 del 2010, di una ordinanza sindacale, contingibile ed urgente. Nello specifico l'ordinanza sindacale impone la chiusura anticipata dell'esercizio alle ore 20,00, anziché alle ore 23,00, a seguito di frequenti segnalazioni da parte dei cittadini residenti nelle aree limitrofe all'attività stessa, relative a schiamazzi, assembramenti chiassosi, presenza di attività di prostituzione, spaccio di sostanze stupefacenti e violenze legate all'abuso dell'alcol.
Il ricorrente contesta la mancanza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto dal provvedimento emanato non si desumono ragioni di urgenza che giustifichino la chiusura anticipata dell'esercizio com-merciale. Il presupposto che il bar fosse punto attorno al quale si aggregavano soggetti dediti allo spaccio di sostanze stupefacenti, alla prostituzione e luogo ove avvenivano fatti che turbavano l'ordine e la quiete pubblica non implicherebbe di per sè che all'interno dello stesso venissero commessi reati.
Tuttavia, nel caso in specie, la presenza di gravi elementi indicativi di pesante disagio per i residenti, considerati fronteggiabili dall'amministrazione solo attraverso la limitazione dell'orario dell'esercizio allo scopo di salvaguardare l'ordine, la quiete e la salute pubblica, proprio in virtù della particolare natura derogatoria, giustificano l'adozione di siffatta ordinanza.
Di conseguenza l'ordinanza stessa, non dovrà essere confermata dalla prova della responsabilità del titolare del bar che non ha previsto o impedito la situazione di pericolo poiché sarà sufficiente il fatto che l'attività si trovi in un luogo di abituale ritrovo, in

particolare nelle ore notturne, di soggetti dediti allo spaccio di sostanze stupefacenti e alla prostituzione. Non sembra viziare il provvedimento la circostanza, prevista invece dall'art. 54, co. 4 d. lgs. n. 267 del 2000, della mancata comunicazione dell'ordinanza contingibile ed urgente all'autorità prefettizia; piuttosto rientra nell'ipotesi di mera irregolarità, sanata dalla tardiva comunicazione al Prefetto (*Red. Elisa Scozzo*).

«::::::::::GA::::::::::»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

Coordinamento e organizzazione: Dott.ssa Flora Cozzolino e Avv. Mario Nigro

Corte costituzionale, 22.11.2011, n. 325

Spesa sanitaria - aree naturali protette - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 11, co. 3, 4 e 5, 13, co. 1 e 2, 37, 46, 51 e 54 della l. reg. Puglia 31.12.2010, n. 19 (*Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2011 e bilancio pluriennale 2011-2013 della Regione Puglia*) - artt. 81, 117, co. 2, lett. h), o), s), cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 1 e 2, della legge impugnata, chiarendo che la norma de qua, esentando dal pagamento del ticket sanitario plurime categorie di assistiti, gli inoccupati, i lavoratori in cassa integrazione ordinaria e straordinaria e i lavoratori in mobilità con i loro rispettivi familiari a carico, include tra i soggetti esentati dal pagamento del ticket categorie non comprese dalla legislazione statale di principio in materia di tutela della salute e di coordinamento della finanza pubblica (l'art. 8, co. 16, della l. n. 537 del 1993) che costituisce, infatti, un principio fondamentale della legislazione sia in materia di «tutela della salute», sia in materia di «coordinamento della finanza pubblica».

In via consequenziale, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della l. reg. Puglia 6.7. 2011, n. 14 (Assestamento e prima variazione di bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2011) che ha riproposto per l'anno 2011 le estensioni già previste dall'art. 13, co. 1, della legge impugnata.

I giudici hanno inoltre dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 37 della l. reg. 19 del 2010 che dispone l'abrogazione dei divieti previsti nella l. reg. n. 18 del 2005, permettendo il transito di mezzi motorizzati nel parco naturale regionale Terra delle gravine, anche al di fuori dalle strade statali, provinciali, comunali. Ad avviso della Corte, la norma contrasta con gli standard minimi di tutela stabiliti dalla legislazione statale, con conseguente violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. *La Corte ha in proposito chiarito che, in materia di tutela delle aree naturali protette, la Regione «non può prevedere soglie di tutela inferiori a quelle dettate dallo Stato, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere eventualmente livelli maggiori di tutela, che presuppongono logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali».*

Dall'illegittimità dell'art. 37 della l. reg. Puglia n. 19 del 2010, nella parte in cui abroga il divieto di transitare con mezzi motorizzati all'interno del Parco regionale naturale «Terra delle gravine», la Corte ha dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale del medesimo articolo nella parte in cui abolisce anche la lett. d) del co. 7 dell'art. 4 della l. reg. Puglia n. 18 del 2005, che prevedeva il divieto di esercitare l'attività venatoria all'interno del parco.

La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell' art. 46 della l. reg. Puglia n. 19 del 2010 che prevede l'istituzione dell'«Agenzia regionale per la promozione della legalità e della cittadinanza sociale», i cui compiti e funzioni sono definiti con legge regionale, ma che, ad avviso della Corte, appaiono di natura operativa e non di studio o di ricerca, rientrando, pertanto, nella materia dell'ordine pubblico e sicurezza, riservata alla competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h), cost.

Ancora, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. l'art. 51 della legge impugnata che stabilisce che, in attesa del completamento dell'installazione del sistema automatico di rilevazione delle presenze, al personale regionale possa essere erogato il compenso per il lavoro straordinario fino al 31 dicembre 2010. Ad avviso della Corte, la norma contrasta con l'art. 3, co. 83, della l. n. 244 del 2007 (da considerarsi norma di coordinamento della finanza pubblica) che stabilisce che «le pubbliche amministrazioni non possono erogare compensi per lavoro straordinario se non previa attivazione di sistemi di rilevazione automatica delle presenze», la cui applicazione non prevede alcuna proroga.

Infine, la Corte ha dichiarato l'incostituzio-

nalità dell'art. 54 della l. reg. Puglia n. 19 del 2010, il quale prevede che ai componenti esterni della Giunta regionale si applichino, dalla data di nomina e per l'intera durata dell'incarico, le disposizioni «concernenti i consiglieri regionali relativamente al collocamento in aspettativa senza assegni per l'espletamento di cariche pubbliche». La Corte ha chiarito che la norma contrasta con l'art. 117, co. 2, lettera o), Cost., che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di previdenza sociale (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 25.11.2011, n. 321
Sanità pubblica - incarichi dirigenziali SerT - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 5, 11 e 13 l. reg. Puglia 6.9.1999, n. 27 (*Istituzione e disciplina del dipartimento delle dipendenze patologiche delle aziende U.S.L.*), nel testo antecedente alle modifiche apportate con l'art. 14 della l. reg. Puglia 25.2.2010, n. 4 (*Norme urgenti in materia di sanità e di servizi sociali*) - art. 3 cost. - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali impugnate, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui riservano la direzione dei SerT (Servizi per le Tossicodipendenze) al personale sanitario appartenente al profilo professionale medico e non anche a quello di psicologo.
La Corte ha ritenuto che la norma impugnata introduce un' irragionevole discriminazione tra la figura professionale del medico e quella dello psicologo, non essendo ragionevole né in alcun modo giustificato il fatto che la funzione di direttore dei SerT sia riservata solo al personale medico e non anche agli psicologi. La Corte ha del resto sottolineato come sia la normativa statale, sia la giurisprudenza amministrativa siano ormai ferme nel ritenere che anche gli psicologi possano assumere la direzione dei Sert (CdS, sez. V, decisione 20.10.2005, n. 5885 e decisione 19.6.2009, n. 4041) (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 25.11.2011, n. 320
Regioni - servizi pubblici locali di rilevanza economica - servizio idrico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1, lett. t), l.reg. Lombardia 27.12.2010, n. 21 (*Modifiche alla l. reg. 12.12.2003, n. 26 - disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche - in attuazione dell'art. 2, co. 186-bis, l. 23.12.2009, n. 191*) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento.
La norma regionale impugnata ha modificato l'art. 49, co. 2, l. reg. Lombardia 12.12.2003, n. 26 che autorizza gli enti locali della medesima regione a conferire a società patrimoniali d'ambito a capitale interamente pubblico incedibile la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato, ai sensi dell'art. 113, co. 13, d. lgs. 18.8.2000, n. 267. La Corte ha in primo luogo chiarito che l'art. 113, co. 13, d. lgs. 267/2000, deve intendersi implicitamente abrogato dall'art. 23-bis, co. 5, d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. con modificazioni con l. 6.8.2008, n. 133, secondo cui le reti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono di proprietà pubblica e con l'art. 143, co. 1, d. lgs. 3.4.2006, n. 152, il quale – in lettura combinata con gli art. 822, 823 e 824 c.c. – assoggetta le infrastrutture idriche al regime del demanio pubblico e ne dispone l'inalienabilità, salvi i casi e i modi stabiliti dalla legge.
La Corte, rilevata, da un lato, la tacita abrogazione della suindicata norma statale che autorizzava il legislatore regionale alla cessione delle infrastrutture idriche a società di diritto privato interamente a capitale pubblico incedibile e, dall'altro lato, la vigenza delle predette disposizioni statali da cui deve desumersi che le reti e le infrastrutture del servizio idrico devono ascriversi al patrimonio demaniale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma regionale impugnata per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. l), Cost., in quanto, disciplinando il regime della proprietà dei beni del demanio degli enti pubblici territoriali, incide sulla materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 21.11.2011, n. 310
Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 15 l. reg. Calabria 29.12.2010, n. 34 (*Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e procedurale – Collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2011. Art. 3, co. 4, l. reg. n. 8/2002*) - art. 117, co. 2, lett. l), Cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale,

per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost., dell'art. 15 l. reg. Calabria n. 34/2010, laddove stabilisce che «per eccezionali ragioni di continuità nell'azione amministrativa restano validi gli incarichi dirigenziali conferiti, per la copertura dei posti vacanti, in data anteriore al 17.11.2010, ai sensi dell'art. 10, co. 4, 4-bis e 4-ter, della l. reg. 7.8.2002, n. 31, nonché i consequenziali effetti giuridici». E ciò in quanto la stessa si porrebbe in contrasto con l'art. 40, co. 1, lett. f), del d. lgs. 27.10.2009, n. 150 (Attuazione della l. 4.3.2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni), muovendo dall'assunto che quanto disposto da tale disposizione sia riconducibile alla potestà esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

Al riguardo, la Corte ha precisato che la norma richiamata dal ricorrente ha modificato l'art. 19 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), aggiungendo il co. 6-ter, il quale dispone che i co. 6 e 6-bis si applicano alle amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del medesimo decreto. Quest'ultima norma, a sua volta, stabilisce che per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato e, per quanto qui interessa, le Regioni.

Posta tale premessa, la Corte ha notato che il co. 6 della stessa disposizione statale stabilisce, con riferimento agli incarichi a soggetti esterni ai ruoli dell'amministrazione conferente, che la durata di questi ultimi «non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale, di cui ai co. 3 e 4, il termine di tre anni, e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni».

Tutto ciò chiarito, la Corte ha rilevato che la norma regionale impugnata contrasta con la suddetta normativa statale e disciplina una materia da ricondursi alla competenza legislativa dello Stato in tema di ordinamento civile ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost. Per tale ragione, la Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma. V. precedenti conformi: C. cost., 12.11.2010, n. 324 (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 21.11.2011, n. 309

Ristrutturazione edilizia - tutela paesaggio - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 27, co. 1, lett. d) ult. per., e 103 l. reg. Lombardia 11.3.2005, n. 12 (*Legge per il governo del territorio*); art. 22 l. reg. Lombardia 5.2.2010, n. 7 *(Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative - collegato ordinamentale 2010)* - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

La questione è stata sollevata in via incidentale dal Tar Lombardia, investito di un giudizio riguardante alcuni provvedimenti in materia edilizia (riqualificazione e ristrutturazione di un edificio condonato), il quale ha rilevato che l'art. 27 impugnato - come interpretato autenticamente dall'art. 22 l. reg. Lombardia 5.2.2010 n. 7 - nel prevedere che, nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia, la ricostruzione dell'edificio che segue a demolizione può essere svolta senza vincolo di sagoma, contrasta con l'art. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001 (principio fondamentale inderogabile) che, invece, pone un vincolo di identità di volumetria e di sagoma tra il vecchio edificio demolito e quello nuovo al suo posto ricostruito.

La Corte, in adesione a quanto sostenuto dal remittente, ha confermato che la norma impugnata deve ricondursi alla materia governo del territorio, attribuita alla potestà legislativa concorrente tra Stato e regioni. In tale materia lo Stato ha dettato la normativa di principio, contenuta, per quanto attiene agli interventi di ristrutturazione edilizia, nell'art. 3 d.P.R. n. 380 del 2001 e nell'art. 5, co. 9 ss., d.l. 13.5.2011, n. 70, ove si prevede che gli edifici ristrutturati debbano essere ricostruiti con identità di volumetria e di sagoma rispetto all'edificio preesistente. La Corte ha precisato che le norme de quibus debba applicarsi anche nei casi in cui l'intervento di ristrutturazione si concreti nella demolizione e ricostruzione dell'edificio ed ha dunque dichiarato l'incostituzionalità della legge regionale impugnata In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 1.10.2003, n. 303; 7.11.2007, n. 367(Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 9.11.2011, n. 300

Gioco lecito - sale da gioco - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1 e 2, l. prov. Bolzano 22.11.2010, n. 13 (*Disposizioni in materia di gioco lecito*) - art. 117, co. 2, lett h), Cost. - rigetto.

Le norme impugnate hanno introdotto una serie di limitazioni all'apertura e all'esercizio di sale da gioco e di attrazione. La questione di legit-

timità costituzionale è stata sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117 co. 2, lett. h), Cost., per l'asserita violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza.
La Corte ha preliminarmente chiarito che – in termini generali – l'identificazione della materia nella quale si collocano le norme deve condursi con riferimento all'oggetto e alla disciplina stabilita dalle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi. Nel caso di specie, le disposizioni oggetto del giudizio – le quali si inseriscono in corpi normativi volti alla regolamentazione degli spettacoli e degli esercizi commerciali, dettando precipuamente limiti alla collocazione nel territorio delle sale da gioco e di attrazione e delle apparecchiature per giochi leciti – sono, secondo la Corte, dichiaratamente finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età, o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio assistenziale, a prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica. Le disposizioni censurate, pertanto, non sono preordinate a limitare la possibilità che vengano compiuti fatti penalmente illeciti o di turbativa dell'ordine pubblico, preoccupandosi, piuttosto delle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli. La Corte ha pertanto rigettato il ricorso, ritenendo che le disposizioni impugnate non sono riconducibili alla competenza legislativa statale in materia di «ordine pubblico e sicurezza» (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 10.11.2011, n. 299
Impiego pubblico - concorso riservato - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 16 l. reg. Marche 28.12.2010, n. 20 (*Legge finanziaria per l'anno 2011*) - art. 97 cost. - accoglimento.
La disposizione regionale impugnata stabiliva che il personale dell'Associazione Mediateca e della Marche Film Commission sarebbe transitata nei ruoli della Regione Marche, previo espletamento di concorso riservato.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione per violazione della regola del pubblico concorso, sancita dall'art. 97 Cost. La Corte ha chiarito che la natura comparativa ed aperta è elemento essenziale del concorso pubblico e che eventuali deroghe a tale principio sono da considerarsi legittime solo quando funzionali alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle.
Nel caso di specie, ad avviso della Corte, la previsione di condizioni di accesso volte al consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, pur non essendo incompatibile con il principio del concorso pubblico nella logica di consentire il buon andamento dell'amministrazione pubblica, è illegittima in quanto prevede una riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno. In argomento, v. conformi, C. cost., 4.6.2010, n. 195; 5.1.2011, n. 7; 18.2.2011, n. 52 (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 09.11.2011, n. 294
Incompatibilità e ineleggibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - l. reg. siciliana 20.3.1951, n. 29, come modificata dalla l. reg. siciliana 5.12.2007, n. 22 e art. 10 *sexies*, co. 1 *bis*, l. reg. Sicilia 20.3.1951, n. 29, come modificato dall'art. 1 della l. reg. Sicilia 7.7.2009, n. 8 - artt. 3, 51 e 97 cost. - accoglimento.
Il Tribunale di Palermo ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla legge regionale indicata in epigrafe in materia di incompatibilità e ineleggibilità dei deputati regionali, nella parte in cui, prevedendo l'ineleggibilità a deputato regionale di chi ricopre la carica di presidente o assessore della provincia, non prevede, tuttavia, l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato e la sopravvenuta carica di presidente o assessore, contravvenendo all'esigenza di uniformità (artt. 3 e 51 cost.), oltre che al principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 cost.).
La Corte, nell'esaminare la questione, ha richiamato un proprio precedente giudizio in cui aveva dichiarato illegittima la disposizione della stessa legge regionale impugnata nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità del deputato regionale che fosse anche assessore di un comune di grandi dimensioni, ma soltanto l'ineleggibilità dell'assessore a deputato (C. cost., 23.4.2010, n. 143). La Corte, quindi, rifacendosi alle stesse conclusioni, ha dichiarato

l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, che ha fatto venir meno il necessario parallelismo tra ineleggibilità e corrispondente incompatibilità.
Il Tribunale rimettente, inoltre, ha impugnato anche la disposizione della medesima legge regionale che prevede che, ove l'incompatibilità sia accertata in sede giudiziale, il termine di dieci giorni per esercitare il diritto di opzione decorra dal passaggio in giudicato della sentenza. La Corte ha accolto anche tale censura, ritenendo che il suddetto termine possa vanificare il divieto di cumulo tra la carica di deputato regionale e altre cariche elettive considerate incompatibili dall'ordinamento, in quanto consente all'eletto di cumulare le cariche fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza, con conseguente violazione degli artt. 3 e 51 cost. In argomento, v. precedenti conformi C. cost. 21.4.1989, n. 235; 4.6.1997, n. 160; 23.4.2010, n. 143 (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 28.10.2011, n. 280
Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 16 l. reg. Piemonte 2.5.1986, n. 18 (*Prime norme per la disciplina dello smaltimento dei rifiuti, in attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 10.9.1982, n. 915*) - artt. 119 (testo *ante* riforma *ex* l. cost. 18.10.2001, n. 3) e 23 cost. - accoglimento.
In seguito a un ricorso promosso in via incidentale dalla Corte di cassazione, con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 l. reg. Piemonte 2.5.1986, n. 18 (Prime norme per la disciplina dello smaltimento dei rifiuti, in attuazione del decreto del Presidente della Repubblica 10.9.1982, n. 915) per violazione degli artt. 119 (testo ante riforma ex l. cost. 18.10.2001, n. 3) e 23 Cost. La norma istituisce, a carico dei gestori di impianti di innocuizzazione e di eliminazione dei rifiuti urbani e speciali e dei gestori di impianti di stoccaggio provvisorio dei rifiuti tossici e nocivi per conto terzi, il pagamento di un contributo annuale a favore dei comuni in cui i suddetti impianti hanno sede per ogni chilogrammo di rifiuti rispettivamente innocuizzati, eliminati, collocati in discarica o stoccati nell'anno precedente. La norma precisa altresì che le somme introitate devono essere destinate ad interventi finalizzati alla conservazione e valorizzazione della natura e dell'ambiente. La Corte, richiamando anche la precedente giurisprudenza in materia, ha chiarito in via preliminare che la norma de qua introduce un tributo, stante la doverosità della prestazione imposta, il mancato riferimento della medesima ad un rapporto sinallagmatico tra le parti ed il necessario collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante. Ciò premesso, la Corte - accertata l'assenza di una disposizione di legge statale che in subiecta materia abbia attribuito alla regione Piemonte tale potestà normativa – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per contrasto con l'art. 119 cost., affermando, anche sulla base della sua consolidata giurisprudenza, che la potestà legislativa tributaria regionale non possa essere legittimamente esercitata in mancanza di una previa disposizione di legge statale che definisca, quanto meno, gli elementi essenziali del tributo. V. precedenti conformi: C. cost., 1.7.1993, n. 295; 21.10.1998, n. 335; 11.2.2005, n. 73; 19.10.2006, n. 334; 14.3.2008, n. 64 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 17.10.2011, n. 277
Incompatibilità e ineleggibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 1, 2, 3 e 4 l. 15.2.1953, n. 60, art. 5 d.lgs. 20.12.1993 n. 533; l. reg. siciliana 24.06.1986, n. 31; l. reg. siciliana 26.8.1992, n. 7 e l. reg. siciliana 15.9.1997, n. 35 - artt. 3, 51, 67 e 97 cost. - accoglimento.
Il Tribunale di Catania ha sollevato una questione di legittimità costituzionale contro le leggi statali e regionali indicate in epigrafe, nella parte i cui prevedono espressamente che non siano eleggibili alla carica di parlamentare nazionale i presidenti delle province ed i sindaci dei comuni con popolazione superiore ai ventimila abitanti, senza disciplinare l'ipotesi inversa di sopravvenienza della carica di sindaco rispetto a quella di membro del Parlamento.
La Corte si è limitata a valutare la legittimità delle sole norme statali impugnate ritenendo carente la motivazione che il giudice a quo ha utilizzato per censurare le norme regionali.
La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme statali impugnate, chiarendo che, in assenza di una causa normativa che giustifichi la disparità di trattamento tra una incompatibilità preesistente ed una incompatibilità sopravvenuta, la norma impugnata si pone in contrasto

con la la naturale corrispondenza biunivoca delle cause di ineleggibilità, che vengono ad incidere necessariamente su entrambe le cariche coinvolte dalla relativa previsione, anche a prescindere dal dato temporale dello svolgimento dell'elezione (Red. Elisa Lori)

Corte costituzionale, 17.10.2011, n. 271
Risoluzione consensuale rapporto di lavoro - Incentivo all'esodo - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 44, co. 2, l. reg. Calabria 13.6.2008, n. 15 (*Provvedimento generale di tipo ordinamentale e finanziario- collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2008 ai sensi dell'art.3, co.4, l. reg. 4.2.2002, n.8)* - artt. 3 cost. - accoglimento.
Il Tribunale di Catanzaro, adito in un giudizio promosso da una ex dipendente della regione Calabria nei confronti dell'ente territoriale, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, l. reg. Calabria 13.6.2008, n. 15 per contrasto con l'art. 3 Cost. L'attrice aveva presentato una domanda per la risoluzione convenzionale del rapporto di impiego ai sensi della l. reg. 2.3.2005, n. 8 il cui art. 7, co. 6, prevedeva, quale incentivo alla risoluzione consensuale, il versamento di un'indennità da determinarsi sulla base della retribuzione mensile lorda spettante alla data di cessazione del rapporto di lavoro. Con la norma censurata, la regione Calabria ha stabilito a posteriori che il suddetto art. 7 della l. reg. del 2005 dovesse essere inteso nel senso che nel concetto di retribuzione lorda, ai fini della determinazione della indennità supplementare, vada escluso il rateo di tredicesima mensilità. Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 3 Cost,. nella parte in cui ha realizzato, con efficacia retroattiva, una sostanziale modifica della normativa precedente, incidendo in modo irragionevole sul legittimo affidamento nella sicurezza giuridica che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: Sentenza n. 236 del 2009. Da ultimo n. 209 del 2010 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 12.10.2011, n. 264
Tutela dell'ambiente - nomina Commissario Ente Parco - giudizio per conflitto di attribuzione tra Enti - artt. 5, 97, 117 e 118 cost. e principio di leale cooperazione ex art. 9, co. 3, l. 6.12.1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) - accoglimento.
La Regione Puglia ha promosso un giudizio per conflitto di attribuzione tra enti, chiedendo l'annullamento del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11.2.2011, n. PNM-DEC-2011-0000062, con il quale veniva nominato un nuovo Commissario straordinario dell'Ente Parco nazionale dell'Alta Murgia, per violazione degli artt. 5, 97, 117 e 118 cost. e del principio di leale cooperazione di cui all'art. 9, co. 3, l. 6.12.1991, n. 394.Questo perché con il decreto in oggetto il Ministro aveva nominato il Commissario straordinario senza prima avviare l'istruttoria finalizzata all'intesa con il Presidente della giunta regionale Puglia, come invece previsto dall'art. 9, co. 3, della l. 6.12.1991, n. 394.
La Corte, dopo aver ricostruito cronologicamente l'intera vicenda e aver fatto riferimento a fattispecie di analoga natura, ha chiarito che è legittima la nomina di un Commissario straordinario, in assenza del raggiungimento dell'intesa, solo se, in applicazione del principio di leale collaborazione, vi sia stato almeno il tentativo delle parti di raggiungere un'intesa, attraverso reiterate trattative volte a superare eventuali divergenze che ostacolano l'effettivo raggiungimento dell'accordo (ex plurimis: C. cost. 30.9.2011, n. 255 e sent. 20.1.2004, n. 27). Constatato che, nella vicenda in questione, il Ministero non aveva dato alcun seguito alle proposte di incontro provenienti dalla Regione, la Corte ha accolto il ricorso, dichiarando che non spettava allo Stato e, per esso, al Ministro interessato, la nomina del Commissario straordinario dell'Ente Parco nazionale dell'Alta Murgia senza aver instaurato il preventivo procedimento per raggiungere l'intesa con la Regione Puglia e, per l'effetto, annullava il decreto ministeriale dell'11.2.2011, n. PNM-DEC-2011-0000062. v. precedenti conformi: C. cost., 20.1.2004, n. 27; 30.9.2011, n. 255 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 30.9.2011, n. 263
Aree protette - tutela ambientale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1 e 2, l. Reg. Liguria 7.12.2010, n. 21 - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso una questione di legittimità costituziona-

le sulla norma regionale indicata in epigrafe, che attribuisce alla Giunta regionale il potere di ridefinire le aree contigue dei parchi naturali regionali.

La Corte ha accolto il ricorso, rilevando che norma impugnata non prevede che, ai fini della ridefinizione delle aree contigue dei parchi naturali regionali vi sia una preventiva intesa con l'organo di gestione dell'area protetta, a differenza di quanto, invece, è stabilito dall'art. 32, co. 2, l. 6.12.1991, n. 394 (che individua standard minimi ed uniformi di tutela ambientale validi sull'intero territorio nazionale). Il contrasto tra le norme regionali e la legislazione statale determina, quindi, l'illegittimità costituzionale delle prime, in quanto esse, come si è precisato, sono lesive della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, alla quale deve essere ricondotto, nel suo complesso, l'art. 32 l. 6.12.1991, n. 394. Infatti, ad avviso della Corte, a seguito della riforma costituzionale del 2001, l'attuale, più ampia, competenza legislativa regionale in materia di caccia, conseguente alla trasformazione di tale competenza da concorrente in residuale, non ha fatto venir meno la forza vincolante delle suddette norme statali, le quali oggi assumono la natura di standard minimi uniformi, dettati dalla legislazione statale nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. Con riguardo alla questione in oggetto, la Regione, pertanto, non può prevedere soglie di tutela inferiori a quelle dettate dallo Stato, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere eventualmente livelli maggiori di tutela, che presuppongono logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali. V. precedenti conformi: C. cost., 27.7.1992, n. 366; 5.3.2009, n. 61; 11.11.2010, n. 315; 11.2.2011, n. 44 (Red. Francesco Corvisieri).

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Il tardivo pagamento di quanto dovuto a titolo di indennizzo per effetto dell'ordinanza n. 232/2005 della Corte di Appello – Sezione Penale di Roma (contenzioso 14372/05, Avvocato M. Borgo).

RISPOSTA

In merito alla istanza, (...) di corresponsione, con decorrenza dal passaggio in giudicato dell'ordinanza n. 232/05 della Corte di Appello – Sezione Penale di Roma, degli interessi legali sull'importo, riconosciuto(…) a titolo di indennizzo ex art. 314 c.p.p.. Al proposito, codesto Dicastero rappresenta di non potere accogliere la richiesta di controparte alla luce di quanto affermato da questo Generale Ufficio che, in un parere (avvocatizia del 15.4.2005, prot. n. 52779), reso con riferimento ad una analoga fattispecie, ha precisato che gli interessi sarebbero dovuti solo a decorrere dalla scadenza del termine di 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, previsto dall'art. 14, co. 1, del d.l. n. 669/96, convertito in l. n. 30/97, nel testo risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 147 della l. n. 388/2000.

In merito, la Scrivente ritiene di dovere rivisitare l'orientamento, espresso con la menzionata avvocatizia, alla luce dei più recenti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione. Il Giudice di legittimità, infatti, ha, di recente, statuito che "in tema di riparazione per ingiusta detenzione, gli interessi al tasso legale sulla somma attribuita all'istante – non già moratori, bensì corrispettivi – vanno riconosciuti, se richiesti, dal passaggio in giudicato del provvedimento attributivo, atteso che solo da tale momento il credito – avente natura non risarcitoria – può ritenersi certo, liquido ed esigibile" (cfr. Cass. Pen., sez. IV, sentenza 14.1.2008, n. 1678).

Alla predetta conclusione, la Corte di Cassazione è pervenuta osservando che "una volta avvenuto il passaggio in giudicato del provvedimento in oggetto, è innegabile…. che la PA. competente al pagamento dell'indennizzo sia facoltizzata a fissare un termine entro il quale concludere il procedimento di liquidazione della somma dovuta al suddetto titolo, nonché un ulteriore termine per la emissione del relativo mandato di pagamento" (termini fissati con l'art. 6, co. 3, del d.m. 5.8.1997: N.d.E.); "orbene se ciò comporta che prima dello spirare del termine complessivo stabilito non possono essere intraprese, da parte dell'interessato, azioni esecutive fondate sull'erroneo presupposto di un preteso inadempimento…. né possono essere avanzate pretese in ordine a supposti interessi moratori, tuttavia,….. nell'arco del suddetto termine, maturano interessi corrispettivi" (cfr. sent. cit.).

Alla luce dei riportati principi giurisprudenziali, non è, pertanto, più possibile individuare, come fatto da questo Generale Ufficio con il parere reso nel 2005, una diversa decorrenza degli interessi, dovuti sulla somma spettante a titolo di indennità per ingiusta detenzione, decorrenza da farsi coincidere con la scadenza del termine di 120 giorni di cui all'art. 14, co. 1, del d.l. n. 669/96, convertito in l. n. 30/97, nel testo risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 147 della l. n.

388/2000. Con riferimento a questa ultima disposizione, giova, peraltro, evidenziare come la Corte di Giustizia delle Comunità europee, nella recentissima sentenza, resa in data 11.9.2008 nel procedimento C-265/07, sia pervenuta ad un giudizio di conformità della predetta norma con il diritto comunitario, anche in ragione del fatto che il Governo italiano, in sede di udienza, ha recisamente escluso che la prefata disposizione produca, quale effetto sostanziale, la sospensione, per tutto l'arco temporale previsto dall'art. 14, della decorrenza degli interessi sulla somma portata dal titolo esecutivo …".

«::::::::: GA :::::::::»

DOMANDA

Incarico di consulenza legale in via breve conferito ad avvocato dello stato. Applicabilità art. 17, co. 30, d.l. 1.7.2009 n. 78, convertito in l. 3.8.2009 n. 102

RISPOSTA

Codesta Avvocatura Distrettuale ha domandato l'avviso della Scrivente in merito alla necessità che gli incarichi conferiti dalle Università degli Studi agli avvocati dello Stato siano sottoposti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti. I coo. 30 e 30 bis dell'art. 17 del d.l. n. 78 del 1.7.2009, convertito con modificazioni in legge n. 102/2009, hanno rispettivamente modificato il co. 1 dell'art. 3 e introdotto il co. 1 bis dello stesso art. 3 della l. 14.1.1994, n. 20. La prima modifica ha inserito: - alla lett. f) bis del citato art. 3 co. 1 il controllo sugli atti e contratti riguardanti incarichi individuali di cui all'art. 7 co. 6 del d. lgs. n. 165/2001, conferiti mediante "contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria"; - alla lett. f) ter il controllo su incarichi di studio, consulenza e ricerca, conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 1 co. 9 della l. 23.12.2005, n. 266. La seconda modifica ha poi previsto, al citato art. 3 co. 1 bis della l. n. 20/1994, per le due ipotesi suddette, la competenza al controllo "in ogni caso della Sezione centrale del controllo di legittimità". La deliberazione n. 20/2009 della Sezione centrale del controllo aveva escluso che il co. 30 dell'art. 17 potesse riferirsi agli enti locali territoriali e alle loro varie articolazioni, nonostante la norma menzionasse genericamente le "pubbliche amministrazioni" di cui all'art. 1, 2° co., del d. lgs. n. 165/2001; con la successiva deliberazione n. 24/2009, la medesima Sezione ha ritenuto che il controllo preventivo di legittimità previsto dall'art. 17, coo. 30 e 30 bis, del d.l. n. 78/2009 debba invece essere esercitato nei confronti degli atti e contratti riguardanti le collaborazioni coordinate e continuative e gli incarichi di consulenza, studio e ricerca, delle Università e degli altri enti di ricerca scientifica e tecnologica di cui alla l. 9.5.1989, n. 168. La questione interpretativa sottoposta alla Scrivente consiste nello stabilire se il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sugli incarichi di studio e consulenza conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 9 co. 1 della l. 23.12.2005, n. 266, sia obbligatorio solo qualora il soggetto incaricato non si trovi in rapporti di pubblico impiego con alcuna amministrazione pubblica, oppure sia richiesto nei casi in cui il destinatario dell'incarico, pur essendo un pubblico dipendente, non sia legato da rapporto di impiego con l'amministrazione presso la quale è stato conferito l'incarico. Ad avviso della Scrivente anche gli incarichi conferiti a dipendenti di amministrazioni diverse da quella che li conferisce devono essere sottoposti a controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti. In tal senso depone la circostanza che l'art. 1, co. 9, della l. 23.12.2005, n. 266, è stato modificato prima dall'art. 27, d.l. 4.7.2006, n. 223 e poi dal co. 2 dell'art. 61, d.l. 25.6.2008, n. 112, come sostituito dalla relativa legge di conversione (l. 6.8.2008 n. 133) e con la decorrenza indicata nel co. 3 dello stesso art. 61,"Al fine di valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni, riducendo ulteriormente la spesa per studi e consulenze" così da aggiungere nella parte finale della norma il seguente periodo: "Nel limite di spesa stabilito ai sensi del primo periodo deve rientrare anche la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti". A seguito dell'aggiunta apporta-

ta all'art. 1, co. 9, della l. 23.12.2005, n. 266 e della ratio dichiarata dal legislatore "di valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni, riducendo ulteriormente la spesa per studi e consulenze" (art. 61 co. 2 d.l. 112/2008), non sembra potersi escludere che le consulenze che rientrano nella sfera di applicazione della norma e che debbano essere sottoposte al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti siano anche quelle conferite a pubblici dipendenti di amministrazioni diverse da quella che conferisce l'incarico, ivi compresi, quindi, gli incarichi di consulenza conferiti agli avvocati dello Stato. Si segnala, per quanto occorrer possa, che la Corte costituzionale con la sentenza n. 172/2010, nell'affrontare la questione dell'am-pliamento del sistema del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti agli atti e contratti di cui all'art. 7, co. 6 del d. lgs. 165/2001, nonché ad atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'art. 1, co. 9 della l. 266/2005, nella sua nuova formulazione introdotta dall'art. 17, coo. 30 e 30-bis, del d.l. 1.7.2009, n. 78 convertito in l. 3.8.2009, n. 102, ha affermato che l'ambito soggettivo delle disposizioni contenute nelle lettere f) bis e f) ter dell'art. 3, co. 1, della l. n. 20 del 1994 vede come destinatari esclusivamente lo Stato o le amministrazioni centrali, palesando un indirizzo interpretativo diverso da quello della Sezione del controllo della Corte dei conti che, con deliberazione n. 24/2009, ha invece ritenuto che il controllo preventivo di legittimità previsto dall'art. 17, coo. 30 e 30 bis del d.l. n. 78/2009 si eserciti nei confronti degli atti e contratti riguardanti le collaborazioni coordinate e continuative e gli incarichi di consulenza, studio e ricerca, delle Università e degli altri enti di ricerca scientifica e tecnologica di cui alla l. 9.5.1989 n. 168.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunziarsi in materia dalla Regione Veneto, che aveva proposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, coo. 30 e 30 bis in esame, con riferimento agli artt. 3, 97, 100, 114, 117, 118 e 119 della Costituzione, nell'assunto che le nuove norme dovessero intendersi come direttamente applicabili anche alle Regioni.

Orbene, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, escludendo che l'assunto della Regione potesse essere condiviso. La Corte Costituzionale ha ritenuto, in particolare, che con l'inserimento nell'art. 3 co. 1 della l. n. 20/1994 delle lettere f bis) e f ter) il Legislatore non avrebbe inteso modificare l'ambito soggettivo delle amministrazioni i cui atti sono da sottoporre a controllo considerato, tra l'altro, che le due previsioni aggiuntive costituiscono un'ulteriore articolazione della lettera f), la quale si riferisce ad atti delle sole amministrazioni statali. Una diversa interpretazione, sempre secondo il Giudice delle leggi, risulterebbe contraddittoria con una lettura sistematica dell'impianto normativo in materia.

Pertanto, nell'inviare l'atto al controllo, l'Università - ove lo ritenesse - potrebbe sollevare la questione pregiudiziale della competenza della Sezione richiamando il recente pronunciamento della Consulta.

Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità.(A.G.S. - Parere del 22.10.2010 prot. 324202 Avv. Fabrizio Fedeli AL 6158/10).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CONCESSIONI DI AREE MARITTIME DEMANIALI: SEMPLIFICATI GLI ADEMPIMENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI CHE GESTISCONO IL RILASCIO O IL RINNOVO DI CONCESSIONI DI AREE DEMANIALI MARITTIME

L'Agenzia delle Entrate con il provvedimento in esame semplifica e armonizza gli adempimenti delle PA. che gestiscono il rilascio o il rinnovo di concessioni di aree demaniali marittime, connessi all'obbligo di comunicazione telematica all'anagrafe tributaria di cui all'articolo 6, primo comma, lettera e), del decreto del Presidente della Repubblica 29.9.1973, n. 605, e successive modificazioni. Infatti è previsto che, in luogo della comunicazione anzidetta, le Pubbliche Amministrazioni interessate si avvalgono del Sistema Informativo Demanio marittimo (S.I.D.), gestito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Direzione Generale per i Porti, il cui utilizzo è totalmente gratuito. Il S.I.D., in particolare, si legge nel provvedimento, è uno strumento informatico che consente l'acquisizione delle domande di concessione presentate dai cittadini e la gestione della relativa istruttoria, nonché la conoscenza, sull'intero territorio nazionale, dello stato d'uso del demanio marittimo, insieme con procedure automatizzate di aggiornamento delle informazioni on line da parte delle Pubbliche Amministrazioni competenti Pertanto, i soggetti obbligati sono tenuti a comunicare al S.I.D. le informazioni relative alle concessioni di aree demaniali marittime entro il 31 gennaio dell'anno successivo al rilascio o rinnovo dell'atto concessorio. In sede di prima applicazione, le informazioni relative alle concessioni di aree demaniali marittime in essere al 31.12.2011 devono essere comunicate al S.I.D., entro il 31.12.2012 (Agenzia delle Entrate, provvedimento prot. n. 2012/59763 del 3.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

PUBBLICATO L'ELENCO DEI COMUNI IN CUI SONO PRESENTI IMMOBILI FANTASMA: TERMINE FINO AL 31 AGOSTO PER RICHIEDERE L'AGGIORNAMENTO CATASTALE E FINO AL 2 LUGLIO PER PROPORRE RICORSO DINANZI ALLA COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE COMPETENTE AVVERSO GLI ATTI DI ATTRIBUZIONE DELLA RENDITA PRESUNTA

A decorrere dal 3 maggio e fino al 2 luglio 2012, presso l'Albo pretorio dei Comuni e presso gli Uffici provinciali dell'Agenzia del Territorio è possibile consultare gli atti relativi all'attribuzione della rendita presunta riferiti agli immobili fantasma che non sono stati dichiarati spontaneamente dai soggetti interessati. Sul sito dell'Agenzia del Territorio è inoltre possibile consultare l'elenco dei Comuni nel cui territorio sono presenti gli immobili fantasma. Entro 120 giorni dalla pubblicazione del Comunicato dell'Agenzia sulla Gazzetta Ufficiale del 3.5.2012, i soggetti interessati sono tenuti a presentare le dichiarazioni di aggiornamento catastale per gli immobili compresi negli elenchi. Entro 60 giorni dalla stessa data, inoltre, gli stessi soggetti possono proporre ricorso dinanzi alla Commissione Tributaria provinciale competente avverso gli atti di attribuzione della rendita presunta. (Agenzia

del Territorio, comunicato del 3.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

FABBRICATI RURALI: PROROGATO AL 30.6.2012 IL TERMINE PER RICHIEDERE L'ATTRIBUZIONE DEL REQUISITO DI RURALITÀ

L'Agenzia del Territorio rende noto che e' stato prorogato al 30 giugno 2012 il termine per presentare all'Agenzia del Territorio la domanda per l'attribuzione del requisito di ruralità agli immobili facenti parte dell'azienda agricola. Lo ha stabilito il d.l. 29.12.2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla l. 24.2.2012, n. 14, con cui, fermo restando il classamento originario degli immobili rurali ad uso abitativo, sono stati fatti salvi gli effetti delle domande presentate a partire dal 21.9.2011. Per la presentazione della domanda possono essere utilizzati i modelli A, B e C, allegati al decreto 14.9.2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21.9.2011, tenendo presente che le domande presentate per la destinazione abitativa non potranno produrre variazione di categoria negli atti del catasto, fermo restando gli effetti ai fini del riconoscimento del carattere di ruralità. A tal fine è possibile utilizzare l'apposita applicazione web per la compilazione e l'invio della domanda, accessibile dal sito internet dell'Agenzia del Territorio (Agenzia del Territorio, comunicato 12.3.2012).

DECADENZA DEL TITOLO EDILIZIO: L'INIZIO DEI LAVORI NON È CONFIGURABILE PER EFFETTO DELLA SOLA ESECUZIONE DEI LAVORI DI SCAVO DI SBANCAMENTO

La pronuncia di decadenza del titolo edilizio è espressione di un potere strettamente vincolato; ha una natura ricognitiva, perché accerta il venir meno degli effetti del titolo edilizio in conseguenza dell'inerzia del titolare, ovvero della sopravvenienza di una nuova e diversa strumentazione edilizia, e assume pertanto decorrenza ex tunc; inoltre il termine di durata del titolo edilizio non può mai intendersi automaticamente sospeso, essendo al contrario sempre necessaria, a tal fine, la presentazione di una formale istanza di proroga, cui deve comunque seguire un provvedimento da parte della stessa Amministrazione che ha rilasciato il titolo edilizio e che accerti l'impossibilità del rispetto del termine ab origine fissato, e solamente nei casi in cui possa ritenersi sopravvenuto un factum principis, ovvero l'insorgenza di una causa di forza maggiore (cfr. al riguardo, ex plurimis, Cons. Stato, sez. IV, 10.8.2007, n. 4423 e 18.6.2008 n. 3030). Ai fini poi della sussistenza dei presupposti per la decadenza dalla concessione edilizia, l'effettivo inizio dei lavori deve essere valutato non in via generale ed astratta, ma con specifico e puntuale riferimento all'entità ed alle dimensioni dell'intervento edilizio così come programma-to e autorizzato, e ciò al ben evidente scopo di evitare che il termine per l'avvio dell'edificazione possa essere eluso con ricorso a lavori fittizi e simbolici, e quindi non oggettivamente significativi di un effettivo intendimento del titolare della concessione stessa di procedere alla costruzione (cfr. sul punto, ad es., CdS, V, 16.11.1998 n. 1615). Sempre in tal senso, l'inizio dei lavori idoneo ad impedire la decadenza della concessione edilizia può ritenersi sussistente quando le opere intraprese siano tali da evidenziare l'effettiva volontà da di realizzare il manufatto l'opera, non essendo a ciò sufficiente il semplice sbancamento del terreno e la predisposizione degli strumenti e materiali da costruzione (così CdS, V, 22.11.1993 n. 1165); ovvero, detto altrimenti, l'inizio dei lavori non è configurabile per effetto della sola esecuzione dei lavori di scavo di sbancamento e senza che sia manifestamente messa a punto l'organizzazione del cantiere e sussistendo altri indizi che dimostrino il reale proposito di proseguire i lavori sino alla loro ultimazione (cfr. CdS, IV, 3.10.2000 n. 5242), con la conseguenza che la declaratoria di decadenza della licenza edilizia per mancato inizio dei lavori entro il termine fissato è illegittima solo se sono stati perlomeno eseguiti lo scavo ed il riempimento in conglomerato cementizio delle fondazioni perimetrali fino alla quota del piano di

campagna entro il termine di legge (CdS, IV, 18.5.2012, n. 2915)

«::::::::: GA :::::::::»

IN TEMA DI DISTANZE LEGALI TRA EDIFICI O DAL CONFINE NON SONO COMPUTABILI LE SPORGENZE ESTREME DEL FABBRICATO CON FUNZIONE ORNAMENTALE, DI FINITURA OD ACCESSORIA DI LIMITATA ENTITÀ COME MENSOLE, CORNICIONI O GRONDAIE

Per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di distanze legali tra edifici o dal confine, mentre non sono a tal fine computabili le sporgenze estreme del fabbricato che abbiano funzione meramente ornamentale, di finitura od accessoria di limitata entità, come le mensole, le lesene, i cornicioni, le grondaie e simili, invece, rientrano nel concetto civilistico di costruzioni, le parti dell'edificio, quali scale, terrazze e corpi avanzati (c.d. aggettanti) che, se pur non corrispondono a volumi abitativi coperti, sono destinate ad estendere ed ampliare la consistenza del fabbricato. Lo stesso può dirsi per le opere di contenimento, quali indubbiamente si configurano quelle di cui al caso di specie che, comunque progettate in relazione alla situazione dei luoghi ed alla soluzione esteticamente ritenuta più confacente dal committente, hanno una struttura che deve essere idonea per consistenza e modalità costruttive ad assolvere alla funzione di contenimento ed una funzione, che non è quella di delimitare, proteggere ed eventualmente abbellire la proprietà, ma essenzialmente di sostenere il terreno al fine di evitare movimenti franosi dello stesso. Opere tali da dovere essere riguardate, sotto il profilo edilizio, come opere dotate di una propria specificità ed autonomia, in una accezione che comprende tutte le caratteristiche proprie dei fabbricati, donde l'obbligo di rispetto di tutti gli indici costruttivi prescritti dallo strumento urbanistico e, in particolare, delle distanze dal confine privato.(CdS, IV, 30.6.2005, n. 3539) In modo pressoché simmetrico, la giurisprudenza civile di legittimità ha ancora di recente condivisibilmente affermato che ai fini dell'osservanza delle norme sulle distanze legali di origine codicistica o prescritte dagli strumenti urbanistici in funzione integrativa della disciplina privatistica, la nozione di costruzione non si identifica con quella di edificio ma si estende a qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità, ed immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera.(Cass.civ. II, 17.6.2011, n. 13389). La giurisprudenza civile di merito, altrettanto condivisibilmente, ad avviso del Collegio ha poi fatto presente che ai fini del rispetto delle distanze fra costruzioni, non rileva il materiale utilizzato per la fabbrica, richiedendosi soltanto una durevolezza dell'opera comunemente riconoscibile anche alle opere in legno o ferro od altri materiali leggeri, purché infissi al suolo non transitoriamente. Ne consegue la permanente vigenza dell'insegnamento della Corte di legittimità secondo il quale costituisce costruzione, agli effetti della disciplina del c.c. sulle distanze legali, ogni manufatto che, per struttura e destinazione, ha carattere di stabilità e permanenza . (Nella specie il manufatto, con finestra, era coperto da tettoia formata da travi con soprastanti lamiere, ed era destinato a fienile, magazzino e pollaio). (Cass.civ., II, 24.5.1997 , n. 4639). Per completezza si evidenzia che analoga nozione estensiva del concetto di fabbricato è stata dettata dalla Corte di Cassazione ai fini dell'art. 907 c.c., diretto a preservare l'esercizio delle vedute da ogni eventuale ostacolo con carattere di stabilità, in quanto la nozione di costruzione è comprensiva non solo dei manufatti in calce e mattoni, ma di qualsiasi opera che, indipendentemente dalla forma e dal materiale con cui è stata realizzata, determini un ostacolo del genere. (Nella specie, il giudice del merito aveva ritenuto che costituisse costruzione nel senso anzidetto una veranda che ostacolava la veduta dal balcone e dalla finestra sovrastanti, anche se ottenuta mediante la posa in opera, su correntini infissi nel muro,

di lastre di fibrocemento facilmente asportabili, in quanto bullonate a tali correntini. La C.S., nell'enunciare il precisato principio di diritto, ha confermato tale decisione). (Cass. Civ.,II, 21.10.1980 , n. 5652) (CdS, IV, 17.5.2012, n. 2847)

«::::::::: GA :::::::::»

IL DINIEGO DI CONDONO EDILIZIO DI UN EDIFICIO ABUSIVAMENTE REALIZZATO IN VIOLAZIONE DEL VINCOLO DI RISPETTO STRADALE NON RICHIEDE UN PREVIO ACCERTAMENTO SULLA SUA PERICOLOSITÀ PER IL TRAFFICO STRADALE

Il vincolo di rispetto stradale ha carattere assoluto, in quanto perseguente una serie concorrente di interessi pubblici fondamentali ed inderogabili, (dal che si è tratta la conseguenza che il diniego di condono di un edificio abusivamente realizzato in violazione di detto vincolo non richiede un previo accertamento sulla effettiva pericolosità dello stesso per il traffico stradale)(CdS, IV, 6.5.2010 n. 2644). (CdS, IV, 17.5.2012, n. 2842)

«::::::::: GA :::::::::»

IN CASO DI TITOLO EDILIZIO ANNULLATO LA DEMOLIZIONE DEVE ESSERE DISPOSTA SOLO OVE NON SIA POSSIBILE LA RIMOZIONE DEI VIZI PROCEDIMENTALI

Sulla base del disposto dell'art. 38, d.P.R. 6.6.2001 n. 380 ed in relazione alla giurisprudenza dominante (da ultimo, CdS, IV, 16.3.2010, n. 1535), nel caso di opere realizzate sulla base di titolo annullato, la loro demolizione deve essere considerata quale extrema ratio, privilegiando, ogni volta che ciò sia possibile, la riedizione del permesso di costruire emendato dai vizi riscontrati. Tuttavia, precisa il Collegio che nel caso in specie, ciò che appare assente è l'oggetto stesso del titolo abilitativo, come ben evidenziato dal primo giudice in relazione all'impossibilità di identificare un elemento progettuale conforme nelle diverse rappresentazioni. Appare quindi inapplicabile l'ipotesi di una rimozione dei vizi procedimentali, atteso che il profilo di illegittimità attiene all'essenza stessa del manufatto in relazione alla sua concreta dislocazione. (CdS, IV, 17.5.2012, n. 2852)

«::::::::: GA :::::::::»

CONCESSIONE DEL DIRITTO DI SUPERFICIE SU AREE INCLUSE NEL PIANO DI EDILIZIA ECONOMICA POPOLARE: IL COMUNE DEVE RECUPERARE QUANTO SPESO SIA PER L'ACQUISIZIONE DELLE AREE SIA PER LA LORO URBANIZZAZIONE

L'art. 35 l. n. 865/1971 prevede esplicitamente che: la convenzione stipulata dal Comune per concedere il diritto di superficie sulle aree incluse nel P.E.E.P. deve prevedere il corrispettivo della concessione in misura pari al costo di acquisizione delle aree, nonché al costo delle relative opere di urbanizzazione realizzate o da realizzare, allo scopo evidentemente di assicurare la copertura delle spese complessivamente sostenute o da sostenere da parte dell'amministrazione. Si tratta di norma inderogabile che va ad integrare la disciplina dettata dalle singole convenzioni stipulate dal Comune con i beneficiari, ex art. 1339 c.c (inserzione automatica di clausole e di prezzi imposti per legge). Il testo normativo rende palese il diritto del Comune di recuperare quanto speso sia per l'acquisizione delle aree (corrispettivo da adeguare all'effettiva somma dovuta agli espropriati a seguito della definizione della pratica espropriativa) sia per la loro urbanizzazione, come dal costante orientamento della giurisprudenza (ex plurimis, CdS, V, 3.7.2003, n. 3982). (CdS, Sez. IV, 17.5.2012, n. 2854)

«::::::::: GA :::::::::»

LE AUTORIMESSE, EDIFICATE FUORI TERRA, VANNO QUALIFICATE COME NUOVE COSTRUZIONI E, PERTANTO, SONO SOGGETTE AL PAGAMENTO DEGLI ONERI DI URBANIZZAZIONE E DEL COSTO DI COSTRU-

ZIONE

Per costante giurisprudenza al fine di individuare se un manufatto sia o meno interrato, va fatto riferimento al livello naturale del terreno, con la conseguenza che la sporgenza di un manufatto dal suolo va riscontrata con riferimento al piano di campagna, cioè al livello naturale del terreno, e non al livello eventualmente inferiore cui si trovi un finitimo edificio realizzato con abbassamento di quel piano. (CdS, V, 6.12.2010 , n. 8547ed in passato Consiglio Stato , sez. V, 21.10.1991, n. 1231 laddove si è affermato che soltanto i locali costruiti al di sotto dell'originario piano di campagna non sono infatti computabili ai fini dell'applicazione degli standards urbanistici e non concernono al computo della volumetria.). Nel caso di specie in cui cui il piano di calpestio del terrazzo-veranda si trova ad una quota di 85 cm. rispetto alla strada senza uscita, ancora da denominare, che si dirama da Via Brennero, e di 1,52 m. rispetto al terreno di proprietà dell'appellato (costruzione resa possibile, sistemando l'area esterna al fabbricato principale con un terrapieno artificiale) si rende applicabile l'orientamento espresso a più riprese da questo Consiglio di Stato secondo cui ai sensi dell'art. 9, l. 24.3.1989 n. 122, la realizzazione di autorimesse e parcheggi è soggetta alla disciplina urbanistica dettata per le ordinarie nuove costruzioni fuori terra, se non effettuata totalmente al di sotto del piano di campagna naturale.(CdS, sez. IV, 27.11.2010, n. 8260). Ne consegue la esattezza dell'affermazione del primo giudice (non specificamente contestata nell'appello, peraltro) secondo cui le autorimesse, edificate fuori terra, poiché vanno qualificate come nuove costruzioni, sono soggette al pagamento degli oneri di urbanizzazione e del costo di costruzione, in quanto il citato art. 9, co. 2, l. n. 122/1989, nel rinviare al precedente comma 1, si riferisce soltanto alle opere edilizie, destinate a parcheggi, eseguite nei locali siti al piano terra o nel sottosuolo del fabbricato o nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato. (CdS, Sez. IV, 17.5.2012, n. 2847)

«::::::::: GA :::::::::»

PROCEDIMENTO DI ESPROPRIAZIONE ED OCCUPAZIONE DI URGENZA: L'ACCETTAZIONE DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIO NON RENDE INAMMISSIBILE IL RICORSO DIRETTO AD ACCERTARE EVENTUALI ILLEGITTIMITÀ PROCEDURALI

L'accettazione dell'indennità di esproprio non esclude l'interesse a far riscontrare le eventuali illegittimità del procedimento di espropriazione ed occupazione d'urgenza, in vista anche del maggior ristoro che il privato può ottenere a titolo risarcitorio dell'accertata illiceità conseguente all'annullamento degli atti di sottrazione del bene (CdS, IV, 2.10.2006, n. 5774) (CdS, V, 14.5.2012, n. 2743).

«::::::::: GA :::::::::»

ABUSI EDILIZI: L'AMMINISTRAZIONE IN IPOTESI DI SEGNALAZIONI SOTTOSCRITTE, CIRCOSTANZIATE E DOCUMENTATE INOLTRATE DA PRIVATI HA L'OBBLIGO DI ATTIVARE UN PROCEDIMENTO DI CONTROLLO E VERIFICA E CIÒ ANCHE PRESCINDENDO DAL PRINCIPIO DELL'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO DI VIGILANZA E CONTROLLO E DELLA SANZIONABILITÀ DEL COMPORTAMENTO ILLECITO DEI PRIVATI, QUALUNQUE SIA L'ENTITÀ DELL'INFRAZIONE E IL LASSO TEMPORALE TRASCORSO

Nel caso di specie si controverte della mancata risposta dell'amministrazione ad una diffida di un privato a reprimere abusi edilizi. In particolare il ricorrente dopo molti anni, accede al progetto in base al quale il vicino aveva edificato, così apprendendo che era stato aperto un portone di ingresso in asserita violazione del progetto così come assentito e delle distanze tra pareti finestrate. Sicchè, dopo circa quarant'anni dalla realizzazione dell'abuso, diffida il comune a reprimere l'abuso. Il Comune resta inerte di guisa che

viene instaurata precipua controversia innanzi al TAR, al fine d'ottenere l'accertamento dell'obbligo di provvedere in capo al Comune e la repressione degli abusi denunciati. Il giudice di prime cure rigettava la domanda sulla base del principio secondo il quale la risalenza dell'abuso edilizio non determina un obbligo assoluto di intervento repressivo del Comune, ma impegna la PA. ad accertare l'attuale sussistenza di un interesse pubblico specifico, diverso dal mero ripristino della legalità, tale da giustificare l'intervento stesso. La questione giunge ora all'esame del Consiglio di Stato secondo il quale non v'è dubbio che la tutelabilità dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato circa la legittimità dell'azione amministrativa della quale egli è destinatario sia principio che ha ormai trovato, sulla spinta della giurisprudenza comunitaria, piena cittadinanza pur a fronte di un'attività autoritativa e discrezionale. Fonda le sue ragioni sull'imputabilità all'amministrazione, del comportamento illegittimo che ha prodotto o concorso a produrre un ampliamento della sfera giuridica dell'incolpevole destinatario, giungendo a riconoscere protezione o comunque rilievo alla ragionevole aspettativa nella bontà e stabilità degli effetti che ne derivano in suo favore. Ciò può predicarsi per i casi di titoli abilitativi in materia edilizia, poi annullati in autotutela dalla stessa amministrazione ed a ben vedere non mancano espresse e specifiche previsioni normative che positivizzano il principio (v. art. 38 d.P.R. 380/2001). Nel caso dell'abuso edilizio, tuttavia, la situazione è affatto diversa. V'è un soggetto che pone in essere un comportamento contrastante con le prescrizioni dell'ordinamento, che confida nell'omissione dei controlli o comunque nella persistente inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza. Il fattore tempo non agisce qui in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse, ma opera in antagonismo con l'azione amministrativa sanzionatoria, secondo una logica che al passare del tempo riduce o limita, sino ad annullare, il potere dell'amministrazione di reagire all'illecito, molto simile a quella che presidia i meccanismi decadenziali o quelli prescrizionali nel diritto penale. Una logica siffatta non può trovare fondamento nei principi generali dell'affidamento né in quelli di efficacia e buon andamento dell'amministrazione, necessitando invece di un'apposita previsione normativa che, agendo sulla patologia dell'inerzia, la sanzioni con l'estinzione o con il mutamento del potere amministrativo esercitabile. In assenza, vale il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo di vigilanza e controllo e della sanzionabilità del comportamento illecito dei privati, qualunque sia l'entità dell'infrazione e il lasso temporale trascorso, salve le ipotesi di dolosa preordinazione o di abuso. E' quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre posto l'accento sulla non configurabilità di un affidamento alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, in forza di una legittimazione fondata sul tempo (Cfr. da ultimo, CdS, sez. IV, 31.8.2010, n. 3955; sez. V, 27.4.2011, n. 2497; sez. VI, 11.5.2011, n. 2781; sez. I, 30.6.2011, n. 4160). Giova altresì evidenziare, in linea con quanto dedotto dall'appellante, che anche a prescindere dalla condivisione dell'impostazione di cui sopra, l'amministrazione in ipotesi di segnalazioni sottoscritte, circostanziate e documentate, ha comunque l'obbligo di attivare un procedimento di controllo e verifica dell'abuso della cui conclusione deve restare traccia, sia essa nel senso dell'esercizio dei poteri sanzionatori, che in quella della motivata archiviazione, e ciò in forza dei principi di cui all'art. 2 della legge sul procedimento, dovendosi in particolare escludere che la ritenuta mancanza dei presupposti per l'esercizio dei poteri sanzionatori possa giustificare un comportamento meramente silente. Con riferimento al caso di specie, non risultano infine condivisibili le considerazioni dell'amministrazione circa gli effetti del fattore tempo sui rapporti interprivatistici, poiché dalla pacifica ricostruzione dei fatti emerge che non sono in discussione i (soli) rapporti di vicinato, ma il rispetto delle previsioni progettuali assentite, rispetto alle quale l'eventuale usucapio servitutis non rileva. (CdS, Sez. IV,

4.5.2012, n. 2592)

«::::::::: GA :::::::::»

L'AMMINISTRAZIONE PUÒ LEGITTIMAMENTE EMANARE IL DECRETO ABLATIVO IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONI SINO AL TERMINE FISSATO PER IL COMPIMENTO DELL'OPERA

Come la giurisprudenza ha rivelato, i termini di inizio della procedura espropriativa e dei lavori, ha natura ordinatoria e acceleratoria, ma la relativa inosservanza non comporta la decadenza della dichiarazione di pubblica utilità, poiché l'inefficacia di cui all'art. 13 co. 3, l. 25.6.1865 n. 2359 consegue non soltanto all'inutile decorso del termine fissato per il compimento delle operazioni di esproprio, ma alla scadenza anche dell'altro termine fissato per il compimento dell'opera con la conseguenza che, fino a quando questo non sia spirato, l'Amministrazione espropriante può legittimamente emanare il decreto ablativo (cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 22.3.2011, n. 1757). Di qui l'inconferenza dei termini autoassegnatisi. (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2481)

«::::::::: GA :::::::::»

SUAP: IL PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO PER LA REALIZZAZIONE, L'AMPLIAMENTO O LA RISTRUTTURAZIONE DI IMPIANTI INDUSTRIALI

Per risalente quanto condiviso convincimento della giurisprudenza in punto di potestà discrezionale che assiste l'ente locale allorchè questo si determina all'adozione di una variante, i provvedimenti con i quali i comuni ripartiscono in zone il territorio in sede di pianificazione urbanistica hanno natura ampiamente discrezionale e possono pertanto incidere anche su precedenti difformi destinazioni delle zone stesse, sempre che la nuova suddivisione non sia affetta da errori di fatto o da gravi vizi di illogicità, irrazionalità o contraddittorietà. È legittima, pertanto, la variante dell'originario programma di fabbricazione con la quale si muta la classificazione di un'area, da industriale in agricola, motivata con riferimento all'appesantimento che la destinazione industriale avrebbe indotto sulla precaria viabilità esistente - nella specie il comune, avendo verificato l'esistenza di gravi inconvenienti su una strada statale nei pressi della quale era localizzata l'area in questione, aveva mutato l'originaria destinazione industriale tenuto anche conto che l'area stessa non era stata utilizzata nel corso di un decennio per ampliamenti dell'insediamento produttivo-. (CdS, sez. V, 10.6.1989 , n. 375). Secondo avveduta giurisprudenza il procedimento disegnato in materia di SUAP non fa eccezione ai detti principi, essendosi condivisibilmente rilevato che il d.P.R. 20.10.1998 n. 447 esprime un favor verso la realizzazione, la ristrutturazione ovvero l'ampliamento degli impianti industriali ed a tale scopo delinea un procedimento semplificato - che si risolve in un procedimento che, attraverso la conferenza di servizi indetta dal responsabile del procedimento, porta alla formazione di una proposta di variante sulla quale il Consiglio comunale si pronuncia definitivamente - per giungere, con una variante urbanistica adottata nell'ambito della conferenza di servizi, alla rapida realizzazione di tali iniziative, anche quando esse siano in contrasto con gli strumenti urbanistici in vigore, purché il relativo progetto sia conforme alle norme in materia ambientale, sanitaria e di sicurezza del lavoro e lo strumento urbanistico non individui aree destinate all'insediamento di impianti produttivi ovvero queste siano insufficienti in relazione al progetto presentato. (CdS, sez. IV, 11.1.2007 , n. 1644). (CdS, Sez. IV, 16.4.2012, n. 2170).

«::::::::: GA :::::::::»

IL COMUNE PUÒ DISAPPLICARE LA PREVISIONE DEL PRG CHE SUBORDINA L'EDIFICAZIONE SU UNA DETERMINATA AREA ALLA PREVIA PREDISPOSIZIONE DI UN PIANO PARTICOLAREGGIATO QUALORA SIANO SUFFICIENTI LE OPERE DI URBANIZZAZIONI ESISTENTI

Secondo costante giurisprudenza laddove il P.R.G. subordini l'edificazione su una determinata area alla previa predisposizione di un piano particolareggiato, tale obbligo può venire meno nei casi in cui l'amministrazione accerti la sufficienza delle opere di urbanizzazione già esistenti, perché trattasi di lotto intercluso o comunque di maglia già adeguatamente urbanizzata. Per un corretto inquadramento della fattispecie di che trattasi, è opportuno rilevare preliminarmente che la previsione che assoggetta di regola gli interventi al previo piano particolareggiato è intesa a garantire un ordinato e armonico sviluppo del territorio ovvero ad assicurare il raccordo fra la nuova edificazione e le strutture esistenti, con ciò rispondendo a esigenze di carattere pubblicistico che non può escludersi, in astratto, possano sussistere anche in relazione ad aree già urbanizzate (cfr. CdS, sez. IV, 10.1.2012, nr. 26; id., 13.10.2010, nr. 7486). Dal che discende che la possibilità di disapplicazione della previsione de qua non può mai affermarsi in astratto, ma consegue sempre ad un accertamento istruttorio che il Comune deve condurre con riferimento alle specifiche condizioni e caratteristiche dell'area in considerazione (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2470).

«::::::::: GA :::::::::»

E' LEGITTIMA L'ORDINANZA DI DEMOLIZIONE DI OPERE ABUSIVE NOTIFICATA AL RESPONSABILE DELL'ABUSO E NON ANCHE AL PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE

Per giurisprudenza consolidata deve ritenersi legittima l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive effettuata nei confronti del responsabile dell'abuso e non anche del proprietario dell'immobile, in quanto l'articolo 7, co. 3, della l. 28.2.1985, n. 47, si riferisce esclusivamente all'uno e non all'altro, per l'evidente ragione di ancorare l'attività riparatoria del responsabile, quale autore dell'illecito, al rapido ripristino dello stato dei luoghi (CdS, sez. V, 1.10.1999, n. 1228). (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450).

«::::::::: GA :::::::::»

IL COMUNE PUÒ EFFETTUARE VALUTAZIONI CONTRASTANTI CON QUELLE GIÀ FORMALIZZATE CON IL PIANO REGOLATORE PURCHÉ DIA CONTEZZA NON SOLO DELLE RAGIONI INERENTI ALLA SCELTA CONCRETAMENTE ATTUATA, MA SPECIFICHI ALTRESÌ I PRESUPPOSTI PER L'INTERVENUTO MUTAMENTO

Viene in rilievo nella sentenza in esame la questione della possibilità di riconsiderazione successiva, da parte dell'ente territoriale competente, di elementi cognitivi già precedentemente valutati in ordine all'adozione di uno strumento urbanistico, anche eventualmente susseguente alla concorde volontà della parte privata interessata. Sul punto il Collegio rileva come, a fronte di una generale potestà di intervento a tutela dell'ordinato governo del territorio, debbano essere comunque fatti salvi gli strumenti di controllo dell'azione amministrativa, anche penetrando nei percorsi motivazionali che vengano utilizzati per giustificare il mutato atteggiamento. In questo senso, ad esempio, si è affermato che, con la decisione n. 4368 del 16 settembre 2008, che la giunta ed il consiglio comunale non possono effettuare valutazioni che contrastino con quelle già formalizzate con il piano regolatore. Infatti, se un'area è stata da questo destinata all'edificazione, nel corso del procedimento di approvazione del piano attuativo non è giuridicamente possibile che la medesima area non vada considerata in concreto edificabile 'per ragioni ambientali e paesaggistiche', e cioè sulla base di valutazioni diametralmente opposte a quelle già poste a base dello strumento primario che ha previsto l'edificabilità sul piano urbanistico. Ove emergano le relative ragioni, può essere attivato il procedimento per la modifica del piano regolatore, ma – sul piano urbanistico - non può essere respinto il progetto di lottizzazione conforme allo strumento primario. Secondo lo stesso ordine argomentativo, si è successivamente affermato, con sentenza n. 5485 del 6.10.2011, che, stante lo stretto collegamento tra la pianificazione generale comunale e l'individuazione della rete viaria

necessaria all'attuazione delle scelte di piano, è evidente come la valutazione dei temi della viabilità, e quindi della sufficienza dei collegamenti esterni all'area oggetto di lottizzazione, non sia un elemento da sviluppare in occasione dell'approvazione del piano di lottizzazione, che ha natura attuativa, ma debba essere contenuto, a monte, nello strumento urbanistico generale il quale, sulla base di una previsione complessiva dei temi della gestione del territorio, è il mezzo giuridico funzionalmente idoneo a dare ingresso alle tematiche della circolazione nell'ambito del territorio comunale. Come appare palmare, l'azione del Comune che, intervenendo su una propria precedente determinazione nell'ambito del governo del territorio, incide sulle situazioni giuridiche dei terzi, non è di per sé illegittima, essendo certamente esplicazione di una potestà generale di ordine per la fruizione del bene comune, ma in quanto tale rimane soggetta alle regole generali dell'azione amministrativa, prima tra tutte quella di rendere conto delle ragioni del proprio agire. Ed in questo senso, la motivazione non è un mero elemento accessorio, ma si presenta conformato dalle vicende antecedenti, tant'è che, se il Comune decide di modificare il proprio avviso, deve dare contezza non solo delle ragioni inerenti alla scelta concretamente attuata, ma anche specificare i presupposti per l'intervenuto mutamento. Tanto si è affermato, ad esempio, nelle decisioni sopra citate, in relazione al tema della viabilità di accesso ad un'area lottizzata, precedentemente ritenuta sufficiente in sede di adozione del piano regolatore generale e poi invece considerata inadeguata, senza altri mutamenti della situazione di fatto, al momento dell'approvazione del progetto di lottizzazione. Lo stesso schema si presenta nella vicenda attenzionata dove, approvato il piano di lottizzazione proposto dell'appellante con deliberazione e rilasciato il permesso di costruire collegato, il Comune ha provveduto ad adottare una variante, inerente ad una strada di collegamento che andava ad incidere sulla detta lottizzazione. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado che aveva annullato la deliberazione stante il riscontrato difetto motivazionale. (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2466).

«::::::::: GA :::::::::»

LA MERA VICINANZA DI UN'ABITAZIONE AD UNA DISCARICA NON LEGITTIMA IL PROPRIETARIO AD INSORGERE AVVERSO IL PROVVEDIMENTO DI APPROVAZIONE DELL'OPERA

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame richiama gli orientamenti giurisprudenziali a tenore dei quali la mera vicinanza di un fondo ad una discarica non legittima per ciò solo ed automaticamente il proprietario frontista ad insorgere avverso il provvedimento autorizzativo dell'opera, essendo necessaria, al riguardo, anche la prova del danno che egli da questa possa ricevere (CdS, V, 20.5.2002, n. 2714), per quanto non sia permesso addossare su chi agisca il gravoso onere della prova dell'effettività del danno subendo allorché la stessa prova non possa prescindere, in concreto, dall'effettiva realizzazione dell'impianto, il che finirebbe per svuotare il principio costituzionale del diritto di difesa (cfr. V, 18.8.2010, n. 5819). La mera vicinanza di un'abitazione ad una discarica non legittima, pertanto, il proprietario frontista ad insorgere avverso il provvedimento di approvazione dell'opera (cfr. V, 16.4.2003, n. 1948), essendo al riguardo necessaria la prova del danno che da questa egli riceva nella sua sfera giuridica, o per il fatto che la localizzazione dell'impianto riduce il valore economico del fondo situato nelle sue vicinanze, o perché le prescrizioni dettate dall'autorità competente in ordine alle modalità di gestione dell'impianto sono inidonee a salvaguardare la salute di chi vive nelle sue vicinanze, o, infine, per il significativo incremento del traffico veicolare, potenzialmente idoneo ad incidere in senso pregiudizievole sui terreni limitrofi (su quest'ultimo profilo cfr. V, 16.6.2009 n. 3849). Da ciò la conferma che il mero collegamento di un fondo con il territorio sul quale è localizzata una discarica non è da solo sufficiente a legittimare il suo proprietario a provocare uti singulus il sindacato di legittimità su qualsiasi provvedimento amministrativo preordinato alla tutela di interessi gene-

rali che nel territorio trovano la loro esplicazione (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2460).

«::::::::: GA :::::::::»

DISTANZE NELLE COSTRUZIONI: POSSIBILITÀ DI COSTRUIRE *«IN ADERENZA »* OD *« IN APPOGGIO»*

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame richiama l'insegnamento della giurisprudenza della Suprema Corte a tenore del quale in tema di distanze nelle costruzioni, qualora gli strumenti urbanistici stabiliscano determinate distanze dal confine e nulla aggiungano sulla possibilità di costruire « in aderenza » od « in appoggio », la preclusione di dette facoltà non consente l'operatività del principio della prevenzione; nel caso in cui, invece, tali facoltà siano previste, si versa in ipotesi del tutto analoga a quella disciplinata dagli art. 873 e ss. c.c., con la conseguenza che è consentito al preveniente costruire sul confine, ponendo il vicino, che intenda a sua volta edificare, nell'alternativa di chiedere la comunione del muro e di costruire in aderenza (eventualmente esercitando le opzioni previste dagli art. 875 e 877, co. 2, c.c.), ovvero di arretrare la sua costruzione sino a rispettare la maggiore intera distanza imposta dallo strumento urbanistico (Cass. Civ., sez. II, 9.4.2010, n. 8465) (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2458).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ORDINANZA DI ACQUISIZIONE GRATUITA AL PATRIMONIO COMUNALE DI UN'OPERA ABUSIVA SI CONFIGURA QUALE ATTO DOVUTO, PRIVO DI DISCREZIONALITÀ

L'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio comunale di un'opera abusiva si configura quale atto dovuto, privo di discrezionalità, subordinato al solo accertamento dell'inottemperanza di ingiunzione di demolizione ed al decorso del termine di legge (che ne costituiscono i presupposti) (CdS, sez. V, 1.10.2001, n. 5179), così che la censura di carenza di motivazione in ordine alla valutazione dell'interesse pubblico è destituita di qualsiasi fondamento giuridico, non essendovi alcuna valutazione discrezionale da compiere (e di conseguenza da giustificare) (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450).

«::::::::: GA :::::::::»

E' NECESSARIA LA CONCESSIONE EDILIZIA PER LA STRUTTURA PREFABBRICATA DESTINATA A DARE UN'UTILITÀ PROLUNGATA NEL TEMPO

La precarietà (e mobilità) di un manufatto, che rende non necessaria la concessione edilizia, dipende non dal suo sistema di ancoraggio al terreno, ma dalla sua inidoneità a determinare una stabile trasformazione del territorio, con la conseguente necessità del titolo edilizio allorquando, come nel caso di specie, la struttura, ancorché prefabbricata, sia destinata a dare un'utilità prolungata nel tempo, circostanza giammai contestata dagli appellanti, e non meramente occasionale (CdS, sez. V, 15.6.2000, n. 3321; 3.4.1990, n. 317). (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ATTIVITÀ DI SPARGIMENTO DI GHIAIA, SU DI UN'AREA CHE NE ERA PRECEDENTEMENTE PRIVA, È SOGGETTA A CONCESSIONE EDILIZIA SE E' PREORDINATA ALLA MODIFICA DELLA PRECEDENTE DESTINAZIONE D'USO

Per consolidato indirizzo giurisprudenziale (CdS, sez.V, 22.12.2005, n. 7343; 11.11.2004, n. 7324) anche l'attività di spargimento di ghiaia, su di un'area che ne era precedentemente priva, è soggetta a concessione edilizia, allorché appaia preordinata, come nel caso di specie, alla modifica della precedente destinazione d'uso (nel caso in esame, pacificamente agricola). Nei citati precedenti giurisprudenziali è stato puntualmente sottolineato, per un verso, che Tale indirizzo, peraltro, risulta corroborato dalla risalente interpretazione del Giudice penale, secondo cui deve

ritenersi soggetto a concessione lo spianamento di un terreno agricolo ed il riporto di sabbia e ghiaia, al fine di ottenerne un piazzale per deposito e smistamento di autocarri e containers (Cass. pen., 09/06/1982; cfr. altresì è legittimo il provvedimento del sindaco che ordini la riduzione in pristino di un'area destinata, in base al piano regolatore, a verde pubblico, che sia stata coperta di ghiaia, per essere destinata a parcheggio CdS, sez. II, 15.2.1989, n. 18/89), e, per altro verso, che esso …sembra, oggi, avere un testuale riscontro nel nuovo Testo unico in materia edilizia - d.P.R. n. 380/2001 - (che non ha certo potenzialità applicativa e di risoluzione del caso in esame, ma che può rappresentare un valido ausilio interpretativo, specie ove codifica un orientamento giurisprudenziale pregresso): l'art. 3, in materia di definizione degli interventi edilizi, assoggetta a permesso di costruire - ascrivendole al genus delle nuove costruzioni - <> (lett. e. 3) e <> (e. 7); si tratta, come è facile rilevare, di interventi privi di connotazione strettamente edilizia e, nondimeno, assoggettati a titolo abilitativo (oggi permesso di costruire). Significativa è, poi, la previsione dell'art. 10 comma 2 secondo cui <>. Correttamente pertanto i primi giudici hanno ritenuto legittimi i provvedimenti impugnati in primo grado, non potendo dubitarsi che attraverso lo spargimento di ghiaione sull'area in questione il proprietario intendeva effettivamente modificare la destinazione agricola dell'area utilizzandola quale piazzale di sosta e ricovero dell'auto e delle due roulottes di sua proprietà, determinando così una trasformazione urbanistica che necessitava di concessione edilizia (sulla necessità di concessione edilizia per ogni intervento che determini una perdurante modifica dello stato dei luoghi con materiale posto sul suolo, pur in assenza di opera in muratura, anche CdS, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6519) (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450).

«::::::::: GA :::::::::»

IL SILENZIO-RIFIUTO SULLA DOMANDA DI PERMESSO DI COSTRUIRE NON EQUIVALE A DINIEGO, L'AMMINISTRAZIONE DEVE COMUNQUE DETERMINARSI CON UN PROVVEDIMENTO ESPRESSO

L'art. 20 T.U. 6.6.2001 n. 380, prevede che le domande di permesso di costruire debbano essere esaminate e definite entro termini ben definiti, trascorsi i quali, in base al disposto del co. 9, sulla domanda si forma il silenzio-rifiuto. Trascorso il predetto termine legale, non si è peraltro di fronte ad un silenzio reso significativo dalla legge in termini di diniego implicito della pretesa avanzata, ma ad un silenzio-inadempimento che esprime l'inerzia dell'Amministrazione in violazione del suo obbligo generale di concludere, entro termini certi, il procedimento con un provvedimento espresso. Pertanto l'amministrazione competente, deve in ogni caso determinarsi espressamente sulla domanda di permesso di costruire entri il termine legalmente assegnatole per la conclusione del procedimento di cui al citato art. 20. Nella fattispecie in esame pertanto, ad avviso del Consiglio di Stato, erroneamente il TAR ha affermato l'assenza dei presupposti di azionabilità della domanda ex artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo, perché qui deve comunque riscontrarsi la ricorrenza di un inadempimento imputabile all'amministrazione in violazione dell'art. 2 della l. n. 241/1990 e s.m.i. . Infatti a fronte dell'eventuale mancato adempimento alle richieste di frazionamento, il Comune avrebbe dovuto regolarsi di conseguenza per la definizione anche in senso negativo della relativa domanda, ma comunque doveva far luogo ad provvedimento espresso dell'amministrazione (CdS, Sez.IV, 18.4.2012, n. 2302).

«::::::::: GA :::::::::»

E' LEGITTIMA L'ARCHIVIAZIONE DELLA DOMANDA DI CONDONO EDILIZIO LADDOVE SIA VENUTA MENO A CAUSA DI UN INCENDIO LA STESSA OPERA CUI SI RIFERIVA LA RICHIESTA

Posto che la concessione in sanatoria rilasciata per effetto di un condono edilizio produce l'effetto della regolarizzazione della costruzione dal punto di vista urbanistico, attri-

buendo ad essa un regime giuridico che in nulla si differenzia da quello proprio di una normale concessione (CdS, Sez. IV, 30.11.2009, n. 7491; sez. V, 7.5.2008, n. 2086), presupposto fattuale indispensabile per l'accoglimento della domanda di condono (e per il rilascio della relativa concessione in sanatoria) è la stessa esistenza del manufatto abusivo, non solo al momento della domanda di condono, ma anche al momento del rilascio della concessione (CdS, sez. V, 18.11.2004, n. 7538): è stata così ritenuta legittima l'archiviazione della domanda di condono (relativa ad un edificio demolito e non fedelmente ricostruito) per essere venuto meno la stessa opera cui si riferiva la richiesta (CdS, sez. IV, 28.12.2008, n. 6550).Del tutto legittimamente, come ritenuto anche dai primi giudici, l'amministrazione ha denegato il condono per la per struttura prefabbricato ad uso abitativo realizzata abusivamente, essendo la stessa andata distrutta nell'incendio dopo la presentazione della domanda di condono, ma prima dell'eventuale rilascio della concessione in sanatoria (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450).

«::::::::: GA :::::::::»

GRAVA SULLA SOPRINTENDENZA L'ONERE DI PROVARE CHE IL COMUNE ABBIA INVIATO ANCHE AGLI INTERESSATI LA COMUNICAZIONE ALLA SOPRINTENDENZA DELLE AUTORIZZAZIONE RILASCIATE

L'art. 159 d. lgs. n. 42 del 2004, prevede che l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione, nella comunicazione alla Soprintendenza, deve attestare di aver eseguito il contestuale invio ai privati interessati, per i quali tale comunicazione costituisce avviso di inizio del procedimento ai sensi e per gli effetti della l. 7.8.1990, n. 241. In particolare, l'art. 159, co. 2 stabilisce oggi (dopo l'art. 26 d.lgs. 24.3.2006, n. 157, l'art. 2, co. 1, lett. hh) d.lgs. 26.3.2008, n. 63 e l'art. 4-quinquies d.l. 3.6.2008, n. 97, aggiunto dalla legge di conversione 2.8.2008, n. 129) che, fino all'approvazione del piano paesistico, la comunicazione alla Soprintendenza delle autorizzazione rilasciate è inviata contestualmente agli interessati, per il quali costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi ed agli effetti della l. 7.8.1990, n. 241. Nel caso di specie il Collegio ha rilevato come non vi è la prova che tale comunicazione sia stata inviata all'originaria ricorrente. Ed invero, sebbene l'interessata sia formalmente indicata tra i destinatari della nota con la quale l'autorizzazione paesaggistica viene comunicata alla Soprintendenza per il relativo controllo, manca, tuttavia, la prova che tale comunicazione sia stata poi realmente effettuata nei confronti della medesima, non essendovi traccia né di consegna a mano, né di avviso di ricevimento a mezzo raccomandata. Come questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di rilevare, l'onere della prova circa l'avvenuto invio della comunicazione prevista dall'art. 159 d. lgs. n. 42 del 2004 grava certamente sulla Soprintendenza, la quale ha eventualmente l'onere di attivarsi presso il Comune sul quale grava in prima battuta l'adempimento procedimentale in questione per ottenere la prova dell'avvenuta comunicazione. E infatti, la prova di un fatto negativo (il mancato invio dell'avviso di avvio del procedimento) non incombe sulla parte che lo allega, incombendo piuttosto sull'amministrazione la prova del fatto positivo che esclude la circostanza negativa (cfr. CdS, VI, n. 5685 del 2007). La mancata comunicazione di avvio del procedimento determina, quindi, l'illegittimità del provvedimento impugnato (CdS, Sez. VI, 16.4.2012, n. 2142).

«::::::::: GA :::::::::»

RIFIUTI: L'INERZIA DELLA REGIONE NELL'ISTITUZIONE DEGLI A.T.O. NON DETERMINA LA PARALISI DELL'ESERCIZIO DEI POTERI MA CONTINUATIVITÀ DELLE COMPETENZE PREVISTE DALLA LEGISLAZIONE ANTERIORE

Nel giudizio in esame la Provincia assume che la Regione non avrebbe potuto rilasciare aggiornamento/ampliamento di autorizzazione integrata ambientale, in quanto detta competenza era di spettanza degli a.t.o., la

cui costituzione era stata disattesa dalla Regione con sostanziale illegittima avocazione a sé delle competenze a questi rimesse dall'art. 200 d. lgs. 152/06. Il Collegio ha rigettato l'appello confermando la statuizione del giudice di prime cure affermando che gli a.t.o. – ora soppressi con l'art. 2 co. 186 bis della L. 23.11.2009 n. 191 - andavano istituiti da parte delle Regioni, sentiti le province ed i comuni interessati, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del d. lgs. 152/06 – art. 200 co. 2 – ma tale istituzione non era obbligatoria, tanto è che le stesse Regioni potevano adottare modelli alternativi, ove fossero stati compatibili con un adeguato piano regionale dei rifiuti, nel rispetto degli obiettivi strategici fissati dalla normativa statale - art. 200 co. 7. Il tenore della norma, la larga autonomia riservata alle Regioni rappresentata dalla non stringente obbligatorietà della formazione degli a.t.o. e l'assenza di misure sostitutive straordinarie in caso di inerzia, dimostrano che il termine di sei mesi aveva carattere ordinatorio e che dunque l'istituzione degli a.t.o. rispondeva a ragioni di buona amministrazione e non ad un termine vincolato. Perciò dalla mancata istituzione di tali figure organizzatorie non poteva che derivare la continuatività delle competenze previste dalla legislazione anteriore, non essendo ipotizzabile la paralisi dell'esercizio dei poteri, tra l'altro in una materia sensibile come quella dei rifiuti. (CdS, Sez. V, 13.4.2012, n. 2117)

«::::::::: GA :::::::::»

CONDONO EDILIZIO: ESCLUSA LA FORMAZIONE DEL SILENZIO ASSENSO SE L'IMMOBILE ABUSIVO E' STATO REALIZZATO IN AREE SOTTOPOSTE A VINCOLO PAESAGGISTICO IN MANCANZA DEL PARERE DELL'AUTORITÀ COMPETENTE

Nella specie il ricorrente ipotizza che la propria domanda di condono edilizio debba ritenersi accolta e ciò in considerazione del decorso del termine di 24 mesi, di cui all'art. 35, co. 19, della l. n. 47 del 1985, con formazione del silenzio assenso, e, non essendovi all'epoca della iniziale costruzione alcun vincolo e dovendosi comunque ritenere acquisito il parere favorevole dell'Autorità preposta al vincolo per la mancata risposta entro 180 giorni. Sull'asserita formazione del silenzio assenso, anche in relazione al richiamato decorso dei 180 giorni per l'emissione del parere dell'Autorità competente (oggetto, comunque, di possibile impugnazione per silenzio – rifiuto, ai sensi del co. 1 dell'art. 32 della l. n. 45 del 1987, nella specie non proposta), il Collegio ritiene che tale formazione è esclusa quando si tratti di aree sottoposte a vincolo paesaggistico se manchi il parere favorevole dell'Autorità competente, come peraltro indicato dalla giurisprudenza in materia, per cui in tale caso la formazione del silenzio assenso postula indefettibilmente la previa acquisizione del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo (in questo caso: necessariamente esplicito) sulla compatibilità ambientale della costruzione realizzata senza titolo (cfr. ex multis CdS, sez. VI, 26.1.2001, n.249), deve rilevarsi che, nella fattispecie controversa, manca la predetta, indispensabile condizione (CdS, 30.6.2005, n. 3542; vedi anche CdS, 31.3.2009, n. 2024). Ciò in base alla normativa di cui alla l. n. 47 del 1085, per cui non sono suscettibili di sanatoria tacita gli immobili siti in aree sottoposte a tutela paesaggistico-ambientale per effetto di vincolo antecedente l'esecuzione delle opere che, in quanto tale, chiede per ogni intervento il parere espresso dell'Autorità competente (artt 32, co. 1, 33 e 35, co. 17), risultando ciò applicabile al caso di specie in cui il vincolo è stato apposto con d.m. del 1954, il parere non era stato reso ed è poi intervenuto in senso sfavorevole (CdS, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2038).

«::::::::: GA :::::::::»

OPERE ABUSIVE REALIZZATE SU AREA VINCOLATA: AI FINI DEL PARERE DELL'AMMINISTRAZIONE PREPOSTA ALLA TUTELA DEL VINCOLO RILEVA LA DATA DI VALUTAZIONE DELLA DOMANDA DI SANATORIA E NON QUELLA DI COSTRUZIONE DELL'IMMOBILE

L'art. 32 l. n. 47 del 1985, nell'introdurre la

*possibilità di condonare opere abusive realizzate prima del 1.10.1983 su aree sottoposte al vincolo, subordina il rilascio della concessione edilizia al parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo stesso, che ha natura giuridica di condizione ostativa e di presupposto indefettibile per la concessione edilizia in sanatoria e comporta la verifica della compatibilità dell'intervento con gli interessi paesaggistici e ambientali dell'area sottoposta a tutela. Quanto al rapporto tra istanza di sanatoria e data di apposizione del vincolo, secondo giurisprudenza consolidata, a prescindere dal momento di introduzione del vincolo stesso, ai fini del parere di cui all'art. 32 della l. 47 del 1985 rileva comunque la data di valutazione della domanda di sanatoria, e non quella di costruzione dell'immobile (per tutte, CdS, Ad. plen., 7.6.1999, n. 20, C.G.A.R.S., 4.11.2010, n. 1353, Sez. VI, 11.12.2001, n. 6210) (CdS, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2038)***.**

«::::::::: GA :::::::::»

RAPPORTO TRA LA DISCIPLINA DEL COMMERCIO E LA DISCIPLINA URBANISTICA: IL PIANO URBANISTICO PREVALE SU QUELLO COMMERCIALE

Le prescrizioni contenute nei piani urbanistici, rispondendo all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali e dunque alla libertà di iniziativa economica. La diversità degli interessi pubblici tutelati impedisce di attribuire in astratto prevalenza al piano commerciale rispetto al piano urbanistico. La giurisprudenza amministrativa, sia pur con riguardo a fattispecie diverse da quella in esame, ha più volte affermato questo principio (CdS, sez. V, 28.5.2009, n. 3262; Id., sez. IV, 5.8.2005 , n. 419) (CdS, Sez. VI, 10.4.2012, n. 2060).

«::::::::: GA :::::::::»

NON E' CONDONABILE L'INTERVENTO EDIFICATORIO SINE TITULO REALIZZATO SU AREA DEMANIALE

*Il Collegio nella fattispecie in esame ha rilevato come l'intervento edificatorio sine titulo avvenuto su area demaniale in nessun caso può formare oggetto di trasformazione da parte del privato e non è perciò condonabile (Sez. VI, 26.11.2008, n. 5839). Inoltre gli interventi di modifica del territorio che interessano aree appartenenti al demanio dello Stato non si sottraggono al controllo comunale di conformità ai vigenti strumenti di pianificazione ed, in particolare, all'esercizio della potestà repressiva del comune medesimo in presenza di accertati abusi (Sez. VI, 31.8.2004, n. 5723), spettando al Comune la vigilanza sul rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia nel proprio territorio (CdS, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2038)***.**

«::::::::: GA :::::::::»

E' PRECLUSO IL CONDONO EDILIZIO SE I VINCOLI ASSOLUTI DI INEDIFICABILITÀ SONO STATI APPOSTI PRIMA DELL'ESECUZIONE DELLE OPERE

*In base ai principi di cui alla l. 28.2.1985, n. 47, cui fa rinvio l'art 39 l. n. 724 del 1994, i vincoli assoluti di inedificabilità risultano preclusivi del condono, se apposti prima dell'esecuzione delle opere, fermo restando che – dovendo la funzione amministrativa essere esercitata secondo la normativa vigente alla data del relativo esercizio – detti vincoli sarebbero comunque rilevanti, ma come vincoli a carattere relativo, richiedenti apposita e concreta valutazione, da parte dell'Autorità preposta, circa la compatibilità dell'opera realizzata con i valori tutelati (cfr. artt. 32 e 33 l. n. 47 del 1985 e, per il principio, CdS, VI, 9.3.2011, n. 1476; VI, 7.1.2008, n. 22; 5.12.2007, n. 6177, 2.11.2007, n. 5669; V, 4.11.1997, n. 1228) (CdS, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2018)***.**

«::::::::: GA :::::::::»

IL CORRISPETTIVO DELLA CONCESSIONE DEL DIRITTO DI SUPERFICIE, PREVISTO NELLA CONVENZIONE, COMPRENDE ANCHE I COSTI SOSTE-

NUTI DAL COMUNE PER L'ESPROPRIO DI AREE NON OGGETTO DELLA CONCESSIONE, MA DESTINATE A CONTENERE OPERE DI URBANIZZAZIONE PREVISTE DAL P.E.E.P

La disposizione di cui all'art. 35, co. 12, della l. 22.10.1971, n. 865, a mente della quale i corrispettivi della concessione in superficie…ed i prezzi delle aree cedute in proprietà devono, nel loro insieme, assicurare la copertura delle spese sostenute dal comune o dal consorzio per l'acquisizione delle aree comprese in ciascun piano approvato a norma della l. 18.4.1962, n. 167, ha natura di norma inderogabile e pertanto essa, per effetto di quanto stabilito dall'art. 1339 c.c., integra il contenuto della convenzione (CdS, sez. V, 14.2.2005, n. 453; 1.12.2003, n. 7820), quand'anche questa non avesse espressamente previsto l'evenienza del conguaglio (sempre che la acquisizione delle aree sia avvenuta nel rispetto della procedura espropriativa prevista dalla legge, circostanza che non è stata oggetto di contestazione). Al riguardo è appena il caso di rilevare che, alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il corrispettivo della concessione del diritto di superficie, previsto nella più volte ricordata convenzione, comprende anche i costi sostenuti dal comune per l'esproprio di aree non oggetto della concessione, ma destinate a contenere opere di urbanizzazione previste dal p.e.e.p. (atteso che la norma fa riferimento ai costi o corrispettivi delle opere di urbanizzazione realizzate o realizzande a cura del comune e relative alle aree oggetto della concessione, tra i quali ben possono rientrare quelli sostenuti o sostenendi per l'esproprio delle aree su cui tali opere devono sorgere, tanto più che non vi è ragione di escludere il concessionario di un determinato lotto dall'onere dei costi delle opere di urbanizzazione funzionali alla edificabilità del suo lotto, salva ovviamente l'esistenza del necessario legame funzionale tra opere di urbanizzazione ed aree date in concessione che costituisce giustificazione e limite dell'addebito dei costi(Cass. Civ., sez. I, 7.2.2007, n. 2706; 14.9.2004, 18440) (CdS, Sez. V, 28.3.2012, n. 1863).

«::::::::: GA :::::::::»

NESSUNA SANATORIA DI ABUSI EDILIZI PER IL RICHIEDENTE CHE NON PROVI LA DATA DI REALIZZAZIONE DELLE OPERE

Nel caso di proposizione di una istanza di sanatoria di un immobile abusivo, il richiedente ha l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e, in particolare, quale sia stata la data di realizzazione delle opere. Ove poi un interessato intenda far rilevare dall'amministrazione comunale che l'edificio è stato realizzato in un'epoca in cui ancora la normativa allora vigente non richiedeva titoli edilizi (e pertanto chieda un atto accertativo in alternativa a quello di sanatoria che presuppone l'abusività delle opere), egli comunque abbia l'onere di dimostrare tutte le relative circostanze di fatto (CdS, Sez. VI, 20.3.2012, n. 1563).

«::::::::: GA :::::::::»

NESSUNA DURATA PREDEFINITA PER LE AUTORIZZAZIONI ALL'ESERCIZIO DI IMPIANTI DI DISTRIBUZIONE DEL CARBURANTE, MA VERIFICA DEL COMUNE DEL PERMANERE DEI REQUISITI DI COMPATIBILITÀ

A seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 32/1998, è cambiata radicalmente la natura del titolo in base al quale il privato esercita l'attività di esercizio di impianto di distribuzione carburanti, con la conseguenza che la disciplina di tale attività dovrà ritrovarsi per intero nell'autonoma e diversa disciplina dell'autorizzazione, senza che possa ritenersi automaticamente in questa trasfuso (non essendovi, peraltro, disposizione alcuna in tal senso) il contenuto dispositivo della precedente e non più sussistente concessione. Ed in questo senso, va rilevato come il sopravvenuto d. lgs. abbia nella sostanza sostituito al termine diciottennale, che assisteva le cessate concessioni, un termine determinato in ragione del suo tempo massimo pari a quindici anni dalla prima verifica di compatibilità, en-

tro il quale il Comune deve rinnovare la stessa verifica con un procedimento apposito il cui esito può essere:1) o la rinnovata pronuncia di compatibilità; 2) ovvero quella di incompatibilità, con il conseguente iter procedurale che può condurre alla chiusura dell'impianto, laddove il titolare dello stesso non chieda ovvero non presenti un piano di adeguamento,ovvero presentandolo non ne consegua l'approvazione. Da ciò consegue che l'autorizzazione è sottoposta, quanto alla sua efficacia temporale, non ad una durata specificamente predefinita, bensì alla verifica del permanere dei requisiti di compatibilità ex art. 1 cit. d. lgs, da effettuarsi da parte della pubblica amministrazione (CdS, Sez. V, 19.3.2012, n. 1543).

«::::::::: GA :::::::::»

PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI CONSOLIDATI IN MATERIA DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

Il bene giuridico protetto dall'art. 18 della l. n. 47/1985, descrivente le caratteristiche della lottizzazione abusiva, non è tanto o solo la tutela dell'interesse al rispetto della pianificazione urbanistica, quanto, invece, la tutela dell'interesse all'effettività del controllo del territorio da parte del soggetto pianificatore (cioè gli organi comunali) tenuto a reprimere qualsiasi intervento lottizzatorio che non sia stato previamente assentito. In proposito è stato precisato che è ravvisabile l'ipotesi di lottizzazione abusiva solamente quando sussistono elementi precisi ed univoci da cui possa ricavarsi oggettivamente l'intento di asservire all'edificazione un'area non urbanizzata (CdS, Sezione IV, 11.10.2006 n. 6060 e Sezione V, 13.9.1991 n. 1157). Pertanto, ai fini dell'accertamento della sussistenza del presupposto di cui all'art. 18 della l. n. 47/1985 non è sufficiente il mero riscontro del frazionamento di un terreno collegato a plurime vendite, ma sussiste anche la necessità di acquisire un sufficiente quadro indiziario dal quale sia possibile desumere in maniera non equivoca la destinazione a scopo edificatorio degli atti posti in essere dalle parti (CdS, Sez. V, 20.10.2004, n. 6810), giustificandosi l'ad-zione del provvedimento repressivo anche a fronte della dimostrazione della sussistenza di almeno uno degli elementi precisi e univoci sopraddetti (CdS, Sezione V, 14.5.2004, n. 3136). In particolare la cosiddetta lottizzazione negoziale, ossia il tipo di lottizzazione che il Comune ha ritenuto sussistente nel caso di specie sulla base non tanto della realizzazione di alcune opere, quanto del frazionamento contrattuale di un vasto terreno con la creazione di lotti sufficienti per la costruzione di un singolo edificio, può concretizzare in astratto già di per sé il fenomeno della lottizzazione abusiva, purché si possa desumere in modo non equivoco dalle dimensioni e dal numero dei lotti, dalla natura del terreno, dall'eventuale revisione di opere di urbanizzazione e dalla loro destinazione a scopo edificatorio (CdS, Sez. IV, 11.9.2006, n. 6060) (CdS, Sez. V, 12.3.2012, n. 1374).

«::::::::: GA :::::::::»

IN MANCANZA DELLA DICHIARAZIONE DI PUBBLICA UTILITA' SUI DANNI DEL PRIVATO PER L'OCCUPAZIONE USURPATIVA DELLA PA DECIDE IL GIUDICE ORDINARIO

Spetta al giudice amministrativo la controversia per il risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo in tema di espropriazione per pubblica utilità. E infatti, mentre le domande risarcitorie e restitutorie relative a fattispecie di occupazione usurpativa, intese come manipolazione del fondo di proprietà privata avvenuta in assenza della dichiarazione di pubblica utilità ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia, rientrano nella giurisdizione ordinaria, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in caso di danni conseguenti all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità (così, da ultimo, CdS, Sez. IV, 4.4.2011 , n. 2113). Dopo l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e degli altri provvedimenti preordinati all'esproprio caso per caso, vengono meno i titoli autoritativi che erano alla base delle condotte materiali con le quali si è data esecuzione

alla dichiarazione di pubblica utilità, mentre rimangono invece integri, nella realtà effettuale, i comportamenti materiali dell'Amministrazione che, proprio perché non più sorretti da atti autoritativi, vanno ricondotti sotto il regime dell'illecito aquiliano; tuttavia, in forza della disposizione dell'art. 34, d. lgs. 31.3.1998, n. 80, così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 6.7.2004, la controversia relativa al risarcimento del danno subìto dal privato appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dal momento che i comportamenti ai quali faceva riferimento l'art. 34 del d. lgs. n. 80 del 1998, prima dell'intervento demolitorio operato dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza, hanno ad oggetto non già attività materiali sorrette dall'esplicazione del potere, ma condotte poste in essere dalla pubblica amministrazione anche in vista del perseguimento di interessi pubblici, ma comunque fuori dell'esplicazione del potere pubblico (CdS, Sez. IV, 12.2.2010 , n. 801). Nel caso di specie l'azione esaminata dal Consiglio di Stato venga attiene ad unoccupazione illecita a seguito di annullamento giurisdizionale del piano di localizzazione, contenente la dichiarazione di pubblica utilità con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (CdS, Sez. IV, 26.3.2012, n. 1750).

«::::::::: GA :::::::::»

CONCESSIONE EDILIZIA IN SANATORIA: L'AMMINISTRAZIONE PREPOSTA ALLA TUTELA PAESAGGISTICA DEVE PRONUNCIARSI IN RELAZIONE ALL'ESISTENZA DEL VINCOLO AL MOMENTO IN CUI AVVIENE LA VALUTAZIONE DELLA DOMANDA DI SANATORIA, A PRESCINDERE DALL'EPOCA IN CUI IL VINCOLO SIA STATO IMPOSTO

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 20 del 22.7.1999, ha chiarito che la disposizione dell'art. 32 della l. 28.2.1985, n. 47 prevede la necessità di parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo paesaggistico ai fini del rilascio della concessione in sanatoria sulla base di una valutazione che risponde all'esigenza di vagliare l'attuale compatibilità dell'opera realizzata abusivamente con il vincolo paesaggistico. La disposizione, invero, non reca alcuna deroga al principio generale tempus regitactum per cui ogni atto deve essere adottato in base alla disciplina vigente al momento della sua adozione e, pertanto, essa deve interpretarsi nel senso di esigere che l'amministrazione preposta alla tutela paesaggistica si pronunci in relazione all'esistenza del vincolo al momento in cui avviene la valutazione della domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca in cui il vincolo sia stato imposto. La giurisprudenza si è ormai assestata nei sensi indicati dall'Adunanza Plenaria (cfr. ex multis CdS. Sez. IV, 19.3.2009, n. 1646; Sez. VI, 17.5.2010, n. 3061) (CdS, Sez. V, 12.3.2012, n. 1371).

«::::::::: GA :::::::::»

LA PRESCRIZIONE DECENNALE DEL DIRITTO DEL COMUNE AD OTTENERE IL PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO CONCESSORIO INIZIA A DECORRERE DALLA DATA DI PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA DI CONDONO

Secondo consolidata giurisprudenza il silenzio-accoglimento si perfeziona anche se mancano i presupposti per l'accoglimento della domanda e addirittura - come affermato dalla IV sezione del Consiglio di Stato 20.5.1999, n. 858 - per le domande dirette alla concessione di costruzione in sanatoria relative a opere compiute oltre la data del 1° ottobre 1983, essendo il compimento delle opere abusive entro la predetta data requisito necessario ai fini del rilascio di provvedimento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 35 della l. 28.2.1985 n. 47, ma non per il mero verificarsi della fattispecie complessa di silenzio-accoglimento (cfr. CdS, Sez. V, 14.4.1993, n. 496, id. 26.10.1994, n. 1385, id. 7.12.1995, n. 1672, id. 24.3.1997, n. 286), e che il silenzio assenso così formatosi può essere rimosso solo mediante l'esercizio del potere di annullamento di ufficio da parte del Comune (cfr. CdS, Sez. V, 24.3.1997, n. 286), misura di au-

totutela che consente di contemperare il ripristino della legalità con l'esigenza, pure avvertita dal legislatore, di rendere effettivamente praticabile l'istituto del silenzio accoglimento (così CdS , V, n. 4114/06), il Collegio osserva che, per quanto riguarda l'asserito difetto di motivazione in cui sarebbe incorso il Giudice di primo grado, per non avere indicato le ragioni per le quali è giunto alla determinazione di ritenere che nella specie si fosse formato il silenzio-assenso e fosse intervenuta la prescrizione decennale del diritto del Comune di pretendere il pagamento del contributo concessorio, dalla documentazione acquisita in giudizio si ricava che le circostanze dedotte dal ricorrente a sostegno dell'avvenuta formazione del silenzio–assenso risultavano comprovate (il ricorrente aveva infatti prodotto in giudizio sia la copia della domanda di condono edilizio, sia la copia delle attestazioni dei versamenti della intera oblazione). Non gravava pertanto sul TAR l'onere di fornire una motivazione particolare in ordine alla sussistenza dei presupposti per la formazione del silenzio –assenso. Non pare tuttavia inutile aggiungere che, come correttamente osserva l'appellato, la censura muove dall'assunto che il termine decennale di prescrizione debba decorrere non già dal compimento dei due anni successivi alla presentazione della domanda di condono, ma dalla data del pagamento dell'ultima rata del condono edilizio (pagamento eseguito il 4.10.1986). Senonché tale presupposto è errato dato che l'art. 35, co. 18, della l. n. 47/85 dispone chiaramente che decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima si intende accolta ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio ed alla presentazione all'ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento…. Il dies a quo dal quale far decorrere il termine decennale di prescrizione va quindi individuato nella data della presentazione della domanda di condono (CdS, Sez. V, 12.3.2012, n. 1364).

«::::::::: GA :::::::::»

IL COMUNE DOPO AVER ACCERTATO L'ESECUZIONE DI OPERE ABUSIVE NON E' ONERATO ALLA VERIFICA DELLA LORO SANABILITA' IN SEDE DI VIGILANZA SULL'ATTIVITÀ EDILIZIA

Nello schema giuridico delineato dall'art. 31 del d.P.R. n. 80/2001 non vi è spazio per apprezzamenti discrezionali, atteso che l'esercizio del potere repressivo di un abuso edilizio consistente nell'esecuzione di un'opera in assenza del titolo abilitativo costituisce atto dovuto, per il quale è in re ipsa l'interesse pubblico alla sua rimozione; e, pertanto, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione ovvero in difformità totale dal titolo abilitativo, non costituisce onere del Comune verificare la sanabilità delle opere in sede di vigilanza sull'attività edilizia (cfr CdS, Sez. IV, 27.4.2004, n. 2529) (CdS, Sez. IV, 6.3.2012, n. 1260).

«::::::::: GA :::::::::»

IL SEQUESTRO PENALE DEL MANUFATTO ABUSIVO NON IMPEDISCE L'ESECUZIONE DELL'INGIUNZIONE COMUNALE DI DEMOLIZIONE E DI RIPRISTINO DELLO STATO DEI LUOGHI

Il sequestro penale del manufatto abusivo non impedisce l'esecuzione dell'ingiunzione comunale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi In tema di tutela penale del territorio, l'esistenza di un sequestro penale sul manufatto abusivo oggetto di ingiunzione comunale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi non determina la sospensione del termine di novanta giorni, il cui decorso comporta, in caso di inottemperanza, l'acquisizione gratuita di diritto al patrimonio del comune (art. 31 d.P.R. 6.6.2001 n. 380). (In motivazione la Corte, nell'enunciare il predetto principio, ha precisato che il sequestro non rientra tra gli impedimenti assoluti che non consentono di dare esecuzione all'ingiunzione, stante il disposto dell'art. 85 disp. att. c.p.p.).(Cassazione penale, sez. III, 14.1.2009 n. 9186) (CdS, Sez. IV, 6.3.2012, n. 1260).

«::::::::: GA :::::::::»

QUANTIFICAZIONE DEL DANNO DA ILLEGITTIMA OCCUPAZIONE DEI SUOLI NEL PERIODO COMPRESO TRA L'IMMISSIONE IN POSSESSO E L'EMANAZIONE DEL DECRETO DI ESPROPRIO

In caso di accoglimento della domanda risarcitoria per l'illegittima occupazione dei suoli, il danno riferibile all'arco temporale compreso tra l'immissione nel possesso dei medesimi e l'emanazione del decreto di esproprio, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, deve essere liquidato in misura pari agli interessi moratori sul valore di mercato del bene in ciascun anno del periodo di occupazione, con rivalutazione e interessi dalla data di proposizione del ricorso di primo grado fino alla data di deposito della presente sentenza (cfr. CdS, Sez. IV, 1.6.2011, n. 3331) (CdS, Sez. IV, 28.2.2012, n. 1130).

«::::::::: GA :::::::::»

PER L'APERTURA DI UN CHIOSCO, ADIBITO A RIVENDITA DI GIORNALI NON BASTA IL PROVVEDIMENTO DI OCCUPAZIONE DI SUOLO PUBBLICO, MA OCCORRE ANCHE IL TITOLO EDILIZIO

Per l'esecuzione di opere su suolo di proprietà pubblica non è sufficiente il provvedimento di concessione per l'occupazione di detto suolo, ma occorre l'ulteriore ed autonomo titolo edilizio, che opera su un piano diverso – e risponde a diversi presupposti – rispetto sia all'atto che accorda l'utilizzo a fini privati di una determinata porzione di terreno di proprietà pubblica, sia ad altri atti autorizzativi eventualmente necessari (come, per quanto qui interessa, l'autorizzazione commerciale per la vendita di determinati prodotti). La nozione di costruzione, per cui si richiede il rilascio del titolo abilitativo in questione (permesso di costruire), si identifica d'altra parte con qualsiasi trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, intesa come modifica dello stato dei luoghi caratterizzata da stabilità, a prescindere dai materiali usati, quando si tratti di soddisfare esigenze non precarie del soggetto che tale trasformazione ponga in essere (cfr. in tal senso, fra le tante, CdS, Sez. VI, 27.1.2003, n. 419) (CdS, Sez. VI, 27.2.2012, n. 1106).

«::::::::: GA :::::::::»

DECADENZA DEL PERMESSO DI COSTRUIRE: SOLO L'INSORGENZA DI CAUSE DI FORZA MAGGIORE POSSONO FONDARE L'ISTANZA DI PROROGA DEL TERMINE DI DURATA DEL PERMESSO DI COSTRUIRE

In linea di principio, alla luce della predetta disposizione è dunque esatto (cfr. infra multa: CdS, Sez. IV, 10.8.2007, n. 4423; CdS, Sez. IV, 18.6.2008, n. 3030) che la pronuncia di decadenza del permesso di costruire: 1) è espressione di un potere strettamente vincolato; 2) ha una natura ricognitiva, perché accerta il venir meno degli effetti del titolo edilizio in conseguenza dell'inerzia del titolare ovvero della sopravvenienza di un nuovo piano regolatore; 3) pertanto ha decorrenza ex tunc. Il termine di durata del permesso edilizio, infatti, non può mai intendersi automaticamente sospeso, essendo, al contrario, sempre necessaria, a tal fine, la presentazione di una formale istanza di proroga, cui deve comunque seguire un provvedimento da parte della stessa amministrazione che ha rilasciato il titolo ablativo, che accerti l'impossibilità del rispetto del termine; e solamente nei casi in cui possa ritenersi sopravvenuto un factum principis ovvero l'insorgenza di una causa di forza maggiore (cfr. CdS, Sez. IV, 15.7.2008, n. 3527; CdS, Sez. IV, 8.2.2008, n. 434) (CdS, Sez. IV, 23.2.2012, n. 00974).

«::::::::: GA :::::::::»

CONCESSIONE EDILIZIA IN SANATORIA SU AREA SOTTOPOSTA A VINCOLO AMBIENTALE PAESAGGISTICO: IL PARERE DELL'ORGANO PREPOSTO ALLA TUTELA DEL VINCOLO NON E' IMMEDIATAMENTE IMPUGNABILE MA SOLO UNITAMENTE AL PROVVEDIMENTO FINALE

Diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice ad avviso del Consiglio di Stato la

concessione edilizia in sanatoria in ordine ad un manufatto realizzato su area sottoposta a vincolo ambientale–paesaggistico presuppone, a termini dell'art. 32 della l. n. 47 del 28.2.1985, il parere dell'organo preposto alla tutela del vincolo e i provvedimenti successivamente adottati costituiscono atti necessari e non superflui. Il parere dell'organo preposto non ha natura provvedimentale e non è l'atto conclusivo del procedimento attivato con la istanza di permesso di costruire o di sanatoria edilizia presentate all'amministrazione comunale, ma è un atto di natura endoprocedimentale che ha effetti sulla determinazione conclusiva del procedimento, di spettanza dell'autorità adita. Il parere, quantunque vincolante, non è immediatamente lesivo e non è, in quanto tale, suscettibile di impugnazione autonoma in via giurisdizionale, ma bensì lo è unitamente al provvedimento finale concretamente lesivo della sfera giuridica del richiedente (CdS, sez. V, n. 4412/05; n. 480/04; n. 1511/00; sez. VI, n. 114/98). In conclusione, il parere dell'organo preposto alla tutela del vincolo, reso ai sensi dell'art. 3 della legge n. 47/1985 per le opere edilizie abusive ricadenti appunto su aree sottoposte a vincolo è obbligatorio, ma l'atto che incide sulla sfera giuridica del richiedente è il provvedimento concessorio o negatorio della sanatoria richiesta (CdS, Sez. VI, 24.9.1996, n. 1248) (CdS, Sez. V, 16.2.2012, n. 00794).

«::::::::: GA :::::::::»

CON L'APPROVAZIONE DI UN NUOVO PIANO REGOLATORE LE NUOVE NORME PREVALGONO E SOSTITUISCONO INTEGRALMENTE LE PRECEDENTI CON IMPOSSIBILITA' DEL COMUNE DI DISAPPLICARLE NON SUSSISTENDO UNA ULTRATTIVITÀ DEL PRECEDENTE PRG

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame rileva come in linea di principio, in base al principio della successione nel tempo delle norme, con l'approvazione di un nuovo Piano Regolatore, le disposizioni successivamente intervenute sostituiscono integralmente le precedenti prescrizioni del vecchio Piano riguardanti la zona medesima, che vengono del tutto meno per la fondamentale ragione che la pianificazione urbanistica, che ha per sua natura carattere dinamico, ha proprio la finalità di adeguare la disciplina del territorio alle sopravvenute esigenze. Pertanto, essendo espressione di valutazione all'attualità delle esigenze in ordine all'utilizzazione del territorio, le nuove previsioni del Piano Regolatore: - hanno un carattere di assoluta prevalenza, - non possono essere disapplicate dallo stesso Comune, in favore di una ultrattività del precedente PRG; - si sostituiscono integralmente (salvo il caso di una specifica norma transitoria ah hoc) alle precedenti disposizioni le quali non possono comunque conservare alcuna efficacia. In ogni caso, i proprietari degli immobili, che non possono avere alcuna legittima aspettativa all'immutabilità della pianificazione urbanistica, non possono scegliersi la normativa edilizia che disciplina l'edificazione dei propri terreni. Per il noto principio tempus regit actum, la legittimità del rigetto del permesso di costruire deve infatti essere rapportata alla situazione di diritto riscontrabile alla data della relativa emanazione per cui è evidente come, nel caso, l'istanza edilizia doveva essere esaminata alla luce del PRG, (e delle ulteriori sopravvenute misure di salvaguardia) vigenti al momento della sua introduzione. Né peraltro risulta per il caso sottoposto all'attenzione del Collegio che, relativamente venir meno della fabbricabilità dell'area, l'appellante abbia tempestivamente gravato il sopravvenuto piano regolatore generale e la relativa variante di adeguamento. Sotto il profilo sostanziale dunque l'appellante non aveva alcun titolo giuridico su cui fondare la sua pretesa all'edificazione de qua. Esattamente l'Amministrazione Comunale ha dunque respinto un'istanza di permesso edilizio fondata dal privato su di un PRG non solo mai diventato efficace, ma anche superato dalla successiva disciplina urbanistica (CdS, Sez. IV, 9.2.2012, n. 00693).

«::::::::: GA :::::::::»

SANATORIA EDILIZIA: ASSOLVIMENTO DELL'ONERE PROBATORIO IN ORDINE ALLA DATA DI REALIZZAZIONE DELL'ABUSO

L'onere della prova circa la data di realizzazione di un immobile abusivo spetti a chi ha commesso l'abuso (cfr CdS, Sez. VI 6.5.2008 n.2010; idem Sez. V 11.10.1999 n.1440) e nel caso all'esame il Collegio rileva che la parte appellante offre sì alcuni elementi di giudizio che (a suo avviso) indurrebbero a far ritenere come ultimati i lavori edilizi entro la data del 31.12.1993, ma le circostanze dedotte (tra cui quella della testimonianza di un eremita) appaiono insufficienti e comunque non hanno consistenza tale da provare l'asserita esecuzione delle opere nel periodo utile alla sanatoria e comunque sono recessive rispetto alle risultanze emergenti dagli accertamenti degli organi preposti alla vigilanza e alla tutela dell'assetto del territorio che, al contrario forniscono elementi e dati indicativi di una diversa data di esecuzione del prefabbricato per cui è causa (CdS, Sez. V, 31.1.2012, n. 478).

«::::::::: GA :::::::::»

LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO TESO AL RILASCIO DI UN TITOLO EDILIZIO DEVE ESSERE COMUNICATA ANCHE AL VICINO CHE ABBIA PRESENTATO ALL'ENTE LOCALE DIFFIDE, ESPOSTI O ISTANZE SULLA PRESUNTA ILLEGITTIMITÀ DELL'OPERA

Secondo un principio generale in materia di rilascio di titoli edilizi, non sussiste identità tra le posizioni di coloro che sono legittimati ad impugnare il provvedimento finale e di coloro che hanno titolo a ricevere l'avviso del procedimento e/o che possono intervenirvi (ex plurimis: CdS, Sez. VI: 12.4.2000 n. 2185 e 15.9.1999 n. 1197). Invero, quando è proposta una domanda di concessione edilizia, il vicino del richiedente può intervenire nel corso del relativo procedimento e può impugnare il provvedimento che accolga l'istanza, ma non ha titolo per ricevere l'avviso dell'avvio del procedimento, in quanto ciò comporterebbe un inutile aggravio per la PA., in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa (conf.: CdS, Sez. VI, 18.4.2005 n. 1773). Né, nel caso di specie, risulta comprovata una posizione differenziata, che abilitava la ricorrente a ricevere detta comunicazione (per effetto della presentazione di diffide, esposti, istanze di accesso etc., intese ad evidenziare alla P.A. la supposta illegittimità dell'opera), qualificandola alla stregua di controinteressata in sede procedimentale: infatti, precisa il Collegio che nel caso di specie, si indicano genericamente soltanto ripetute denunce circa la conformità dei lavori di completamento, senza alcun riferimento a dati ed elementi certi. Inoltre, non vi è prova in atti che il Comune sia stato reso edotto del contenzioso civile pendente fra la ricorrente e la controinteressata società, in ordine all'attività edilizia per cui è causa. (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 9.5.2012, n. 433).

«::::::::: GA :::::::::»

SOLO UNA SANZIONE PECUNIARIA E NON LA DEMOLIZIONE SE LA RECINZIONE VIENE REALIZZATA IN DIFFORMITÀ ALL'AUTORIZZAZIONE COMUNALE

Nella vicenda attenzionata dal TAR si controverte della legittimità di un'ordinanza di demolizione di un capannone abusivo, nonché di un muro di cinta e di un cancello in ferro, realizzati in difformità dell'autorizzazione. Il Collegio facendo leva sulla natura vincolata dell'ordinanza di demolizione ha affermato che non è necessaria la previa adozione di un atto di sospensione dei lavori, dal momento che risponde meramente ad un'esigenza esclusiva dell'amministrazione. (CdS, Sez. V 5\6\1997 n.603). Viene, inoltre, precisato che per quanto concerne la realizzazione di recinzioni e del cancello, in difformità all'autorizzazione all'uopo rilasciata, la misura della demolizione risulta eccessiva in quanto è sufficiente l'adozione di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 10 della l. n.47/85 (e successive modifiche) (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 12.4.2012, n. 693).

«::::::::: GA :::::::::»

PER LE OPERE DI ADEGUAMENTO E' NECESSARIA APPOSITA MOTIVAZIONE IN ORDINE AL PROFILO DELLA DOPPIA CONFORMITÀ PER LA SANATORIA ORDINARIA *EX* ART. 36 DEL T.U.

Nel giudizio in esame il ricorrente impugna un provvedimento di diniego di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 adottato dal Comune e - con i successivi motivi aggiunti - la conseguente ordinanza di demolizione. In particolare detti provvedimenti hanno ad oggetto una struttura aderente ad un appartamento di uso residenziale (originariamente individuata come una veranda da adibire a cucina). Il Collegio ha accolto il ricorso ritenendo fondata la censura di difetto di motivazione del diniego di sanatoria, in quanto: - in linea di principio il carattere vincolato degli atti impugnati non esclude quantomeno la necessarietà dell'esplicazione dei presupposti del provvedimento (TAR Lazio Roma, sez. III, 10.8.2010, n. 30576), soprattutto in presenza di vicende non connotate da immediata e lineare comprensibilità sotto il profilo della situazione di fatto; - nel caso di specie non risulta chiaro il profilo della sussistenza della doppia conformità prevista dalla legge per la sanatoria ordinaria ex art. 36 del T.U. Edilizia; - le ulteriori questioni in ordine alla possibilità di questo tipo di sanatoria in presenza di opere di adeguamento richiedono apposita motivazione in relazione agli esiti provvedimentali ipotizzabili, non apparendo sufficienti le deduzioni prospettate dall'amministrazione in questa sede a titolo di integrazione della motivazione (TAR Lazio, Sez. II bis, 11.4.2012, n. 3296).

«::::::::: GA :::::::::»

SE LA TETTOIA E' INGOMBRANTE NON HA CARATTERE PERTINENZIALE ED E' QUINDI NECESSARIO IL PERMESSO DI COSTRUIRE

Il Giudice capitolino nella sentenza in esame ha ritenuto infondata la censura formulata dal ricorrente secondo la quale le tettoie in contestazione avrebbero carattere pertinenziale: tale natura va infatti negata alle opere che, pur accedendo ad un edificio principale, abbiano un ingombro non indifferente. Le fotografie in atti, unitamente alla descrizione delle opere recata nell'atto impugnato con l'indicazione delle dimensioni delle stesse, consentono di escludere che le tettoie abbiano una funzione di mera protezione dell'immobile dalle intemperie: esse realizzano infatti una modifica non indifferente al prospetto dell'edificio, che avrebbe richiesto di essere preceduto da permesso di costruire (TAR Lazio, Sez. I quater, 11.4.2012, n. 3258).

«::::::::: GA :::::::::»

L'OMESSA NOTIFICA DELL'ORDINANZA DI DEMOLIZIONE DI OPERE ABUSIVE AL COMPROPRIETARIO DEL TERRENO SU CUI GLI ABUSI SONO STATI REALIZZATI NON VIZIA L'ATTO, MA NE CONSENTE PIUTTOSTO L'IMPUGNATIVA A PARTIRE DA QUANDO NE SIA VENUTO A CONOSCENZA

La ricorrente nel giudizio in esame deduce la violazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, posto che i provvedimenti di demolizione di opere abusive adottati dal Comune non le sono stati notificati, benché ella fosse comproprietaria dei terreni su cui le opere abusive sono state realizzate: si sostiene che tale omissione determina l'illegittimità dell'intero procedimento. Tale conclusione ad avviso del Collegio è erronea: è certamente vero che il proprietario del fondo su cui è stato realizzato l'abuso è destinatario dell'ordine di demolizione, e che per tale via è in grado di impugnarlo; ma, ove la notifica non sia eseguita, ciò non vizia l'atto, ma ne consente piuttosto l'impugnativa da parte del proprietario a partire da quando ne sia venuto a conoscenza (in termini, Tar Napoli, n. 5293 del 2011) (TAR Lazio, Sez. I quater, 10.4.2012, n. 3266).

«::::::::: GA :::::::::»

LA NOTIFICAZIONE DEGLI ATTI IN

MATERIA EDILIZIA PUÒ ESSERE EFFETTUATA ANCHE DAL MESSO COMUNALE

Sono legittimi gli atti adottati in materia edilizia che siano stati notificati per mezzo del messo comunale e non dell'ufficiale giudiziario come previsto per legge (cfr., fra le tante, TAR Sicilia Palermo, sez. I, 8.7.2002, n. 1936, sez. III, 26.10.2005, n. 4105, 15.2.2006, n. 394, 2.2.2012, n. 256) (TAR Palermo, Sez. III, 4.4.2012, n. 730).

«::::::::: GA :::::::::»

NON E' CONFIGURABILE IN SEDE DI AUTOTUTELA UN ANNULLAMENTO PARZIALE DELLE CONCESSIONI EDILIZIE

L'annullamento del provvedimento autorizzatorio edilizio non può che essere totale, posto che non è configurabile, in sede di autotutela, un annullamento parziale delle concessioni edilizie, trattandosi di provvedimenti non frazionabili, tenuto conto che l'annullamento d'ufficio esclude qualsiasi valutazione di carattere discrezionale sulle possibilità tecniche di modificazione del progetto di costruzione. Infatti in sede di autotutela, l'amministrazione non ha la possibilità di disporre l'annullamento parziale di un permesso di costruire volto alla realizzazione di un complesso immobiliare comprendente più corpi di fabbrica diversi e funzionalmente collegati, non avendo alcun potere di rielaborare il progetto, trattandosi di valutazioni e di scelte rimesse in via esclusiva all'autonomia privata (cfr.CdS, sez. IV, 5.2.1998, n. 198; idem, 31.7.2007, n. 4256). (TAR Lazio, Sez. II bis, 30.3.2012, n. 3065).

«::::::::: GA :::::::::»

IL CAMBIO DI DESTINAZIONE D'USO, EFFETTUATO SENZA OPERE EVIDENTI, NON IMPLICA NECESSARIAMENTE UN MUTAMENTO URBANISTICO EDILIZIO DEL TERRITORIO COMUNALE E, COME TALE, NON NECESSITA DI CONCESSIONE EDILIZIA QUALORA NON SCONVOLGA L'ASSETTO DELL'AREA IN CUI L'INTERVENTO EDILIZIO RICADE

Nella fattispecie in esame si controverte della legittimità della determinazione dirigenziale di demolizione opere abusive adottata dal Comune a fronte del mutamento di destinazione d'uso di un'immobile da abitazione e ufficio privato con eliminazione del vano cucina e installazione di impianti telematici, elettrico e di condizionamento. Il Collegio ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale a tenere del quale il semplice cambio di destinazione d'uso, effettuato senza opere evidenti, non implica necessariamente un mutamento urbanistico-edilizio del territorio comunale e, come tale, non abbisogna di concessione edilizia qualora non sconvolga l'assetto dell'area in cui l'intervento edilizio ricade (cfr, tra le tante, CdS, sez. V., 23.2.2000 n. 949, TAR Liguria, sez. I, 28.1.2004 n. 102, TAR Veneto, Sez. III, 13.11.2001 n. 3699, Cass. Penale, Sez. III, 1.10.1997 n. 3104 e, più di recente, TAR Lazio, sez. II, 7.10.2005 n. 8002 e TAR Abruzzo, sede l'Aquila, 2.4.2009 n. 236). Nel caso in esame, tuttavia, il giudice preso atto che si ricade in zona A di PRG ha rigettato il ricorso in quanto il mutamento da residenza a studio privato abbisognava di permesso a costruire (art. 10, co. 1, lett. c) (TAR Lazio, Sez. I quater, 26.3.2012, n. 2832).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

ART. 42 *BIS* DEL T.U. ESPROPRIAZIONI: RITORNO AL PASSATO O NUOVO MODO DI ACQUISTO DELL'IMMOBILE ILLEGITTIMAMENTE OCCUPATO DALLA PA.?

dell'Avv. Domenico Tomassetti

L'introduzione dell'art. 42 bis al d.lgs n.327/01 consente alla PA. di acquisire un immobile oggetto di occupazione illegittima, ma solo in presenza di attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, così distinguendosi dall'istituto di cui all'art. 43 del medesimo d.lgs. n.327/01, abrogato dalla Corte Costituzionale, con la sent. n.293/10.

The introduction of art. 42 a to the Legislative Decree n. 327/2001 allow PA. to acquire a property under illegal occupation, but only in the presence of current and exceptional reasons of public interest, so different from the institution in art. 43 of that Legislative Decree n. 327/01 resulting, repealed by the Constitutional Court, in judgment. n.293/10.

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'abrogazione dell'istituto della c.d. acquisizione sanante di cui all'art.43 del d.lgs. n.327/2001: analisi della fattispecie dell'occupazione illegittima e rischio di riviviscenza dell'istituto della c.d. accessione invertita. - 3. Introduzione dell'art. 42 bis del d. lgs. n. 327/2001: superamento del vuoto normativo e analisi della natura, della struttura e dei caratteri differenziali con la c.d. acquisizione sanante. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L'art. 34, co. 1, del d.l. n. 98 del 6.6.2011 (convertito in legge n.111 del 15.7.2011) ha introdotto, nel corpo del t.u. Espropriazioni, l'art. 42 *bis*, dalla rubrica *Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*.

La PA., ai sensi della predetta norma, può acquisire, d'imperio e con un provvedimento autonomo rispetto a quello che ha imposto il vincolo espropriativo, un immobile oggetto di occupazione illegittima, ma lo può fare solo in presenza di *attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico*, nonché in presenza di effettiva comparazione con gli interessi del privato ed in assenza di ragionevoli alternativa, salvo indennizzo del pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale patito dal privato, da calcolarsi in relazione al valore venale del bene.

Tale norma va a colmare il vuoto normativo creatosi in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 del medesimo T.U. - avvenuta con la nota sentenza della C.cost. n. 293 dell'8.10.2010 - il quale (*c.d. acquisizione sanante*), pur rubricato nello stesso modo, disciplinava un potere appropriativo che, per il suo esercizio, non doveva rispettare un particolare obbligo motivazionale.

2. L'abrogazione dell'istituto della c.d. acquisizione sanante di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 327/2001: analisi della fattispecie dell'occupazione illegittima e rischio di riviviscenza dell'istituto della c.d. accessione invertita.

In vero si era auspicato, proprio sulle pagine di questa Rivista, un intervento normativo del legislatore in quanto l'abrogazione giurisdizione del citato art. 43, aveva fatto riemergere l'utilità di una distinzione tra occupazione usurpativa e acquisitiva ovvero appropriativa.

Tale distinzione, infatti, alla luce della norma sulla acquisizione sanante, aveva perso di concreta rilevanza, per lasciare spazio al più ampio concetto di occupazione illegittima, espressivo di un illecito aquiliano permanente, posto in essere dalla PA., con conseguente obbligo di risarcimento del danno in favore del privato oblato, che può estendersi sino alla restituzione del fondo ovvero alla *restitutio in integrum*, fermo il ristoro per equivalente ancorato al valore di mercato dell'immobile.

E' appena il caso di ricordare che una occupazione è sicuramente illegittima quando manchi *ab initio* il potere di espropriare (carenza di potere in astratto produttiva di nullità ai sensi dell'art. 21 *septies* della l. n. 241/90 e s.m.i.) ovvero quando il potere si è esaurito per decorso dei termini (carenza di potere in concreto) ovvero quando sono stati annullati giurisdizionalmente (e con effetto retroattivo) gli atti del procedimento.

Ebbene, l'abrogazione della norma sull'acquisizione sanante di cui al citato art.43 aveva prodotto il rischio di far resuscitare l'istituto dell'accessione invertita - censurato a più riprese dalla CEDU, (Cfr, *ex plurimis*, CEDU, V, 22.6.2006 n.213).) - in quanto, in assenza di un valido e legale strumento appropriativo, qual era appunto l'art. 43 t.u. cit., non vi era modo, per la PA., di acquisire il bene immobile necessario all'interesse pubblico, laddove mancasse il consenso del privato oblato.

Senonchè - non prima di aver assistito a pronunzie che giustificavano in favore della PA. l'acquisizione degli immobili illegittimamente occupati anche applicando in analogia l'istituto della specificazione di cui all'art. 940 c.c. (Cfr. TAR Puglia, Le, 24.11.2010, n.2683)) - il Consiglio di Stato in s.g. (Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 28.1.2011, n.676) ha fatto chiarezza affermando che: (i) non può farsi applicazione della c.d. accessione invertita in quanto è da escludere che il trasferimento della proprietà possa prescindere, in una fattispecie procedimentale illegittima, dal consenso del privato; (ii) egli potrà anche agire per la *restitutio in integrum*, nonchè potrà chiedere il danno da illegittima occupazione da calcolarsi sul valore venale del fondo per ogni anno di sofferto spossessamento, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Ne consegue che l'occupazione illegittima è un fatto illecito permanente produttivo di danno risarcibile *ex* art.2043 e ss. c.c. e che l'acquisto per la PA. della proprietà dell'immobile irreversibilmente trasformato non può prescindere dal consenso del privato, se del caso cristallizzato in accordi conclusi *ex* art.11 della l. n. 241/90.

3. Introduzione dell'art. 42 *bis* del d.lgs. n. 327/2001: superamento del vuoto normativo e analisi della natura, della struttura e dei caratteri differenziali con la c.d. acquisizione sanante.

Se questo era lo stato dell'arte alla luce dell'abrogazione del citato art.43, occorre valutare la natura, la portata ed il regime giuridico dell'art. 42 *bis* del medesimo T.U. Espropri, che è rubricato, come detto, nello stesso modo della c.d. acquisizione sanante, dichiarata illegittima costituzionalmente dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 293/2010.

Anche se l'art. 43 cit., in vero, è stato abrogato per violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega, è chiaro l'*obiter dictum* della Corte Costituzionale, in cui si stigmatizzava l'uso posto in essere di siffatto potere amministrativo, che aveva consentito di procedere alla acquisizione sanante di immobili illegittimamente occupati ed irreversibilmente trasformati in assenza di un congruo e stringente corredo motivazionale che evidenziasse obiettive ragioni di interesse pubblico prevalente su quelli dei privati oblati.

Si pensi, poi, che tale potere amministrativo - esterno alla concreta funzione ablatoria già posta, patologicamente, in essere - poteva essere esercitato anche in caso di domanda giudiziale restitutoria del privato, mediante una domanda *riconvenzionale di autocondanna* al risarcimento del danno da parte della PA., che poi, comunque, addiveniva all'acquisto dell'immobile al suo patrimonio indisponibile.

Orbene, il potere amministrativo di cui all'art. 42 *bis* appare sostanzialmente e strutturalmente differente dalla c.d. acquisizione sanante di cui all'abrogato art. 43. Infatti - pur avendo alla base il medesimo presupposto procedimentale e fattuale costituito da un'occupazione illegittima *tout court* (e, quindi, fa-

cendo nuovamente perdere consistenza alla distinzione tra occupazione usurpativa e acquisitiva ovvero appropriativa) - l'art.42 *bis* rompe decisamente con il passato in virtù, in particolare, dei commi 4 e 7.

Infatti la PA. può sì acquisire, d'imperio e con un provvedimento autonomo rispetto a quello che ha imposto il vincolo espropriativo, un immobile oggetto di occupazione illegittima, ma lo può fare (co. 4) solo in presenza di *attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico*, nonché in presenza di effettiva comparazione con gli interessi del privato ed in assenza di ragionevoli alternativa, come ad esempio, l'infruttuosità di un tentato procedimento per raggiungere il consenso alla cessione.

Emerge, *ictu oculi*, che la facoltà *ex* art. 42 *bis* cit. non costituisce un comune strumento di sanatoria di procedimenti ablatori illegittimi, ma esprime piuttosto la possibilità di esercizio di un potere funzionale nuovo rispetto a quello già esercitato (e viziato da patologie) e che dà luogo ad un *procedimento espropriativo semplificato* perfettamente legittimo: esso fa acquistare alla PA., *ex nunc*, la proprietà dell'immobile, ma solo in presenza di ragioni di interesse pubblico urgenti ed eccezionali, ossia quale *extrema ratio*.

Tali conclusioni sono confermate da alcuni elementi emergenti dalla stessa norma in esame: (i) non è previsto un risarcimento del danno in capo al privato, ma solo un indennizzo che, seppure si estende sino al ristoro del pregiudizio del danno non patrimoniale, presuppone, come noto, un esercizio lecito della funzione ablatoria; (ii) l'acquisto della proprietà è *ex nunc* senza alcuna sanatoria dell'illegittimità dell'occupazione pregressa, che si converte in un nuovo procedimento di esproprio (semplificato), giustificato dal carattere eccezionale ed urgente dell'oblazione; l'atto di acquisizione è trasmesso, in copia integrale, alla Corte dei Conti (co. 7 dell'art. 42 *bis* cit.). Orbene, ciò fa dello strumento in esame una modalità di acquisizione dei beni immobili illegittimamente trasformati in seguito ad occupazioni per scopi di pubblica utilità del tutto eccezionale e di non facile utilizzo. A ben vedere, infatti, è arduo ipotizzare che gli interessi pubblici che sorreggono occupazioni di immobili per scopi di pubblica utilità siano tutti straordinari e prevalenti rispetto a quelli dei privati coinvolti, ovvero che, in questi casi, non sia possibile pervenire ad una cessione consensuale dell'area piuttosto che ad una sua acquisizione unilaterale che, in vero, potrebbe avvenire anche con la riedizione *ex novo* della procedura ablatoria.

Si impone, insomma, peraltro *ex lege*, un obbligo di motivazione assai penetrante che, insieme all'onere dell'invio dell'atto alla Corte dei Conti, potrebbe scoraggiare l'uso disinvolto e sistematico del potere di cui al citato art. 42 *bis*, come invece era avvenuto con riferimento alla c.d. acquisizione sanante.

4. Considerazioni conclusive.

E' chiaro, però, che è proprio l'uso che le amministrazioni faranno di tale istituto che ne garantirà, eventualmente, anche la legittimità costituzionale, in quanto un utilizzo sistematico - ove non censurato dalla giurisprudenza amministrativa - potrebbe vulnerare gli interessi ed i diritti ormai riconosciuti ai privati *in subiecta materia*.

Infatti, anche alla luce dell'art. 42 *bis* T.U. Espropri, restano fermi gli approdi giurisprudenziali in materia di occupazione illegittima: (i) il diritto del privato al risarcimento del danno, anche in forma specifica, nonché (ii) la facoltà di acconsentire alla cessione dell'immobile irreversibilmente trasformato alla PA., dietro corrispettivo parametrato al valore venale del bene.

L'amministrazione, quindi, ove non abbia raggiunto la cessione consensuale, potrà optare per la riedizione della procedura espropriativa - con tutte le garanzie per il privato - ovvero, dove ne ricorrano gli eccezionali presupposti, acquisire il bene *ex* art. 42 *bis* cit., dietro indennizzo dei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali del privato, di cui i primi parametrati all'intero valore venale del bene, mentre, i secondi, liquidati forfetariamente nella misura del 10% del valore venale del bene (Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 29.8.2011, n.4834; 2.9.2011, n.4970).

In conclusione, può affermarsi che ove, effettivamente, il potere di cui all'art. 42 *bis (c.d. procedimento espropriativo semplificato)* sarà esercitato *secundum legem* - ossia nel rispetto dei rigidi presupposti che la legge impone all'uopo - il privato vedrà sacrificato

il suo diritto dominicale solo in presenza di una eccezionale ed oggettiva prevalenza dell'interesse pubblico (con conseguente indennizzo), sì che, ove tali presupposti manchino, lo stesso godrà, comunque, di tutte le prerogative che nel tempo gli sono state riconosciute in caso di occupazione illegittima, ossia di una tutela risarcitoria integrale, della necessità del suo consenso in caso di passaggio di proprietà dell'immobile ovvero ancora, di tutte le garanzie previste *ex lege* in caso di riedizione della procedura di esproprio, potere quest'ultimo che resta in ogni caso nella facoltà della PA..

«::::::::: GA :::::::::»

BREVI NOTE SULL'ESECUZIONE DIRETTA DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA SOTTO SOGLIA DOPO IL DECRETO *SALVA ITALIA*

dell'Avv. Carmine Medici

Al fine di rilanciare il settore dell'edilizia privata, il decreto legge c.d. "salva Italia", riprendendo un precedente intervento legislativo e sfruttando gli spazi concessi dalla normativa comunitaria, ha consentito la realizzazione diretta da parte dei privati delle opere di urbanizzazione primaria "sotto soglia" a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

In order to boost the private sector, the decree called *"Save Italy"*, taking up an earlier legislative action and exploiting the space granted by Community law, has allowed the direct realization by individuals of urbanization works "below threshold" set-off of infrastructure costs.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il nuovo art. 16, co. 2 bis, d.P.R. 380/2001: l'esclusione dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici e la compatibilità con la normativa comunitaria. - 3. La questione del beneficiario dei ribassi d'asta.

1. Premessa.

L'art. 45, co. 1, del d.l. 6.12.2011, n. 201, è intervenuto sul T.U.E., approvato con d.P.R. 6.6.2001, n. 380, modificandone l'art. 16, mediante l'introduzione di un comma 2-bis, il quale prevede che *«nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al co. 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 28, co. 1, lett. c), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il d. lgs. 12.4.2006, n. 163»*.

La disposizione di cui all'art. 45, co. 1, del d.l. n. 201 cit., confermata, in sede di conversione, dalla l. n. 22.12.2011, n. 214, trova un suo immediato antecedente nell'art. 5, co. 2, lett. 2), del d.l. 13.5.2011, n. 70, che, tuttavia, non veniva confermato in sede di conversione dalla l. 12.7.2011, n. 106. Anche in quella occasione, il Governo allora in carica era intervenuto introducendo un co. 2 *bis* nel corpo dell'art. 16 del d.P.R. n. 380/2001, evidentemente ritenuta la *sedes materiae* per la disciplina dell'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione, sebbene la problematica interessa, in particolare modo, la materia dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e succ. int. e mod.

2. Il nuovo art. 16 co. 2 *bis* d.P.R. 380/2001: l'esclusione dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici e la compatibilità con la normativa comunitaria.

Pur essendo la stessa la *ratio* dell'intervento legislativo, i contenuti normativi

dell'art. 16, co. 2 *bis*, del d.P.R. n. 380 ult. cit., in vigore a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 201/2011, risultano più ampi rispetto alla quelli che la stessa disposizione aveva nella sua originaria formulazione.

Infatti, l'ambito di applicazione della disciplina include non solo la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione primaria *«nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati»* ma è estesa anche alle opere di urbanizzazione previste ai fini della realizzazione degli *«interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale»* da parte del titolare del permesso a costruire.

Inoltre, mentre la prima versione del co. 2 *bis* si limitava a stabilire che per l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria non dovesse trovare applicazione il solo art. 122, co. 8, del Codice dei contratti pubblici, la versione attualmente vigente prevede espressamente che *«non trova applicazione il d. lgs. 12.4.2006, n. 163»*.

Invero, l'innovazione introdotta dal d.l. n. 70/2011, nell'escludere la sola applicazione dell'art. 122, co. 8, *«faceva insorgere il dubbio nientemeno che (all'opposto della finalità di semplificazione che il d.l. 70 sembrava voler perseguire) per le opere sotto soglia si dovessero seguire le procedure ordinarie degli artt. 53 e ss. d.lgs. 163»*[1]

L'art. 122, co. 8, del Codice dei contratti, prevede che per l'affidamento dei lavori pubblici, sotto soglia comunitaria, di cui all'art. 32, co. 1, lett. g), da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso a costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del premesso a costruire ai sensi dell'art. 16, co. 2, del d.P.R. n. 380/2001, deve provvedersi mediante l'esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, co. 6, rivolgendo l'invito *«ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei»*.

[1] BOTTEON, L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia: il d.l. 201/11 salva Italia sopprime l'obbligo dell'evidenza pubblica ed equipara il piano attuativo e l'intervento diretto agli effetti dello scomputo, in www.lexitalia.it.

In altre parole, le predette opere di urbanizzazione, sia primaria che secondaria, devono essere affidate sulla base di una procedura negoziata meno rigorosa per ciò che concerne l'individuazione degli operatori da invitare (con il vincolo per cui l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti) nonché la valutazione delle offerte, potendo l'aggiudicazione avvenire sia con il criterio del prezzo più basso che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fermo restando, in ogni caso, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione. Tuttavia, l'estensione dell'obbligo della procedura di evidenza pubblica, seppure nella forma semplificata della procedura negoziata senza bando, per l'affidamento delle opere di urbanizzazione (primaria e secondaria) sotto soglia non costituiva una scelta obbligata dal diritto comunitario ma è stata introdotta, in via autonoma, dal legislatore italiano con il d. lgs. 11.9.2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo).

Infatti, la CGCE, nella sentenza 12.7.2001, causa C-399/98, aveva riferito l'obbligo comunitario di assoggettamento a gara pubblica alle sole opere di urbanizzazione sopra soglia e, con sentenza 21.2.2008, in C-412/04, aveva chiarito che *«il legislatore comunitario ha fatto la scelta esplicita e di principio di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi»*.

La disciplina risultante dal c.d. terzo correttivo riduce l'interesse dell'impresa costruttrice all'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e ad avvalersi della conseguente possibilità dello scomputo prevista dall'art. 16, co. 2, del d.P.R. n. 380/2001, tutt'ora vigente. Come si ricorderà, l'art. 16, co. 2, ult. cit., stabilisce che *«la quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'art. 2, co. 5, della l. 11.2.1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con*

conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune».

Come è stato correttamente osservato, l'interesse del costruttore alla realizzazione diretta delle opere a scomputo *«ha una connotazione essenzialmente economica, che si sostanzia da un lato nel probabile risparmio sui costi, dall'altro - e soprattutto - nella possibilità di controllare direttamente i tempi di esecuzione delle opere, in modo che al momento dell'ultimazione dei lavori gli edifici privati siano dotati delle urbanizzazioni primarie necessarie alla loro effettiva fruibilità ed eventualmente di quelle secondarie destinate ad accrescerne il valore di mercato. Entrambi gli obiettivi potranno essere realisticamente raggiunti solo nel caso in cui si ammetta la possibilità per il titolare del permesso di costruire di partecipare alla gara pubblica e questi ne risulti poi in concreto vincitore. Rispetto alla disciplina originaria…, con il correttivo 2008 diminuiscono le probabilità di vedere avverate le due condizioni da ultimo richiamate»* [2].

L'art. 45, co. 1, del d.l. n. 201/2011, ha sostanzialmente accolto le indicazioni della dottrina e, al fine di rilanciare gli investimenti nel settore dell'edilizia, ha introdotto una deroga alla disciplina di cui all'art. 122, co. 8, del Codice dei contratti pubblici, stabilendo espressamente che, per le sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria, non trova applicazione il d.lgs. n. 163/2006, purché si tratti di opere strettamente *«funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio»*.

Diversamente, per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria che non siano funzionali allo specifico intervento di trasformazione urbanistica – nonché per la realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia - dovrà applicarsi l'art. 122, co. 8, del Codice, per cui deve concludersi che l'esonero dall'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica non possa mai essere invocata dall'amministrazione comunale che dovesse provvedere, in tempi diversi, alla realizzazione di interveti concernenti strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione nonché gli ulteriori interventi di urbanizzazione secondaria.

In proposito, è stato osservato che l'art. 16, co. 2 bis, del d.P.R. n. 380/2001, *«concepisce l'esecuzione diretta come eventuale e non obbligatoria»* [3]; d'altra parte, il precedente co. 2, il cui testo non è stato interessato dall'intervento legislativo, continua a prevedere che *«a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione»*.

3. La questione del beneficiario dei ribassi d'asta.

La disposizione introdotta dal d.l. n. 210/2011 sembra, piuttosto, incidere sulla questione dibattuta, prima della sua entrata in vigore, del beneficiario dei ribassi d'asta conseguiti nell'ambito della procedura di affidamento dei lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria, procedura ora non più richiesta nell'ipotesi di esecuzione diretta di lavori sotto soglia.

In proposito, si era ipotizzato che *«la convenzione con la quale si autorizza e si disciplina lo scomputo determina una sorta di novazione dell'obbligazione originaria a carico del titolare del permesso di costruire. In tal modo questi non sarebbe più tenuto al pagamento degli oneri di urbanizzazione, bensì alla realizzazione di un'opera di urbanizzazione… L'espressione ''a scomputo'' si riferirebbe, pertanto, a tale effetto liberatorio connesso all'esecuzione delle opere»*; *«per que-*

[2] MANDARANO, Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza, in Urbanistica e Appalti, n. 12/2008, 1367 ss. V., anche, BORELLA, L'esecuzione delle opere di urbanizzazione e il codice dei contratti, in Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 1, 2011, 21, il quale rileva che la prospettata soppressione dell'obbligo della gara per le opere di urbanizzazione sotto soglia non avrebbe presentato dubbi di illegittimità comunitaria e, nel contempo, avrebbe soddisfatto esigenze di contenimento dei costi di realizzazione delle opere di urbanizzazione, posto che, essendo in prevalenza imprenditori edili i proprietari di lotti da urbanizzare, la realizzazione diretta da parte degli stessi delle opere di urbanizzazione avrebbe eliminato la componente di profitto che l'impresa individuata attraverso il confronto pubblico avrebbe dovuto inevitabilmente inserire nell'offerta; in senso adesivo, v. BOTTEON, op. cit.

[3] cfr. BOTTEON, op. cit..

sta via potrebbe giungersi a sostenere che, fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione, il costruttore adempie compiutamente il proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento al comune, con l'ulteriore conseguenza che l'eventuale risparmio sui costi dell'esecuzione dell'opera stessa rispetto al valore stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri - come anche gli eventuali costi aggiuntivi - in mancanza di pattuizioni diverse rimane irrilevante per il Comune. Nel silenzio della legge e salvo che la convenzione contenga statuizioni contrarie, il costruttore potrebbe avvantaggiarsi del ribasso ottenuto in sede di gara e, di converso, il comune non sarebbe tenuto a riconoscere al costruttore i costi da questi sopportati in eccedenza rispetto al valore dell'opera stimato ai fini dello scomputo»[4]. La soluzione prospettata sembra trovare, oggi, positivo riscontro nell'art. 16, co. 2 *bis*, del d.P.R. n. 380/2001, il quale espressamente prevede che *«l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria… è a carico del titolare del permesso di costruire»*, dovendosi intendere l'espressione *a carico* del costruttore nel senso dell'assunzione da parte di questi del rischio connesso agli oneri economici derivanti dall'esecuzione delle predette opere, venendo meno il rapporto di stretta corrispettività tra l'esecuzione diretta delle opere e lo scomputo dagli oneri di urbanizzazione.

Una simile soluzione appare coerente con la *ratio* ispiratrice del d.l. n. 201/2011 e della successiva azione di Governo, intesa a rilanciare gli investimenti nel settore dell'edilizia privata: anticipazioni di stampa riferiscono, nel mentre il presente lavoro è ancora in bozze, di un decreto legge, in corso di pubblicazione, che avrebbe previsto l'esenzione dal pagamento dell'IMU da parte del costruttore per gli immobili destinati ad abitazione e non ancora venduti per tre anni e nonché l'esenzione dal pagamento dell'IVA sui contratti di vendita dei predetti immobili.

[4] MANDARANO, Op. cit., 1372, il quale riferisce della difesa erariale italiana dinanzi alla Corte di Giustizia UE nel giudizio conclusosi con la sentenza del 2001.

«::::::::: *GA* :::::::::»

IL DECRETO LEGISLATIVO N. 121/2011 E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI IN MATERIA AMBIENTALE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Il d. lgs n. 121/2011, riguardante l'Attuazione della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni all'art. 2 estende la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti quali persone giuridiche ad una serie di reati ambientali.

The d.lgs. n. 121/2011 regarding the Implementation of Directive 2008/99/EC on the criminal protection of the environment, and Directive 2009/123/EC amending Directive 2005/35/EC on ship source pollution and the introduction of penalties for violations, at art. 2 extends the framework of the public bodies to some environmental crime.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Le novità e l'estensione della responsabilità. - 3. Esclusioni. - 4. Le sanzioni.

1. Introduzione.

La Gazzetta Ufficiale n. 177 del 1.8.2011 reca la pubblicazione del d. lgs. 7.7.2011, n. 121, in materia ambientale, di Attuazione della dir.2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della dir. 2009/123/CE che modifica la dir.2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. L'entrata in vigore segna la data del 16.8.2011.

Si debbono tralasciare, per economia di trattazione, alcune pur importanti considerazioni relative al consueto ritardo con cui l'Italia ha recepito la direttiva comunitaria in materia di tutela penale dell'ambiente, varata dal legislatore per rafforzare la disciplina di contrasto ai fenomeni di aggressione dell'ambiente complessivamente considerato[1].

[1] L'*iter* è, comunque, interessante e viene qui per sommi capi richiamato. L'obbligo di introdurre detta tutela era stato previsto, in un primo momento, dalle Decisioni quadro GAI 2003/80 e 2005/667. Queste, però, erano state impugnate davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione da parte della Commissione Europea per violazione dell'art. 47 TUE, perché ritenute poste su di un fondamento normativo inappropriato, il Trattato dell'Unione Europea, (terzo pilastro) anziché il Trattato CE (secondo pilastro). Detta tesi è stata accolta dalla Corte con sentenza 13.9.2005, causa C-176/039 e sentenza 23.10.2007, causa C-440/05. Sono così state annullate entrambe le decisioni. Era seguita la Direttiva n. 2008/99/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, recante disposizioni sulla tutela penale dell'ambiente, che gli Stati membri dell'Unione avrebbero dovuto recepire entro il 26.10.2010.
In Italia, l'art. 19 della Legge Comunitaria 2009, adottata con l. 4.6.2010, n. 96, delegava il governo a provvedere, entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge, con uno o più decreti legislativi, al recepimento delle disposizioni della direttiva citata e della ulteriore Direttiva n. 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. I termini erano fissati, rispettivamente, al 26 dicembre e al 16.11.2010. La L. n. 96/2010 era entrata in vigore il 10.7.2010, per cui il termine per l'esercizio della delega sarebbe spirato il 9.4.2011. Ha trovato applicazione, nella gestazione dell'esercizio della delega, la proroga di novanta giorni contemplata dall'art. 1 della citata Legge Comunitaria (per il caso in cui, come è stato, il termine previsto per il parere delle Commissioni parlamentari venisse a scadere nei trenta giorni precedenti il 9.4.2011 o successivamente. Detto termine, nel caso concreto, scadeva 18.5.2011) per cui l'emanazione del d. lgs. in esame il 7.7.2011 risulta nel termine che si compiva, tutto sommato, il 9 luglio successivo, in ossequio all'art. 14, co. 2 della l. 23.8.1988, n. 400.
Il limite di costituzionalità di cui all'art. 76 Cost., dunque, è stato rispettato, ma ciò pare non essere bastato. Il 26 gennaio 2011, infatti, in riferimento alle direttive oggetto del d.lgs. n. 121/2011, la Commissione europea ha inviato all'Italia due lettere di messa in mora: una, per il mancato recepimento della n. 2008/99/CE (p.i. 2011/0207); l'altra, per il mancato recepimento della Direttiva che modifica la dir. n. 2005/35/CE (p.i. 2011/0216). Non si può escludere un

2. Le novità e l'estensione della responsabilità.

L'art. 1 riguarda il codice penale, nel quale, da un lato, vengono introdotti i due nuovi *ecoreati* di *uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette* (art. 727 *bis* c.p.) e di distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto (art. 733 *bis* c.p.)[2]. L'art. 2 prende in esame, invece, il d.lgs. n. 231/2001, Codice dell'ambiente o TUA-Testo Unico Ambientale. Questo è l'intervento indubbiamente più rilevante, in quanto estende la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti quali persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica ad una serie di reati ambientali. L'estensione è effetto delle direttive europee 2008/99/CE e 2009/123/CE, che hanno imposto la responsabilità degli enti per i reati ambientali commessi (anche) a loro vantaggio.

3. Esclusioni.

È da rammentare, brevemente, come a detta responsabilità non soggiaciano, ai sensi dell'art. 1, 3° co. di detto decreto, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici. Sul carattere economico o meno dell'attività svolta dall'ente pubblico, in particolare, è intervenuta, da tempo, la Suprema Corte di cassazione. Il principio reso è che l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute, ad esempio, agli enti pubblici territoriali, come pure i comuni, non possono essere riconosciute tout court a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico è, comunque, un dato caratterizzante la loro costituzione. Una conclusione diversa porterebbe all'inaccettabile conclusione, sicuramente al di fuori sia della volontà del legislatore delegante che del legislatore delegato, di escludere dall'ambito di applicazione della disciplina in esame un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore dello smaltimento dei rifiuti, e quindi con attività in cui viene in rilievo, come interesse diffuso, il diritto alla salute e all'ambiente, ma anche là dove viene in rilievo quello all'informazione, alla sicurezza antinfortunistica, all'igiene del lavoro, alla tutela del patrimonio storico e artistico, all'istruzione e alla ricerca scientifica; in sostanziale sintesi, in tutti i casi in cui vengono ad essere coinvolti, seppur indirettamente, dall'attività degli enti interessati, i valori costituzionali di cui alla parte prima della Costituzione[3]. Più recentemente, poi, il Giudice di legittimità ha posto una ulteriore chiosa, quando la Seconda Sezione, con la sentenza n. 234 del 10.1.2011 (Camera di consiglio 26.10.2010) ha analizzato, in particolare, il sistema delle società per azioni costituite o assegnatarie di funzioni pubbliche affidate da enti, centrali o territoriali: si parla, in questo caso, di autorità d'ambito, strutture con personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione di determinati servizi pubblici integrati: ad esempio, quello idrico e quello dei rifiuti. Alle autorità d'ambito consideriamo morfologicamente affini i consorzi di comuni, che hanno la loro ragion d'essere, appunto, nella gestione integrata di servizi.

La disciplina della responsabilità degli enti non si applica, invece, alla ditta individuale. Ciò, in quanto il presupposto logico cui è necessariamente subordinata tale responsabilità è la possibilità di una distinzione soggettiva fra l'ente e l'autore del reato, mentre non può essere individuata a carico della ditta o dell'impresa individuale una soggettività giuridica che, per quanto in modo elementare non tale da assurgere alla personalità giuridica, sia comunque autonoma da quella dell'imprenditore che ne è titolare[4].

4.Le sanzioni.

Le sanzioni principali a carico degli enti, non potendo questi essere oggetto di priva-

ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 258 del TFUE

[2] In particolare, ma non solo per una più completa analisi delle due nuove fattispecie, e relative stravaganze compilative, si faccia riferimento a SCARCELLA A., Nuovi Ecoreati ed estensione ai reati ambientali del d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti, in Ambiente e sviluppo, Milano, 2011, 10 854 e ss.

[3] Si veda Cass. Pen., II, 9.7.2010, n. 28699 C.E.D.

[4] Si vedano, sul punto, tra altre, Cass. Pen. VI, 3.3.2004, Ditta Ribera; G.i.p. T. Roma, 30.5.2003, A.

zione o limitazione della libertà personale, hanno natura pecuniaria o interdittiva.

La sanzione pecuniaria si commisura in cd. *quote*, disciplinate dagli artt. 10, 11 e 12 del d. lgs. n. 231/2001, a norma del quale la sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. L'importo di una quota va da un minimo di lire cinquecentomila ad un massimo di lire tre milioni (oggi da € 258,23 a € 1.549,37) e non è ammesso il pagamento in misura ridotta. Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. L'importo della quota è fissato, anche, sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.

Nel determinare i reati e le categorie di reati ambientali cui estendere la responsabilità degli enti, il legislatore interno ha selezionato sia figure preesistenti, sia norme incriminatrici introdotte con il medesimo decreto legislativo – come, appunto, gli artt. 727 *bis* e 733 *bis* c.p. – che sono apparse rispondere al catalogo normativo sovranazionale e al quale la legge delega aveva pedissequamente rinviato in proposito. Sinteticamente, l'art. 25 *undecies* del d. lgs. n. 231/2010[5] inserisce nell'elenco dei reati che costituiscono presupposto di responsabilità, con apposita tabella, fattispecie previste dal codice penale, dal Codice dell'ambiente – d. lgs. n. 152/2006, dalle disposizioni a protezione di specie animali e vegetali in via di estinzione e di animali pericolosi (l. n. 150/1992), dalle norme a tutela dell'ozono (art. 3 della l. n. 549/2003), nonché dalle disposizioni relative all'inquinamento provocato da navi (artt. 8 e 9 del d. lgs. n. 202/2007 che, peraltro, aveva già recepito nel diritto interno la dir. 2005/35/CE).

Quanto alle sanzioni a carico dell'ente, la legge delega dava facoltà al legislatore delegato di non ricorrere necessariamente alle sanzioni interdittive contemplate dal d.lgs. n. 231/2001. Dette sanzioni, in effetti, hanno trovato applicazione solo in quattro casi di responsabilità: quello di cui agli artt. 137, co. 2 e co. 5 secondo periodo e co. 11 del Codice dell'ambiente, in tema di scarico di acque reflue industriali; quello previsto dall'art. 256 del medesimo decreto, in tema di realizzazione e/o gestione di discariche non autorizzate; quello contemplato dal successivo art. 260, in materia di organizzazione di attività di scarico illecito di rifiuti; quello, infine, disciplinato dagli artt. 8, 1° e 2° co. e 9, 2° co. del d. lgs. n. 202/2007, in tema di inquinamento doloso o colposo provocato da navi. In questi e solo in questi casi, pertanto, sarà possibile dar applicazione delle misure cautelari di cui agli artt. 45 e segg. del d. lgs. n. 231/2001[6].

È stata, inoltre, prevista l'applicabilità dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 231/2001, pur se solo in due casi. Il primo, ove l'ente o una sua attività vengano stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati di associazione finalizzata al traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152/2006; il secondo, quello dello sversamento doloso in mare di sostanze inquinanti, contemplato dall'art. 8, 1° e 2° co. del succitato d. lgs. n. 202/2007. La sanzione pecuniaria, invece, è sempre prevista ed è modulata e graduata in relazione alla ritenuta diversa gravità dei reati-presupposto. In tal senso, esemplificativamente, l'organizzazione per il traffico illecito dei rifiuti di cui all'art. 260, co. 1 del TUA, è colpita con una sanzione che va dalle quattrocento alle ottocento quote. Determinato il valore della singola quota in ossequio agli artt. 10 e seguenti del d. lgs. n. 231/2001, ciò comporta una sanzione massima pari a € 1.239.200,00. Quello richiamato è un caso limite: normalmente, le sanzioni sono più miti, e variano, in media, dalle centocinquanta alle duecentocinquanta quote, cui corrispondono, rispettivamente, € 232.250,00 e € 387.250,00.

[5] Con l'occasione è stata anche corretta la numerazione degli articoli, che comprendeva erroneamente due artt. 25 *nonies*, con problemi di coordinamento oggi risolti, con l'art. 25 *decies* che punisce il reato di *induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*.

[6] Si veda, in tema, Cass. Pen., Sez. II, 12.3.2007, D'A., Presidente Bernabai, Relatore Ambrosio

L'art. 3 del d. lgs. n. 121/2011, mediante disposizioni del tutto estranee alla natura del decreto di recepimento, introduce modifiche all'art. 260 *bis* del citato d. lgs. n. 152/2006-Codice dell'ambiente. Vengono ivi introdotti i coo. 9 *bis* e 9 *ter*, che contemplano una diversa valutazione delle pene previste dal Codice dell'ambiente nel caso di più infrazioni.

Il nuovo co. 9 *bis*, in dettaglio, introduce una deroga al regime previsto dall'art. 8 della l. 24.11.1981, n. 689 per l'ipotesi in cui ad essere commesse siano più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di cui al predetto art. 260 *bis*. Si contempla, in tal senso, la sanzione amministrativa disposta per la violazione più grave, aumentata fino al doppio[7].

Il successivo co. 9 *ter*, invece, dà vita, in primo luogo, ad una causa di non punibilità in caso di (contenuto) adempimento tardivo (trenta giorni) agli obblighi previsti dalla normativa in tema di SISTRI.

Questo è l'acronimo di Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti, che nasce, nel 2009, su iniziativa del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nel più ampio quadro di innovazione e modernizzazione della pubblica amministrazione per permettere l'informatizzazione dell'intera filiera dei rifiuti speciali a livello nazionale[8].

Il Sistema ha inteso mirare a semplificare le procedure e gli adempimenti mediante la riduzione dei costi sostenuti dalle imprese e la gestione innovativa ed efficiente di un processo complesso e variegato con garanzie di maggiore trasparenza, conoscenza e prevenzione dell'illegalità[9].

Il predetto co. 9 *ter*, inoltre, introduce una procedura di definizione agevolata per le violazioni antinfortunistiche, che consente al contravventore di evitare l'applicazione delle sanzioni pecuniarie e accessorie in caso di adempimento ai previsti obblighi nel termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o dalla notificazione della violazione, mediante il pagamento di un quarto della sanzione prevista. La procedura è modellata sull'art. 301 *bis* del d. lgs. n. 81/2008.

L'art. 4 del decreto in esame, infine, interessa alcune disposizioni del codice dell'ambiente a loro volta introdotte dal d.lgs. n. 205/2010. Si fa riferimento all'obbligo di tenuta del registro di carico e scarico e quelle concernenti sanzioni derivanti dall'inadempimento di obblighi relativi al SISTRI, contemplate, appunto, dall'art. 39 del d. lgs. n. 205/2010.

Quanto a quest'ultimo, in particolare, si prevede che i soggetti obbligati all'iscrizione nel sistema che omettano la stessa e il connesso versamento nei termini previsti sono puniti, per ciascun mese o frazione di mese di

[7] In caso di continuazione, intesa come la commissione di più violazioni nell'esecuzione del medesimo disegno criminoso, la sanzione è la medesima

[8] E dei rifiuti urbani per la Regione Campania

[9] La lotta alla illegalità nel settore dei rifiuti speciali costituisce una priorità per contrastare il proliferare di azioni e comportamenti non conformi alle regole esistenti e, in particolare, per mettere ordine a un sistema di rilevazione dei dati che sappia facilitare, tra l'altro, i compiti affidati alle autorità di controllo. Per questo è stato realizzato il sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti SISTRI, la cui gestione è stata affidata al Comando Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente.
Nell'ottica di controllare in modo più puntuale la movimentazione dei rifiuti speciali lungo tutta la filiera, viene pienamente ricondotto nel SISTRI il trasporto intermodale e posta particolare enfasi alla fase finale di smaltimento dei rifiuti, con l'utilizzo di sistemi elettronici in grado di dare visibilità al flusso in entrata ed in uscita degli autoveicoli nelle discariche. Da un sistema cartaceo - imperniato sui tre documenti costituiti dal Formulario di identificazione dei rifiuti, Registro di carico e scarico, Modello unico di dichiarazione ambientale (MUD) - si passa a soluzioni tecnologiche avanzate in grado, da un lato, di semplificare le procedure e gli adempimenti con una riduzione dei costi sostenuti dalle imprese e, dall'altro, di gestire in modo innovativo e più efficiente, e in tempo reale, un processo complesso e variegato che comprende tutta la filiera dei rifiuti, con garanzie di maggiore trasparenza e conoscenza. L'iniziativa si inserisce così anche nell'ambito dell'azione di politica economica che da tempo lo Stato e le Regioni stanno portando avanti nel campo della semplificazione normativa, dell'efficienza della Pubblica Amministrazione e della riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle imprese. I vantaggi auspicati per lo Stato, derivanti dall'applicazione del SISTRI, dovrebbero quindi essere molteplici in termini di legalità, prevenzione, trasparenza, efficienza, semplificazione normativa, modernizzazione. Benefici dovrebbero ricadere anche sul sistema delle imprese. Si è stimato che una più corretta gestione dei rifiuti restituirà, infatti, vantaggi sia in termini di riduzione del danno ambientale, sia di eliminazione di forme di concorrenza sleale tra imprese, con un impatto positivo per tutte quelle che, pur sopportando costi maggiori, operano nel rispetto delle regole.

infrazione, con una sanzione pari al cinque per cento dell'importo annuale dovuto per l'iscrizione, se l'inadempimento si verifica nei primi otto mesi successivi alla decorrenza degli obblighi di operatività per ciascuna categoria di operatori, enti o imprese; la sanzione, invece, è pari al cinquanta per cento dell'importo annuale dovuto, se l'inadempimento di verifica o, comunque, si protrae per i quattro mesi successivi al periodo sopraindicato.

Quanto ai sopraccitati registri, invece, si modifica l'art. 190 del Codice dell'ambiente inserendo un nuovo co. 1 *bis*, che esclude l'obbligo di tenuta di un registro di carico e scarico per gli imprenditori agricoli di cui all'art. 2135 c.c. che raccolgano e trasportino i propri rifiuti speciali non pericolosi di cui all'art. 212, 8° co. dello stesso TUA e per le imprese e gli enti che, ai sensi del medesimo 8° co., raccolgano e trasportino i propri rifiuti speciali non pericolosi ai sensi dell'art. 184, 3° co., lett. B d. lgs. n. 152/2006.

«::::::::: GA :::::::::»

IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO E LE PROCEDURE DI DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE DOPO IL RECENTE RISULTATO DEL *REFERENDUM*

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Il c.d. Decreto Sviluppo, ossia il d.l. 13.5.2011 n. 70 al co. 28 dell'art. 10 ha legiferato sulla cessazione del regime transitorio. Analisi di alcune problematiche relative alle due differenti procedure di determinazione delle tariffe idriche: il metodo normalizzato a regime e la metodologia CIPE per il periodo transitorio, che dal 1995 vigono in Italia.

The so-called Development Decree, d.l. 13.05.2011 n. 70, at co. 28 Article 10 has legislated on the cessation of the transitional arrangements. Analysis of some problems related to two different procedures for determination of water prices: the standard method and CIPE scheme and methodology for the transition period, enforced in Italy since 1995.

Sommario: 1. Evoluzione normativa - 2. Metodo Normalizzato - 3. Metodologia CIPE – 4. Referendum.

1.Evoluzione normativa.

Prima di inoltrarci nelle analisi delle novità che coinvolgono il servizio idrico integrato e le relative tariffe è opportuno richiamare brevemente l'evoluzione normativa. Il risultato dei referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha determinato l'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 – convertito nella l. n. 133/2008, come modificato dal d.l. 135/2009 (decreto Ronchi), convertito nella l. n. 166/2009 – che disciplinava l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'abrogazione parziale dell'art. 154 co. 1 del d. lgs. n. 152/2006[1] (Codice dell'Ambiente) limitatamente alla previsione dell'inserimento nella composizione della tariffa di una quota destinata alla remunerazione del capitale investito e cioè dell'utile del gestore. Da ultimo il c.d. *Decreto Sviluppo,* ossia il d.l. 13.5.2011 n. 70 Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13.5.2011, n. 110), all'art. 10, rubricato *servizi ai cittadini*, dopo aver istituito l'Agenzia nazionale per i servizi idrici dal co. 11 fino al co. 27, nel successivo co. 28[2] statuisce sulla cessazione del regime transitorio (nelle more dell'applicazione del Metodo Normalizzato previsto nel decreto 1.8.1996) per la determinazione delle tariffe idriche con specifiche deliberazioni CIPE. Durante i 15 anni successivi alla Legge Galli (l. n. 36/1994) la riorganizzazione del servizio idrico è andata avanti in maniera discontinua, in parte per la scarsa volontà di alcuni Comuni di cedere il controllo sul servizio, in parte a causa di frequenti interventi legislativi che hanno impresso accelerazioni e interruzioni al processo di riforma.

[1] Il testo dell'art. 154, co. 1, d. lgs 152/2006: La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, (dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito) e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio *chi inquina paga*. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo.

[2] Art. 10, co. 28, d.l. 13.5.2011 n. 70: l'art. 23-*bis*, co. 8, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, come modificato dall'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166, si interpreta nel senso che, a decorrere dalla entrata in vigore di quest'ultimo, è da considerarsi cessato il regime transitorio di cui all'art. 2, co. 3, del d.l. 17.3.1995, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.5.1995, n. 172.

2.Metodo normalizzato.

La Legge Galli, recepita successivamente nel d. lgs. n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente), è un complesso di norme ad esecuzione differita in quanto per la loro concreta attuazione necessitano di una pluralità di interventi legislativi da parte delle competenti autorità centrali e degli enti territoriali. In particolare l'art. 13 tratta l'argomento delle nuove tariffe idriche rimandandolo ad un metodo normalizzato, successivamente elaborato con il d.m. 1.8.1996 (c.d. Metodo Normalizzato). Il sistema tariffario vigente, previsto dalla legge di riforma del servizio idrico integrato ossia la l. n. 36/1994 (detta anche Legge Galli), è stabilito dal d.m. 1.8.1996, comunemente definito Metodo Normalizzato. Secondo il decreto, la tariffa è stabilita dall' Autorità dell'ambito territoriale ottimale (AATO) e applicata dal gestore del servizio idrico integrato, precisando che il c.d. Metodo Normalizzato verrà applicato solo al termine di un lungo e complesso procedimento che inizia con l'emanazione della legge regionale e continua con l'insediamento dell'AATO, l'approvazione del Piano d'Ambito e quindi del piano tariffario e finanziario ed infine con l'affidamento del servizio, contestualmente alla firma della convenzione tra il gestore del SII e l'AATO. Il *Metodo Normalizzato*, in una logica di *price-cap*, definisce le componenti di costo di una Tariffa reale Media (TRM), che la pubblica Autorità d'Ambito confronta, in successivi periodi regolatori (tre anni) fra valori pianificati e a consuntivo del Gestore[3]. Solo a questo punto il nuovo metodo tariffario può definirsi applicato. Fino a quel momento però si continueranno ad applicare le precedenti procedure, ossia come vedremo, i Provvedimenti CIP e le Deliberazioni CIPE[4]. La l. n. 172/1995 e successivamente la l. 448/1998, ha disposto che, in attesa della completa attuazione della c.d. legge Galli, spetta al CIPE stabilire i criteri per la determinazione e l'aggiornamento delle tariffe del servizio acquedotto, di fognatura e di depurazione.

3. Metodologia CIPE.

Quindi, dal 1995 ad oggi sono vigenti sul territorio italiano due differenti procedure di determinazione delle tariffe idriche: il metodo normalizzato a regime e la metodologia CIPE per il periodo transitorio *Transitorio-CIPE*[5]. Nel 2011 circa il 30% della popolazione è stata soggetta a quest'ultimo sistema di tariffazione. Oggi, come già accennato, il co. 28 dell'art. 10 del d.l. 13.5.2011 n. 70 avrebbe disposto la cessazione del regime transitorio a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 135 del 25.9.2009 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 25.9.2009, n. 223). Sul punto sorgono dei problemi inerenti l'applicazione degli incrementi tariffari previsti dalla delibera CIPE n. 117/2008. In particolare, ci si chiede come debbano essere trattati gli incrementi applicati con decorrenza 1.7.2010 se il periodo transitorio è cessato alla fine del 2009. Premesso che ci si aspettava la previsione di una decorrenza non retrodatata e con la possibilità di disciplinare anche gli incrementi tariffari per l'anno in corso, l'interpretazione più immediata e ragionevole, potrebbe essere incentrata sulla data della pubblicazione della delibera 117/2008 e non sugli effetti da questa prodotti. Quindi, essen-

[3] TRMn = {(C + A + R)n-1 * (1 + Π + K) }/Vn
Dove: TRMn = tariffa reale media dell'anno corrente (€/m3); V = volume d'acqua erogato (m3); C = costi operativi del gestore (esclusa la gestione finanziaria) al netto del miglioramento dell'efficienza; A = costo di ammortamento delle immobilizzazioni; R = remunerazione del capitale investito; Π = tasso di inflazione programmato per l'anno corrente; K = limite di prezzo (aumento massimo della tariffa per esempio per maggiori investimenti).

[4] il d.P.R. 373/1994 aveva soppresso sia il Comitato Provinciale Prezzi (CPP) sia il Comitato Interministeriale Prezzi (CIP), attribuendo le residue competenze rispettivamente agli Uffici periferici del Ministero dell'industria (UPICA) ed al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). Quest'ultimo infatti, ha ereditato i poteri di indirizzo e di direttiva ai fini della determinazione dei prezzi e delle tariffe di cui all'art. 4 del d.lgs Luogotenenziale n. 347/1944 e al d.lgs. CPS n. 896/1947.

[5] la legge 448/1998 al co. 29 dell'art. 31, dispone che, *fino all'entrata in vigore del metodo normalizzato*, spetta al CIPE stabilire i criteri, i parametri ed i limiti per la determinazione e l'adeguamento delle tariffe del servizio acquedotto, di fognatura e di depurazione. Per un approfondimento su questo passaggio e in particolare sulla competenza di verifica delle tariffe idriche da parte delle Camere di Commercio: L'attività di verifica delle tariffe idriche nella c.d. fase transitoria e la Decisione del CdS n. 2363/2004, G. Castaldi, 2004 ed. Acqualab.

do stata pubblicata il 26.3.2009, prima del termine di cessazione del periodo transitorio previsto per la fine del 2009, la delibera Cipe n. 117/2008[6] è da considerarsi *salva* come anche le tre decorrenze tariffarie previste (26.3.2009, 1.7.2009 e 1.7.2010) e soprattutto l'obbligo di eliminare il minimo impegnato entro il 2010[7]. La cessazione del periodo transitorio, di carattere peraltro interpretativo, di cui al co. 28, art. 10, d.l. 70/2011 era già insita nella disposizione di cui al co. 8 dell'art. 23 *bis* d.l. 25.6.2008, n. 112 che ha dispiegato i suoi effetti prima dell'abrogazione referendaria. Si evidenzia che in ragione di quanto afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 26.1.2011, di accoglimento del quesito referendario per l'abrogazione del 23 *bis*, *... all'abrogazione dell'art. 23 bis ... non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo ...* l'abrogazione di una norma non porta alla reviviscenza delle norme da questa abrogate e, quindi, il regime transitorio è da considerarsi cessato con l'emanazione dell'art. 23 *bis*. Tuttavia, le gestioni che operavano e che continuano ad operare di fatto, in mancanza dell'attuazione della legge di riforma dei servizi idrici, potranno continuare ad applicare, nelle more dell'avvio del S.I.I., le tariffe determinate secondo quanto stabilito dalla delibera CIPE 18 dicembre 2008, n. 117, come già accennato precedentemente[8]. Come si evince dal parere n. 8495 del 6.12.2011 della Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche (Co.N.Vi.R.I.), gli investimenti sono un momento di una più ampia attività di regolazione svolta sia a livello locale che centrale, che se non attivata in tutte le sue fasi (cioè emanazione della legge regionale, approvazione del Piano d'Ambito, affidamento del servizio, firma della convenzione ecc…) all'epoca della realizzazione degli investimenti non dà la possibilità della remunerazione dei capitali investiti. Alla luce di quanto esposto, in assenza di attuazione della normativa di riforma dei servizi idrici in tutte le sue fasi, non sembra che si possa determinare la tariffa ai sensi del metodo normalizzato di cui al d.m. 1.8.1996[9], infatti, non rientra nella sfera delle competenze dell'AATO la determinazione della tariffa nelle situazioni di regime transitorio che è contraddistinto dal sistema tariffario CIPE. A questo punto preme evidenziare come la Co.N.Vi.R.I, nel parere n. 8338 del 11/11/2011, evidenzia la grave inadempienza delle AATO che a distanza di 15 anni dalla legge Galli non abbiano provveduto all'affidamento del servizio, facendo notare che l'art. 172, d. lgs. 152/2006 ha previsto che *Qualora l'Autorità d'ambito non provveda agli adempimenti di cui ai coo. 1 e 2 nei termini ivi stabiliti, la regione, entro trenta giorni, esercita, dandone comunicazione al Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, i poteri sostitutivi, nominando un commissario ad acta, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che avvia entro trenta giorni le procedure di affidamento, determinando le scadenze dei singoli adempimenti procedimentali. Qualora il commissario regionale non provveda nei termini così stabiliti, spettano al Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Ambiente e della tutela del ter-*

[6] A seguito di tale sentenza n.9673 del 5.11.2008, TAR Lazio che ha praticamente stabilito l'obbligo da parte del C.I.P.E. di adottare direttive con cadenza annuale per l'adeguamento delle tariffe dei servizi idrici, obbligo non osservato per il periodo temporale compreso tra il 2003 ed il 2007, il C.I.P.E. ha emanato, in data 18.12.2008, la delibera n.117 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26.3.2009 ed avente per titolo *Direttive per l'adeguamento delle tariffe per i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione*.
La delibera prevede sostanzialmente :
1. un recupero degli incrementi tariffari dal 2003 al 2007 per i gestori in regime transitorio con un incremento massimo del 5% che può essere concesso a decorrere dalla data di pubblicazione della delibera sulla Gazzetta Ufficiale (26.3.2009);
2. l'adeguamento delle tariffe di acquedotto, fognatura e depurazione per il 2008 (decorrenza 1.7.2009);
3. l'adeguamento delle tariffe di acquedotto, fognatura e depurazione per il 2009 (decorrenza 1.7.2010).

[7] Minimo impegnato: è quel volume che viene comunque fatturato a prescindere dal consumo effettivo.

[8] Vedi Parere n. 8338 del 11 Nov 2011 della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche,http://www.conviri.it/contenuti/Pareri/parere_8338.pdf

[9] Vedi immagine sull'esaurimento del periodo transitorio delle tariffe idriche determinate con la metodologia CIPE, http://www.acquainfo.it/fileadmin /Materiale_sito/documenti/approfondimenti/fine_cipe. jpg.

ritorio, i poteri sostitutivi preordinati al completamento della procedura di affidamento.

4. *Referendum*.

Per quanto riguarda l'art. 154 del d. lgs. 152/2006, così come modificato dalla recente tornata referendaria, risulta evidente che il principio tariffario della copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio non viene leso (nel rispetto di quanto stabilito dalla Direttiva Comunitaria CE/60/2000 che, all'art. 9 co. 1, recita: *Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga»). In futuro non si potrà più prevedere in tariffa una remunerazione fissa del capitale investito, bensì il reale costo finanziario per la realizzazione degli investimenti*. Da notare che lo stesso art. 154 del d. lgs. 152/2006, al co. 2 recita: Il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio, su proposta della commissione nazionale di vigilanza sulle risorse idriche, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio chi inquina paga, definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua. e che l'art. 17 co. 3 dello stesso decreto, al punto l) chiarisce che fino fino all'emanazione del decreto di cui all'art. 154, co. 2, continua ad applicarsi il decreto ministeriale 1.8.1996. Per questo, fin quando non verrà promulgato l'aggiornamento del Metodo Normalizzato rimangono le disposizioni dettate dal d.m. 1.8.1996, comprese quelle relative alla remunerazione del capitale investito. Il problema della remunerazione del capitale, determinata in misura fissa nettamente superiore al reale costo del denaro, era noto, ed erano anche già stati individuati gli strumenti correttivi[10]. Occorre sottolineare che oggi, a seguito dell'esito del referendum, difficilmente si potrà ipotizzare un aggiornamento del metodo tariffario che possa prevedere spread o margini, senza limitarsi al riconoscimento del costo (in una logica di cost pass trougth, mero riconoscimento dei costi di capitale che attraversano le attività gestionali). Da quanto appena accennato sorge il problema della validità delle precedenti pattuizioni poste in essere prima degli esiti referendari, problema che è stato sollevato da più parti. A parere di chi scrive, traendo spunto dal tentativo di aggiornamento della Regione Emilia Romagna[11], una possibile soluzione potrebbe essere quella di suddividere gli investimenti tra quelli già realizzati o avviati, ai quali si applicherebbero gli accordi già posti in essere fra le AATO e i gestori, e i nuovi investimenti a cui si potrebbe applicare un nuovo metodo che tiene conto dell'esito referendario. Non ci resta che auspicare un intervento che ponga più chiarezza e che identifichi un unico sistema di retribuzione e gestione per il Servizio Idrico integrato.

[10] Nel 2011 la Co.N.Vi.R.I. dopo quasi due anni di lavoro ha predisposto non solo l'aggiornamento del *Metodo Normalizzato*, ma ha anche individuato degli *Indicatori di Prestazione* ed ha stilato la *Convenzione tipo*. In particolare, è stata prevista *l'adozione di tassi di remunerazione del capitale investito di tipo flessibile, che tengano conto degli andamenti dei mercati finanziari e delle strutture del piano e delle gestioni* (cfr. Relazione al Parlamento 2009 pag 88).

[11] Nel 2006 la Regione Emilia-Romagna, in un tentativo di aggiornamento del metodo normalizzato, ha rigidamente seguito il principio di non retroattività delle norme e nella propria elaborazione di un metodo tariffario regionale (d.P.G.R. 49/2006 integrato dal d.P.G.R. 274/2007) ha previsto la suddivisione del capitale investito in: *capitale investito iniziale* e *capitale investito successivo all'entrata in vigore del metodo tariffario*, differenziandone il trattamento. La remunerazione del capitale investito iniziale è determinata sulla base degli accordi assunti antecedentemente l'entrata in vigore del metodo tariffario regionale (7%). Il tasso di remunerazione del reddito del capitale investito secondo i criteri aggiornati (*Interest Rate Swap* (IRS) a quindici anni aumentato di un margine m omogeneo su tutto il territorio regionale) è applicato al CIN (capitale investito nuovo);

IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE RAFFORZA IL RUOLO DELLE LINEE GUIDA STATALI IN TEMA DI ENERGIE RINNOVABILI

della Dott.ssa Alessandra Dominici

In materia di energia ed ambiente, la Corte Costituzionale cerca di operare un bilanciamento tra i contrastanti interessi che vengono in rilievo e fissa la linea concreta di confine tra competenze Statali e regionali.

On energy and environment, the Constitutional Court seeking a balance between the conflicting interests that are relevant and sets the actual line between State and regional expertise.

Sommario:1. Premessa. - 2. La decisione della Corte Costituzionale. - 3. Conclusioni.

1.Premessa.

La Corte costituzionale tornando a pronunciarsi in materia di energia e ambiente cerca di operare un bilanciamento tra i contrastanti interessi che vengono in rilievo e fissa la concreta linea di confine tra competenze Statali e regionali indicata, forse troppo astrattamente, nel titolo V della Carta costituzionale.

La norma oggetto del giudizio è l'art. 1, co. 1, lett. a) e b) della l. r. Molise 23.12.2010, n. 23 che modificava la legge regionale 7.8.2009, n. 22 (nuova disciplina degli insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della Regione Molise).

Con tale norma erano state introdotte due nuove disposizioni nell'art. 2 della l. 22/2009: la lett. c *bis* del co. 1 con cui si individuavano tra le aree non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia elettrica ricavata da fonti rinnovabili l'intera valle del Tammaro ed i rilievi che la delimitano; il co. 1 *bis* che indicava come siti non idonei all'installazione di impianti eolici le aree e i beni di interesse culturale o quelli dichiarati di interesse pubblico ai sensi del d. lgs. 42/2004.

2. La decisione della Corte Costitizionale.

La questione di legittimità era stata sollevata in relazione a tre diversi parametri costituzionali: art. 117, co. 1, co. 2 lett. a) ed e) e co. 3, Cost. Nell'ordinanza di rimessione si riteneva, infatti, che la norma impugnata, prevedendo un divieto generalizzato di localizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, fosse in contrasto con l'art. 12, coo. 3, 4 e 10, del d. lgs. 387/2003. Questo dispone che le Regioni possono procedere all'individuazione di aree non idonee alla realizzazione di tali impianti solo conformemente alle linee guida nazionali emanate dalla Conferenza unificata; a loro volta tali linee guida, contenute nel d.m. del 10.9.2010, stabiliscono che le suddette aree possono essere individuate previo espletamento di apposita istruttoria e solo con riferimento all'installazione di determinate tipologie di impianti.

Il giudice rimettente considerava il d. lgs.. 387/2003 norma interposta sia dell'art. 117 co. 1 e co. 2 lett. a), cost. perché attuativo della direttiva comunitaria 2001/77/CE in materia di energia ricavata da fonti rinnovabili, sia dell'art. 117, co. 3, Cost. in quanto espressivo di principi fondamentali in materia di *produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"*.

In relazione alla presunta violazione dell'art. 117, co. 2 lett. e), si assumeva nell'ordinanza di rimessione che la disposizione impugnata determinasse un'artificiosa alterazione della concorrenza perché i divieti in essa previsti avrebbero, di fatto, limitato l'accesso al mercato dell'energia.

La C.cost., preliminarmente, ritiene di dover individuare l'ambito di competenza a cui

vada riferita la legge oggetto del giudizio. In linea con diverse pronunce antecedenti[1], il Giudice costituzionale afferma che la normativa relativa ai procedimenti di individuazione delle aree in cui non si possono installare impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili si colloca a metà via tra la competenza statale in materia di ambiente e paesaggio e quella concorrente in materia di energia. Proprio il fatto di trovarsi in un caso di *concorrenza di competenze*[2], ovvero in una situazione in cui la disciplina di una materia coinvolge competenze legislative sia statali che regionali (o concorrenti) giustifica, secondo la Corte, la chiamata in causa del principio di leale collaborazione , leitmotiv di tutta la sentenza.

Tale principio è stato esplicitamente inserito per la prima volta nell'art. 120, cost. dalla l. cost. n. 3 del 2001 che ha modificato l'intero titolo V della Costituzione. Tuttavia, la Corte già prima di questo momento ne affermava l'esistenza e la natura costituzionale rinvenendone un implicito fondamento negli artt. 5 e 7 cost.. In relazione al primo articolo, si riteneva che il riconoscimento delle autonomie locali comportasse imprescindibilmente anche un adeguamento alle loro esigenze dei principi e dei metodi della legislazione statale[3]; per quanto riguarda il secondo, invece, si individuava il riferimento al principio di leale collaborazione nel fatto che *risponde ai canoni di buona organizzazione che tutte le unità si portino reciproco ausilio ove necessario al fine di prevenire inutili duplicazioni o sprechi*[4].

Questo principio ha sempre svolto e continua ad avere una funzione integrativa e interpretativa di norme costituzionali ma il suo utilizzo è tendenzialmente mutato dopo la riforma del titolo V. Nella giurisprudenza della Corte ante 2001, infatti, questo principio era fortemente funzionalizzato a quello di unità statale, sebbene operasse già all'interno di un sistema di separazione delle competenze tra Stato e Regioni; in particolar modo, proprio in quelle ipotesi in cui c'erano interferenze dovute ad un collegamento indissolubile tra esse[5]. Si invocava la leale collaborazione non solo per indicare a Stato e Regioni le modalità entro cui dovevano esercitare le rispettive competenze ma, anche, per legittimare i casi, pur sempre eccezionali, in cui lo Stato nell'esercizio dei suoi poteri sostitutivi avocava a se poteri normativi spettanti alla Regione[6].

La riforma del Titolo V, attribuendo una maggiore autonomia alle varie articolazioni che compongono la Repubblica[7], ha anche rafforzato il modello cooperativo su cui si basano i rapporti tra gli enti locali. In tale contesto il principio di leale collaborazione, lungi dall'essere svilito come pur da alcuni sostenuto8, ha iniziato ad avere una sempre maggiore applicazione pratica; si è rivelato non più solo un utile strumento per garantire un coinvolgimento dello Stato in questioni in cui si presentavano esigenze unitarie ma, soprattutto, un'arma di difesa dell'autonomia normativa delle Regioni contro tendenze invasive del legislatore statale. Il principio di cui si discute costituisce, infatti, un fattore di elasticità in un sistema di riparto di competenze che, seppur formulato in modo estremamente rigido e preciso – si pensi alla lunga elencazione di materie contenute nei cco. 2 e 3 dell'art. 117 cost. – si rivela poi estremamente incerto nella sua applicazione pratica. Questa affermazione trova conferma nella grandissima quantità di pronunce della Corte costituzionale che dal 2001 a oggi hanno avuto e continuano ad avere il compito di delineare in concreto la linea di confine tra competenza Statale e regionale[9].

Il principio di leale collaborazione trova concreta attuazione nel nostro ordinamento attraverso diversi istituti, quali le intese debo-

[1] C.cost. n. 266/2009; C. cost. n. 275/2001, ma in C. cost . n. 168/2010 punto 4.1 del considerato in diritto la Corte riconduce la disciplina in esame principalmente alle materie di competenza concorrente.

[2] BIFULCO R., *Leale collaborazione (principio di)*, in Dizionario di diritto pubblico diretto da CASSESE S., Milano, 2006, vol. IV, p. 3362.

[3] C. cost. n. 242/1997 e CO. cost, n. 35/1972.

[4] C. cost. n.139/1990.

[5] Tra le tante si veda CO. cost. n. 64/1987.

[6] C. cost. n. 177/1998 e C. cost., n. 338/1989.

[7] Art. 114 cost. : Comuni, Province, Città Metropolitane e Stato

[8] BARTOLLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. Trim.dir. Pubb.*, 1997, p.84.

[9] Tra le tante vedi C. cost. nn. 10, 16, e 121/2010 .

li o forti, i pareri vincolanti o meno e soprattutto tramite la Conferenza Stato-Regioni[10].

Difatti, nel caso in esame, è proprio il necessario coinvolgimento del principio di leale collaborazione in una materia così indefinita come quella della localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili a giustificare, secondo la Corte, l'attribuzione alla Conferenza Stato-Regioni del compito di emanare linee guida [11].

La Conferenza è stato istituita in via amministrativa nel 1983[12] con funzioni consultive e informative; successivamente si è assistito ad un graduale espandersi delle sue competenze fino ad arrivare all'attuale assetto normativo costituito dal d. lgs 281/1997 . Questo all'art. 2, co. 1 fa una dettagliata elencazione dei compiti[13] della Conferenza, al co. 3 prevede il suo parere obbligatorio sugli schemi dei disegni di legge, decreti legislativi o regolamenti del governo salvo particolari motivi d' urgenza e infine, al co. 4, ammette che la Conferenza possa esprimere il proprio parere *su ogni questione di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene di sottoporre al suo esame*. Inoltre, sempre all'art. 2, il d. lgs. introduce una clausola generale secondo cui le funzioni attribuite alla Conferenza sono finalizzate a *garantire la partecipazione di Regioni e province autonome a tutti i procedimenti di interesse regionale, interregionale ed infra-regionale*. Proprio questa indicazione di carattere teleologico ha fatto sì che, frequentemente, la Corte abbia dichiarato l'incostituzionalità di atti legislativi che omettevano di prevedere il previo parere o la previa intesa della Conferenza su questioni di interesse regionale; le norme censurate erano considerate contrastanti con il principio di leale collaborazione, di cui come detto sopra, la Conferenza costituisce concreta estrinsecazione[14].

Il progressivo ampliamento delle competenze della Conferenza non è stato solo di tipo quantitativo ma anche qualitativo[15]: essa oggi oltre a funzioni consultive ha poteri decisionali propri ed esclusivi come quello di nomina, gestione, impulso e verifica. Tra questi poteri rientra certamente quello, rilevante nella pronuncia in esame, di adottare linee guida in una determinata materia. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale[16], gli atti che contengono linee guida hanno un'efficacia normativa assimilabile in tutto e per tutto a quella dei regolamenti.

Se si condividesse tale prospettiva, allora si potrebbe meglio comprendere il ruolo fondamentale che la Corte attribuisce alle linee guida in materia di energia sia in questa che in altre pronunce di poco precedenti. Nelle sentenze nn. 119 e 124 del 2010 la Corte, ad esempio, ne afferma l'imprescindibile rilevanza tanto da negare alle Regioni la possibilità di procedere autonomamente all'individuazione dei criteri per il corretto insediamento di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili perché non erano state ancora approvate le linee guida previste dal d. lgs n. 387/2003; tutto ciò, nonostante tale lacuna normativa non fosse imputabile ad un'inerzia regionale[17]. Si è preferito, in quell'occasione, paralizzare l'attività della Regione piuttosto che accettare che essa venisse realizzata in assenza di uno strumento idoneo a garantire il rispetto del principio di leale collaborazione.

Nella pronuncia n. 308/2011 la Corte ribadisce proprio questo principio di fondo dichiarando l'incostituzionalità della norma impugnata perché non rispettosa delle suddette linee guida: essa ha, infatti, individuato le aree su cui non possono essere insediati impianti per la produzione di energia fonti rin-

[10] BIFULCO R., *Leale collaborazione (principio di)*, op. cit, p. 3360.

[11] Tale considerazione è presente in altre pronunce tra cui per esempio la C. cost. n. 124/2010 punto 1 del considerato in diritto.

[12] d.P.C.M 12.10.1983.

[13] Tra cui principalmente promozione e conclusione di intese ed accordi, promozione e coordinamento della programmazione statale e regionale, determinazione criteri ripartizione risorse finanziarie assegnate dalle legge.

[14] *Ex plurimis* C.cost. n.162/2005 e CO. cost. 242/2005.

[15] BIFULCO R., *Conferenza Stato-Regioni*, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da CASSESE S., Milano, 2006, vol. II, p.1231.

[16] C. cost. n. 275/2011 punto 4 del considerato in diritto e C.cost. nn. 274 e 278/2010.

[17] C. cost. n. 119/2010 punto 3 del considerato in diritto e C. cost. n. 124/2010 punto 1 del considerato in diritto.

novabili in modo generalizzato e senza una preventiva istruttoria.

Si potrebbe sostenere al contrario che, almeno formalmente, il parametro in base al quale è dichiarata l'incostituzionalità sia l'art. 12 d. lgs 327/2003: sarebbe questa la norma interposta contenente i principi generali in materia di energia, il cui mancato rispetto comporterebbe violazione dell'art. 117, co. 3, cost.. Tuttavia, ad un'analisi più attenta, non può sfuggire che è proprio il dispositivo delle linee guida a cui essa rimanda a determinare l'illegittimità della norma poiché sono queste che stabiliscono in concreto come le Regioni debbano scegliere se autorizzare o meno la costruzione di un impianto per la produzione di energia.

A questo punto si pone il problema di verificare se lo Stato possa emanare i principi fondamentali in una materia di competenza concorrente (in questo caso l'energia) attraverso fonti diverse dalla legge ed in particolare se essi possano essere contenuti, anche solo indirettamente, in atti di natura regolamentare. Le difficoltà teoriche ad ammettere una tale evenienza sono essenzialmente di due tipi. Da un lato si potrebbe ritenere violato l'art. 117, co. 6, cost. che attribuisce alle Regioni la podestà regolamentare nelle materie che non sono di competenza esclusiva dello Stato e dall'altro sembrerebbe alterato il criterio di gerarchia tra le fonti perché una norma regolamentare andrebbe di fatto a prevalere su una legge regionale, condizionandone il contenuto. In dottrina si è più volte affermato che i principi generali dettati in materia di competenza concorrente debbano essere contenuti in una legge primaria, sussistendo per essi una vera e propria riserva d'assemblea[18]; proprio sulla base di tale convinzione si è negato che la loro indicazione potesse avvenire tramite decreto legislativo[19], atto che seppur dotato di forza di legge è volto a specificare indicazioni contenuti nella legge delega ed è quindi privo del carattere della generalità che deve connotare i *principi fondamentali* di una materia. La Corte costituzionale, in aperto contrasto con tali posizioni dottrinali, nella pronuncia n. 303 del 2003 ha ammesso sia che l'indicazione dei principi fondamentali in materie di competenza concorrente possa avvenire tramite decreto legislativo, sia la possibilità per lo Stato di emanare regolamenti in queste stesse materie.

In relazione al primo punto la Corte ha ritenuto che i principi criteri direttivi della legge delega hanno un diverso grado di generalità rispetto a i principi fondamentali in materia di competenza concorrente. Questi ultimi hanno un carattere più o meno specifico a seconda del livello di definizione della materia che viene in rilievo. Quindi, secondo la Corte, se una materia ha diversi livelli di definizione, lo Stato ha più spazio normativo per fissare i principi fondamentali che si configurano così più penetranti ma, non necessariamente dettagliati a tal punto da comprimere lo spazio della competenza legislativa regionale.

Certo è che in questi casi se si fa ricorso al procedimento di delega il rischio di travalicare *il confine* tra le aree riservate alle due diverse competenze legislative aumenta. Tuttavia secondo la Corte la probabilità dell'aumento del rischio non può essere preconcettualmente asserita in modo da escludere il procedimento di delega. In questo modo il Giudice costituzionale implicitamente rifiuta l'idea che sussista una riserva di assemblea per la definizione dei principi generali *ex* art. 117, co. 3, cost..

Per quanto riguarda la possibilità da parte dello Stato di esercitare la funzione amministrativa tramite l'emanazione di regolamenti in materie di competenza concorrente questa viene giustificata sulla base dell'applicazione dinamica del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, co. 1, cost. L'allocazione a livello statale delle competenze amministrative, dice la Corte, non si giustifica solo per la presenza di esigenze unitarie; è necessario che esse vengano vagliate in un procedimento che garantisca il coinvolgimento degli enti le cui competenze vengono attratte[20].

Nel caso delle linee guida in materia di energia di cui tratta la pronuncia in esame si

[18] PIZZETTI F., *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"* in *Le Regioni*, 2001, p. 1171.

[19] D'ATENA A., *Legislazione concorrente, principi impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*, in www.federalismi.it

[20] C. cost, n. 303/2003 punto 4 del considerato in diritto.

può ritenere che le esigenze unitarie indicate dalla Corte sussistano per la particolarità delle materie coinvolte e che la loro adozione in sede di Conferenza unificata garantisca il coinvolgimento delle Regioni private dell'esclusività della competenza regolamentare. Nulla si può obiettare, quindi, circa la legittimità della loro adozione con d.m. ma, può lasciare perplessi, il fatto che la Corte le abbia sostanzialmente considerate come principi fondamentali idonei a condizionare il legislatore regionale. Seppur sia vero, infatti, che non sussiste una riserva di assemblea in materia di principi generali *ex* art.117, co. 3, cost. rimane comunque sempre fermo il principio di gerarchia tra le fonti che risulterebbe in tal modo alterato. L'unica via interpretativa per uscire da questa *empasse* è considerare il solo aspetto formale della questione: il fatto che la Corte utilizza come norma interposta integrante i principi di cui all'art. 117, co. 3, cost. la legge statale che rinvia alle linee guida e non il regolamento che le contiene.

L'importanza sostanziale delle linee guida rimane comunque per il fatto stesso che, come dice la Corte, la loro adozione *è inspirata al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*. Ciò che stupisce è che, se nella giurisprudenza degli ultimi anni questo principio è stato invocato principalmente a difesa delle Regioni nei casi in cui lo Stato avocava a se competenze regionali, in questa pronuncia il rispetto delle linee guida che ne costituiscono espressione è nominato per impedire che le Regioni esercitino in modo arbitrario la propria autonomia legislativa senza tenere in considerazione degli interessi di carattere unitario.

3. Conclusioni.

Il principio di leale collaborazione torna quindi a essere utilizzato in funzione statalista e unitaria come avveniva prevalentemente prima della riforma del titolo V. Tale affermazione viene avvalorata dalla circostanza che la Conferenza Stato-Regioni, luogo in cui questo principio prende forma concreta ed esplica i suoi effetti è sostanzialmente un organo statale. In realtà la natura giuridica della Conferenza è stata controversa sia in dottrina[21] che nella giurisprudenza[22] della stessa Corte. C'è chi l'ha ritenuta addirittura appartenente ad un terzo livello ordinamentale, né statale né regionale. Tuttavia oggi la Corte sembra aver avallato la tesi della natura statale della Conferenza. Infatti nella sentenza n. 507/2002 ha affermato che *la premessa per l'intervento della Conferenza è sempre la presenza di una qualche implicazione degli indirizzi di politica generale di pertinenza degli organi statali e che la Conferenza è sede di raccordo per consentire alle Regioni di partecipare a processi decisionali che resterebbero altrimenti di competenza esclusiva dello Stato*. Dopotutto tale impostazione sembra condivisibile anche prescindendo dall'aspetto meramente funzionale dell'organo stesso; se ci si sofferma su profili di carattere più marcatamente strutturale non si può non tener conto che la Conferenza è istituita presso la Presidenza del Consiglio, presieduta dal presidente del Consiglio dei Ministri ed interamente disciplinata da un d. lgs. dello Stato.

Infine, un altro aspetto della sentenza in commento che risulta essere degno di nota è il fatto che la Corte seppur dichiari genericamente la norma impugnata in contrasto con tutti gli *evocati*[23] parametri, riferendosi a quelli indicati nell'ordinanza di rimessione, in realtà non analizza nella sua motivazione né l'aspetto della contrarietà della norma al diritto comunitario e quindi la violazione dell'art. 117, co. 1 e co. 2 lett. a), né tanto meno il profilo della lesione della libertà di concorrenza di cui all'art 117, co. 2 lett. e).

Stupisce in particolare il mancato riferimento al diritto comunitario poiché in molte altre pronunce riguardanti la medesima materia, la Corte ha sempre sottolineato espressamente l'origine comunitaria del d. lgs 387/2003 e preso in considerazione il favor comunitario per l'energia prodotta da fonti

[21] CAPOTOSTI P.A., *Tendenze e prospettive dei rapporti tra Regioni e Governo*, in Quad. regionali, 1990, p.1 188.

[22] Contro l'idea che la Conferenza abbia natura statuale vedi C. cost. nn.116 e 124/1994.

[23] C. cost. n. 308/ 2011 punto 3.3 del considerato in diritto.

rinnovabili[24]. Probabilmente si deve ritenere che la Corte abbia implicitamente riconosciuto la violazione del diritto comunitario, considerando superfluo indicare le modalità con cui essa si sia realizzata: ha cioè considerato di comune dominio il fatto che la norma interposta violata fosse attuativa di una direttiva comunitaria. Un'altra lettura del silenzio della Consulta sul profilo comunitario dell'illegittimità della norma potrebbe essere quello di aver ritenuto assorbita questa questione di legittimità, insieme a quella relativa all'art. 117, co. 2, lett. e), cost., perché già la riconosciuta violazione dell'art .117, co. 3, cost. era di per sé idonea a caducare la norma censurata.

Se si volesse accogliere questa seconda impostazione bisognerebbe considerare che la prassi dell'assorbimento di censure di costituzionalità presenta delle criticità connesse alla valenza del principio generale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel processo costituzionale. Si tratta di una problematica che si colloca sullo sfondo della contrapposizione tra *astrattezza* e *concretezza* del giudizio della Corte, che da sempre ha costituito la chiave di lettura del meccanismo della incidentalità.

Questa forma di assorbimento riguarda in questo caso questioni logicamente prive di connessione, il cui esame viene assunto come fungibile rispetto ad una decisione di annullamento. Per economia di giudizio, censure di costituzionalità ipotizzate nell'or-dinanza di rimessione rimangono senza risposta.

Emerge una concezione del giudizio sulle leggi che insiste sul ruolo, in esso svolto dalla Corte, di tutela delle posizioni soggettive delle parti del processo principale, e che penalizza la funzione di garanzia dell'ordinamento giuridico. Rinunciando all'esame di questioni autonome per assorbimento, la Corte sembra in parte rinunciare alla sua funzione *persuasiva* nei confronti del legislatore, al valore condizionante della futura condotta degli organi legislativi che è propria della sentenza costituzionale[25].

[24] C. cost. n. 124/ 2010 punto 1 del considerato in diritto e C. cost. n.119/2010 punto 2.2 del considerato in diritto.

[25] Sul punto vedi L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 224; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in Enciclopedia del diritto XXXVI, 1987, p. 667.

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

della Prof.ssa Maria Rosaria Salerni

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.4.2012, n. 2466
PRG - variante - omessa motivazione - in relazione a preesistenti situazioni di affidamento - illegittimità.
È illegittima per difetto di motivazione la variante di PRG che vada ad incidere su situazioni di affidamento qualificato per effetto dell'approvazione di una convenzione di lottizzazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.4.2012, n. 2060
PRG - imposizione di limiti alla libertà di iniziativa economica privata - possibilità - sussiste.
Le prescrizioni contenute nei piani urbanistici, rispondendo all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali e dunque alla libertà di iniziativa economica. Non è peraltro da escludere che il legislatore, nel rispetto delle competenze costituzionalmente previste, possa adottare una legge che operi un diverso bilanciamento degli interessi e attribuisca maggiore rilevanza all'esigenza di assicurare la libertà economica connessa all'esercizio dell'attività commerciale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.4.2012, n. 2045
P.L. - termine di efficacia - decadenza - conseguenze.
Il piano di lottizzazione ha una durata decennale per cui, decorso il relativo termine, esso perde di efficacia e non può più costituire valido presupposto per il rilascio di qualsivoglia titolo abilitativo alla edificazione di manufatti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.2.2012, n. 1128
Calabria - strumenti urbanistici - approvazione regionale - silenzio assenso - configurabilità.
Strumenti urbanistici - annullamento in autotutela da parte del Comune - nel caso di intervenuta approvazione regionale - illegittimità.
La l.reg. Calabria, 16/94 contempla espressamente un caso di silenzio assenso per l'approvazione degli strumenti di pianificazione, prevendendo che l'inutile decorso del termine entro cui adottare una espressa pronuncia (180 giorni) comporta la conseguenza, di tipo acceleratorio e nel contempo sanzionatorio, del tacito assenso alle scelte urbanistiche assunte dal Comune in sede di adozione degli strumenti di pianificazione territoriale; e quella ulteriore, normativamente prevista, dell'obbligo dell'amministrazione comunale di adottare delibera di presa d'atto della formazione del silenzio-assenso. Il procedimento di formazione di un PRG o di una variante generale allo stesso si atteggia come una fattispecie a formazione successiva e precisamente come un atto complesso ineguale in cui confluiscono le determinazioni programmatorie imputabili sia al Comune in sede di elaborazione, sia alla Regione, quale Ente sovraordinato, in sede di approvazione. Ne discende che i margini per adottare misure di autotutela da parte del Comune sono individuabili solo in riferimento alla fase dell'avvenuta adozione dei propri precedenti atti, non potendosi procedere allo jus poenitendi in relazione a determinazioni che hanno conseguito il visto di approvazione regionale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.2.2012, n. 616
Convenzioni urbanistiche - g.e. - sussiste.
Convenzione urbanistica - adempimento - potere di controllo del Comune - prescrizione - decorrenza.
Convenzione urbanistica - stipula - deroga alla disciplina ministeriale del costo di costruzione - potere - sussiste.
Le controversie in materia di convenzioni urbanistiche appartengono alla g.e., giusto il disposto dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 2, c.p.a.. Detta disposizione si applica anche ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova legge, giusto il disposto dell'art. 5 c.p.c., fermo, per il

periodo precedente all'entrata in vigore del c.p.a., l'art. 11, l. 241/90.
L'esercizio del potere di controllo da parte del Comune dell'adempimento da parte del privato degli obblighi assunti con la sottoscrizione di una convenzione urbanistica è sottoposto al termine decennale di prescrizione, decorrente dalla data di cessazione della durata della convenzione, ovvero, se anteriore, da quello di esaurimento dell'efficacia della medesima.
Ben possono le parti, in sede di stipula di una convenzione urbanistica, derogare alla disciplina del costo di costruzione posta dal d.m. 891/1977.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.1.2012, n. 351
Opera pubblica - localizzazione - scelta - è espressione di discrezionalità amministrativa - sindacato giurisdizionale - limiti.
Scelte urbanistiche - deliberazioni - obbligo di astensione - presupposti.
Atti programmatori - parere di regolarità contabilità - necessità - esclusione.
La localizzazione di opera pubblica costituisce oggetto di una scelta ampiamente discrezionale che può soggiacere soltanto ad un tipo di sindacato giurisdizionale cd. debole, e cioè ad una verifica che concerna esclusivamente gli eventuali profili di irragionevolezza palese della scelta ovvero di scelta fondata su un presupposto di fatto erroneo (nella specie era contestata la previsione di una strada all'interno di un'ampia area di proprietà privata, negandosi l'incongruità della valutazione in relazione a necessitate analisi geotecniche in fase realizzativa, poiché in un ambiente montano l'insorgere di difficoltà esecutive rappresenta evenienza abbastanza frequente). L'obbligo di astensione dei consiglieri comunali relativamente alle delibere di approvazione del PRG presuppone non il semplice fatto che lo stesso sia genericamente proprietario di fondi, ma la prova dell'effettivo vantaggio dal provvedimento.
Gli atti programmatori non necessitano del parere di regolarità contabile, la cui assenza in ogni caso non incide sulla legittimità del provvedimento, rilevando lo stesso solo sul piano interno, allo scopo di individuare il responsabile in via amministrativa della deliberazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.1.2012, n. 119
PRG di Roma Capitale - frammentazione del procedimento di adozione - illegittimità - esclusione.
Scelte urbanistiche - obbligo di motivazione - spessore.
PRG di Roma Capitale - scelte urbanistiche – vincolatività del precedente *Piano delle Certezze* - esclusione.
PRG di Roma Capitale - meccanismi di perequazione - limitazione degli stessi alle sole scelte penalizzanti contenute nel Piano delle Certezze - esclusione.
È legittimo il procedimento di adozione del P.R.G. di Roma Capitale, basato su una lunga e certosina opera di riscrittura e integrazione, trattandosi di strumento di pianificazione generale relativo a un'area urbana molto vasta e caratterizzata da complessità e frammentarietà.
Le scelte dell'Amministrazione in ordine alla destinazione dei suoli in sede di pianificazione generale del territorio sono caratterizzate da ampia discrezionalità e dunque non richiedono una particolare motivazione al di là di quella ricavabile dai criteri e principi generali che ispirano il P.R.G., salve le ipotesi in cui sussistano specifiche situazioni di affidamento qualificato del privato a una specifica destinazione del suolo, affidamento che non può discendere dalla pregressa destinazione del suolo e nemmeno dalla presenza di una mera proposta di lottizzazione.
Il cd. Piano delle Certezze si poneva rispetto al previgente P.R.G. del Comune di Roma del 1965 non già come una variante generale, ma come una forma di intervento circoscritta alle aree in quella fase individuate come soggette a pressanti esigenze di tutela paesaggistica e ambientale; di modo che si riteneva indispensabile, in funzione parzialmente anticipatoria del nuovo strumento urbanistico in itinere, modificare la destinazione di dette aree, rinviando alla definitiva approvazione del Nuovo P.R.G. le complete ed esaustive scelte di fondo sul territorio comunale. Ne discende che in alcun modo l'Amministrazione comunale poteva ritenersi vincolata, in sede di adozione del nuovo P.R.G., alle scelte effettuate col Piano delle certezze, in ragione del pacifico indirizzo secondo cui in sede di pianificazione generale ben possono essere soddisfatte, attraverso l'attribuzione di destinazioni limitative o preclusive dell'edificazione, esigenze di contenimento dell'espansione dell'abitato nonché di salva-

guardia di valori paesaggistici e ambientali, in vista del perseguimento di obiettivi di miglioramento della vivibilità del territorio comunale.
È illegittima la scelta dell'amministrazione capitolina in sede di formazione del nuovo P.R.G. di limitare l'operatività degli strumenti compensativi alle sole scelte penalizzanti contenute nel Piano delle certezze, senza estendere detto meccanismo alle scelte penalizzanti contenute nel nuovo P.R.G., trattandosi di processo pianificatorio unitario, avendo il Piano delle certezze funzione anticipatoria di scelte poi confluite nel nuovo strumento urbanistico, quanto all'individuazione di aree per le quali si ponessero esigenze di contenimento dell'edificazione e di salvaguardia paesaggistica e ambientale sostanzialmente identiche. Né all'assenza di detti strumenti perequativi possono ovviare gli innovativi istituti di perequazione urbanistica introdotti dal Nuovo P.R.G., i quali obbediscono a una finalità ben diversa da quella di compensare i proprietari di suoli incisi da previsioni più restrittive e rigorose rispetto a quelle pregresse, essendo piuttosto intesi a consentire all'Amministrazione di disporre di modalità e procedure più rapide e collaborative, rispetto alla classica espropriazione, per il reperimento di aree da destinare a opere pubbliche e di urbanizzazione. Ed invero le previsioni impositive di cessione di volumetrie e di pagamento di contributi in cambio di edificabilità sono connesse alla possibile attribuzione di volumetria edificabile ulteriore rispetto a quella riconosciuta ai suoli in via ordinaria, nonché dall'essere quest'ultima corrispondente a quella già attribuita ai medesimi suoli dai pregressi strumenti urbanistici; diversamente, se cioè le ridette previsioni si fossero accompagnate a riduzioni o azzeramenti delle pregresse capacità edificatorie dei suoli, si sarebbe trattato effettivamente di larvate forme di esproprio. In altri termini, altra è la situazione di chi, ferma restando la capacità edificatoria pregressa del proprio suolo, intenda acquisire ulteriore volumetria edificabile (ed a cui, come detto, si riferiscono le previsioni perequative de quibus); ben diversa è invece la situazione di chi abbia subito sic et simpliciter una decurtazione rispetto al passato dell'edificabilità attribuita al proprio suolo: per queste ultime fattispecie l'Amministrazione ha introdotto l'istituto della compensazione urbanistica il quale, per le ragioni sopra esposte, deve trovare applicazione a tutte le aree soggette a tale deminutio di edificabilità, indipendentemente dal momento e dall'atto con cui questa sia stata realizzata.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.1.2012, n. 58
Scelte urbanistiche - controinteressati - inconfigurabilità.
Opere di urbanizzazione secondaria - nozione.
Il principio giurisprudenziale per cui il termine per l'impugnazione degli atti amministrativi generali, che incidono sulla sfera giuridica di singoli destinatari, decorre dalla data in cui gli stessi ne abbiano avuto sicura e piena conoscenza, a nulla rilevando che tali provvedimenti siano stati assoggettati a forme di pubblicità nei confronti della generalità indistinta dei destinatari non si applica ai giudizi aventi ad oggetto la legittimità dell'atto sotto il profilo urbanistico per vicinitas non configurandosi, a fronte di una scelta urbanistica soggetti controinteressati, nemmeno tra coloro che siano destinatari di uno specifico affidamento (nella specie, stante la previa sottoscrizione di una convenzione urbanistica). Sono da considerare opere di urbanizzazione secondaria (asili, scuole materne, scuole dell'obbligo, strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturale e sanitarie, aree verdi di quartiere) solo quelle strutture - pur se costruite e/o gestite con concessione da un soggetto privato (Agenzia delle entrate, risoluzione del 12.10.2001, n. 157/E) e in via residuale destinate allo svolgimento di un'attività agonistica (risoluzione ministeriale n. 361922 del 4.11.1986) – che siano a servizio di una parte del territorio o dell'intera popolazione. Infatti, per qualificare l'impianto come impianto di quartiere, occorre che tale impianto sia destinato ad un uso pubblico, ovvero sia messo a disposizione della collettività, anche se dietro pagamento di un corrispettivo, e non sia destinato ad essere utilizzato esclusivamente o prevalentemente da particolari categorie di soggetti, come ad esempio gli iscritti a società sportive, o i tesserati federali.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 4.5.2012, n. 1260
PdC - diniego - impugnazione - sopravvenienza in corso di giudizio di variante che fa venir meno l'edificabilità - conseguenze.

Qualora durante la pendenza di un giudizio amministrativo rivolto avverso il diniego di concessione edilizia, sopravvenga un mutamento delle previsioni del piano che fa venir meno l'edificabilità della zona in cui ricade l'area del progettato intervento edificatorio, non si verifica comunque l'improcedibilità del ricorso giurisdizionale per sopravvenuto difetto d'interesse, posto che l'eventuale giudicato d'annullamento del diniego obbliga la p.a. a disporre una modifica o una deroga al piano regolatore, al fine di recuperare – in tutto o in parte – le previsioni urbanistiche sulle quali era fondata l'originaria istanza di concessione edilizia illegittimamente respinta.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 4.5.2012, n. 919
PRG - conformazione di edificazione esistente - illegittimità.
Le previsioni del piano regolatore servono a conformare l'edificazione futura e non anche le costruzioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del piano o di una sua variante; proprio per tale sua caratteristica di strumento di pianificazione il piano regolatore, nel disporre le future conformazioni del territorio, considera le sole aree libere, tali dovendosi ritenere quelle disponibili al momento della pianificazione, e ancor più precisamente quelle che non risultano già edificate (in quanto costituenti aree di sedime di fabbricati o utilizzate per opere di urbanizzazione), ovvero quelle che, nel rispetto degli standard urbanistici, risultano comunque già utilizzate per l'edificazione (in quanto asservite alla realizzazione di fabbricati, onde consentirne lo sviluppo volumetrico).

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 4.5.2012, n. 897
PdL - approvazione - in contrasto con il PRG - illegittimità.
Nell'approvazione dei piani di lottizzazione, la giunta ed il consiglio comunale non possono effettuare valutazioni che contrastino con quelle già formalizzate con il piano regolatore. Infatti, se un'area è stata da questo destinata all'edificazione, nel corso del procedimento di approvazione del piano attuativo non è giuridicamente possibile che la medesima area non vada considerata in concreto edificabile 'per ragioni ambientali e paesaggistiche', e cioè sulla base di valutazioni diametralmente opposte a quelle già poste a base dello strumento primario che ha previsto l'edificabilità sul piano urbanistico. Ove emergano le relative ragioni, può essere attivato il procedimento per la modifica del piano regolatore, ma – sul piano urbanistico - non può essere respinto il progetto di lottizzazione conforme allo strumento primario. Nel rispetto delle diverse finalità della pianificazione urbanistica, la valutazione della congruità del piano di lottizzazione deve quindi porsi in collegamento attuativo e nel rispetto funzionale delle previsioni dello strumento urbanistico di valenza generale.
La valutazione dei temi della viabilità, e quindi della sufficienza dei collegamenti esterni all'area oggetto di lottizzazione, non è un elemento da sviluppare in occasione dell'approvazione del piano di lottizzazione, che ha natura attuativa, ma deve essere contenuto, a monte, nello strumento urbanistico generale il quale, sulla base di una previsione complessiva dei temi della gestione del territorio, è il mezzo giuridico funzionalmente idoneo a dare ingresso alle tematiche della circolazione nell'ambito del territorio comunale.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 16.4.2012, n. 1123
PRG - formazione - sindacabilità - limiti - attribuzione di un indice edificatorio ad aree prive della relativa vocazione - illegittimità.
Piano attuativo - che reperisca standard per comparti vicini - illegittimità.
Non possono ricevere un indice edificatorio, neppure virtuale, aree che non sono assoggettabili a trasformazione urbanistica per natura o per regime giuridico. La giurisprudenza della Corte costituzionale in primis e poi del giudice amministrativo sono chiare, infatti, nel riconoscere che la destinazione dei terreni dev'essere decisa con riferimento principale alle caratteristiche intrinseche del bene in questione, le quali decidono della natura conformativa od espropriativa della destinazione di zona, e, nel caso di vincoli espropriativi, della quantificazione del relativo indennizzo. La possibilità di assegnare un indice virtuale solo ad aree che partecipano della trasformazione urbanistica trova la sua ragione nel fatto che sarebbe del tutto illogico assegnare una rendita urbana, qual è quella dei fondi che producono tale volumetria (c.d. fondi sorgente), ad aree che non possono, per caratteri propri, partecipare al mercato edilizio. La finalità perequativa può dunque realizzarsi solo nel caso in cui l'attribuzione di un

diritto edificatorio indipendentemente dalla destinazione d'uso sia effettuata nel rispetto della naturale vocazione edificatoria dell'area.
È illegittimo il piano attuativo che si discosti da uno dei caratteri necessari della perequazione parziale o limitata, rappresentato dalla necessità che gli oneri imposti ai proprietari siano funzionali alla soddisfazione delle esigenze del comparto (nel caso di specie l'acquisizione delle aree verdi non era funzionale alla realizzazione di servizi a favore delle aree a vocazione industriale, quanto piuttosto a fornire servizi ai cittadini delle aree residenziali esterne alla zona ed al piano attuativo).

TAR Puglia, Le, Sez. I, 12.4.2012, n. 620
Variante per impianti produttivi - presupposti - sono di stretta interpretazione.
Per costante giurisprudenza, l'art. 5, d.P.R. 447/1998 ha la portata di disposizione di natura eccezionale che rende relativi presupposti di stretta interpretazione. Ne consegue che la variante per insediamenti produttivi può essere approvata – tra l'altro- solo a seguito di una ricognizione del fabbisogno della comunità e della valutazione dell'insufficienza di aree a ciò destinate nel contesto del piano vigente.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 12.4.2012, n. 625
Varianti di recupero - per piccoli abusi in territorio rurale - illegittimità.
L'art. 29, l. 47/85, nella parte in cui comprende l'adozione e l'approvazione di varianti agli strumenti urbanistici finalizzate al recupero urbanistico degli abusi, si riferisce agli insediamenti abusivi, con ciò intendendosi i nuclei di espansione di edilizia abitativa di una certa consistenza, cui si correla la difficoltà sociale di un ripristino generalizzato, e non alle situazioni di diffusione sul territorio rurale di piccoli abusi.

TAR Liguria, Sez. I, 6.4.2012, n. 514
PTC - procedimento di approvazione - misure di salvaguardia - applicabilità.
PdC - diniego - in considerazione della sopravvenuta adozione di strumenti urbanistici - illegittimità.
Con l'art. 1 bis, d.l. 312/85 è stata operata una piena equiparazione o fungibilità – ai fini della specifica normativa d'uso - tra piani paesaggistici propriamente detti e i piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali, con conseguente applicazione delle misure di salvaguardia disciplinate dall'art. 143, co. 9, d.lg. 42/04.
È illegittimo il diniego di autorizzazione basato sul contrasto dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con le previsioni di strumenti urbanistici adottati, poiché l'art. 12 d.P.R. 380/2001 prevede la mera sospensione di ogni determinazione in ordine alla domanda.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 4.4.2012, n. 1008
P.R.G. - procedimento di formazione - partecipazione - osservazioni - nella successiva fase di approvazione - esclusione.
Perequazione urbanistica - fondamento.
Nel procedimento di formazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, la pubblicazione è finalizzata alla presentazione delle osservazioni da parte degli interessati al progetto di piano adottato dal Comune ma, di regola, non è richiesta per le successive fasi del procedimento, anche se il piano originario risulti modificato a seguito dell'accoglimento di talune osservazioni, se non quando l'accoglimento delle osservazioni abbia comportato una profonda deviazione dai criteri posti a base del piano stesso.
L'istituto perequativo della cessione di aree, pur in assenza di una specifica previsione normativa, trova il suo fondamento in due pilastri fondamentali del nostro ordinamento, e cioè nella potestà conformativa del territorio di cui è titolare l'Amministrazione nell'esercizio della propria attività di pianificazione e, al contempo, nella possibilità di utilizzare modelli consensuali per il perseguimento di finalità di interesse pubblico, secondo quanto previsto dagli artt. 1, co. 1-bis e 11, l. 241/1990.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 29.3.2012, n. 570
Perequazione urbanistica - nozione.
La perequazione urbanistica consiste nell'attribuire un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio, prescindendo dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà e dall'imposizione di vincoli d'inedificabilità ai fini di dotazione di spazi da riservare alle opere collettive. I lotti ricompresi nei comparti entro cui si applica la perequazione assumono una duplice caratteristica: hanno, globalmente, una capacità edificatoria determi-

nata e, nel contempo, devono assolvere l'onere di reperire gli spazi necessari per le attrezzature pubbliche e le altre infrastrutture. Il risultato finale è che tutti i proprietari (compresi i titolari dei lotti che dovranno essere successivamente ceduti all'amministrazione) si troveranno a beneficiare pro quota della potenzialità volumetrica complessivamente assegnata al comparto sotto forma di indice territoriale (riferito pertanto all'intero comparto e non ai singoli lotti).

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 26.3.2012, n. 2877

P.R. - natura giuridica - conseguenze - termine per l'impugnazione.

P.R. - approvazione - competenza.

P.R. - approvazione - presupposti - preesistenza dei fabbricati da recuperare - necessità.

I piani di recupero di cui agli artt. 28 e 30 della l. 457/1978 sono strumenti urbanistici attuativi e, come tali, non hanno natura meramente programmatica e implicano obblighi (ad effetto immediato) di trasformazione edilizia ed urbanistica per i proprietari e per il Comune, di talché vale per essi il principio per cui il termine di impugnazione da parte dei soggetti non direttamente contemplati dall'atto (quali i confinanti) decorre dalla data di pubblicazione della delibera comunale di approvazione definitiva.

È legittima l'approvazione di un piano di recupero attuativo di una disposizione di PRG, relativa ad un singolo immobile, ad opera della Giunta e non del Consiglio Comunale. L'art. 42, co. 2, TUEL, invero, nel riservare alla competenza consiliare i piani territoriali ed urbanistici, intende riferirsi ai soli atti fondamentali, mentre per quelli valore attuativo delle determinazioni consiliari opera la competenza residuale della Giunta ai sensi del successivo art. 48.

Il piano di recupero, come indica la stessa denominazione e come si ricava dal complesso della normativa di riferimento, è teleologicamente volto ad operazioni di recupero urbanistico o edilizio, con la conseguenza che esso presuppone la preesistenza dei fabbricati da recuperare, con i connessi limiti anche sotto il profilo degli incrementi volumetrici.

T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bz, 21.3.2012, n. 107

Pianificazione - mediante accordi sostitutivi di provvedimento - possibilità - esclusione.

Fermo che il piano di recupero può prevedere aree per la localizzazione di opere ed impianti pubblici e che esso dà la possibilità di procedere in modo coattivo, è illegittima la disposizione dello stesso che demandi ad una futura convenzione con privati l'individuazione del percorso di una pista ciclabile da realizzare sulle proprie aree e a proprie spese, per giunta subordinando alla stipula della convenzione medesime il rilascio delle concessioni edilizie nel comparto. Operando in tal modo si realizzerebbe infatti un esproprio senza indennizzo, senza tralasciare che per gli atti di pianificazione è espressamente escluso il ricorso allo strumento contrattuale sostitutivo di provvedimenti amministrativi discrezionali.

TAR Umbria, Sez. I, 9.3.2012, n. 74

N.T.A. - natura giuridica - è quella dei regolamenti indipendenti - conseguenze.

La natura regolamentare delle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale non è di per sé sufficiente a determinarne la caducazione una volta che siano abrogati i precetti di legge dai quali essi traggono origine. Il rapporto in cui le stesse si collocano rispetto alla legge, non è infatti analogo a quello che caratterizza i regolamenti di esecuzione ma a quello che qualifica i regolamenti cd. indipendenti, che continuano ad avere vigore sino alla loro abrogazione espressa o tacita con disposizioni di analogo rango o portata.

TAR Basilicata, Sez. I, 28.2.2012, n. 98

Piano di lottizzazione - termine di efficacia.

Il piano di lottizzazione, come tutti gli strumenti urbanistici di natura attuativa e/o esecutiva, ha efficacia decennale, fermo l'obbligo - a tempo indeterminato- di osservare nelle costruzioni di nuovi edifici e nella modificazione di quelli esistenti gli allineamenti e le prescrizioni di zona, tra cui rientra anche il dimensionamento dei cd. standard urbanistici, ferma la decadenza dei vincoli destinati all'espropriazione.

TAR Toscana, Sez. III, 17.2.2012, n. 360

Piano di recupero - impugnazione - legittimazione - criterio della *vicinitas*.

In tema di legittimazione ad impugnare, il criterio della vicinitas è applicabile ad ogni attività di trasformazione del territorio, comprese quelle previste nel piano di recupero. In particolare, il possesso del titolo di legittimazione alla pro-

posizione del ricorso per l'annullamento di una concessione edilizia, che discende dalla c.d. vicinitas, cioè da una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione atteso che l'esistenza della suddetta posizione legittimante abilita il soggetto ad agire per il rispetto delle norme urbanistiche, che assuma violate, a prescindere da qualsiasi esame sul tipo di lesione, che i lavori in concreto gli potrebbero arrecare.

TAR Liguria, Sez. I, 13.2.2012, n. 274

Scelte urbanistiche - premialità - connessa al risanamento di zone industriali dismesse - legittimità.

Scelte urbanistiche - attribuzione di una minima capacità edificatoria a tutti i suoli - legittimità.

Perequazione urbanistica - fondamento.

Destinazione di un'area a servizi pubblici - con configurazione di un potere espropriativo per lungo tempo - e attribuzione al proprietario del potere di vendere ordinari diritti edificatori - legittimità.

***Standard* - determinazione - merito amministrativo.**

P.E.R.P. - scadenza - introduzione di norme favorevoli all'urbanizzazione privata - illegittimità.

È legittimo il meccanismo di pianificazione che permette di acquistare diritti edificatori rinvenienti dalla demolizione dei fabbricati industriali ormai inutilizzati, per utilizzarli in aree più centrali e pregiate: in tali ipotesi, infatti, l'equilibrio tra le differenti situazioni soggettive si forma con lo scambio economico, e l'interesse pubblico va individuato nella realizzazione con capitali privati di alcuni fini avuti di mira dallo strumento, quali il risanamento delle zone industriali dismesse.

È legittimo il meccanismo di pianificazione che permette l'attribuzione di una minima capacità edificatoria a tutti i suoli ubicati nel territorio comunale, escludendo dalla possibilità di aumentare il valore dei fondi solo quei sedimi che sono in qualche modo inidonei allo sfruttamento. Invero, l'applicazione del criterio perequativo elide taluna delle più importanti situazioni di disuguaglianza del sistema tradizionale, che permetteva a taluno di realizzare imponenti guadagni, assicurando ad altri proprietari solo lo sfruttamento agricolo dei beni di proprietà. Detta metodologia, pur non assicurando la giustizia perfetta è probabilmente non deteriore rispetto alla zonizzazione a cui vincolava la stretta interpretazione della l.u..

In materia di fondamento legislativo delle scelte urbanistiche volte alla perequazione urbanistica v'è da osservare che la l.u. non può più essere oggetto di una lettura formale o letterale, proprio in considerazione della distanza temporale intercorsa dalla sua introduzione, ed ancor più del mutamento radicale intervenuto e testimoniato dall'evoluzione normativa in materia di pianificazione attuativa. È infatti noto che dal dopoguerra le finanze comunali non sono state all'altezza delle aspettative del legislatore del 1942, per cui gran parte dell'urbanizzazione è derivata dalle convenzioni lottizzatorie, così che il provvedimento amministrativo è derivato dalla rimodulazione dell'interesse pubblico dopo un confronto con quello dei privati. Il provvedimento amministrativo perde così la funzione originaria legata al momento della decisione autoritativa, per divenire la sede dell'intermediazione tra gli interessi privati, all'interno di uno scenario definito dai limiti massimi e minimi di edificabilità previsti dal piano.

È legittima la destinazione di un'area a servizi pubblici con configurazione per tali sedimi di una possibilità espropriativa a lunga distanza di tempo e con contestuale attribuzione di diritti edificatori suscettibili di cessione.

La determinazione degli standard rientra nell'esplicazione di una funzione di merito, come tale riservata all'amministrazione e non sindacabile se non per totale illogicità.

L'intervenuta scadenza di un piano per l'edilizia residenziale pubblica preclude di sostituire le prescrizioni a suo tempo introdotte con norme favorevoli all'urbanizzazione privata. Diversamente si darebbe una dequotazione dell'investimento pubblico effettuato, che porterebbe ad una commistione tra tipologie di pianificazione che le norme vigenti non ammettono.

TAR Veneto, Sez. II, 25.1.2012, n. 33

Convenzione urbanistica - obblighi del privato - determinazione - ipotesi.

Convenzione urbanistica - obbligo del privato di realizzare un'opera di urbanizzazione - possibilità di esecuzione in economia - esclusione.
Convenzione urbanistica - inadempimento - conseguenze.
Una convenzione urbanistica ben può decidere la realizzazione di opere di rilievo urbanistico, anche non funzionali esclusivamente all'intervento permesso ai privati, ovvero può concordare il trasferimento della proprietà di beni: e ciò sia in sostituzione parziale o totale degli oneri d'urbanizzazione, sia quale strumento perequativo.
Ove una convenzione urbanistica imponga la realizzazione di un'opera d'urbanizzazione, individuando altresì l'esborso economico corrispondente quale limite dell'onere economico privato, l'obbligata non può pretendere di realizzare direttamente l'opera, e di trarne addirittura un utile d'impresa, sovrapponendo la qualità di committente e quella di esecutore. In caso di inadempimento da parte del privato all'obbligo di realizzare le opere di urbanizzazione in esecuzione di una convenzione urbanistica il comune non può attivare un procedimento espropriativo ibrido, dovendo, in esecuzione dell'art. 11, l. 241/90, applicare i princìpi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti e, dunque, le norme in tema di esecuzione coattiva delle intese, materia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, co. 1, lett. a), n. 2, c.p.a., ferma la possibilità di risolvere l'accordo con esercizio degli ordinari poteri ablatori.

TAR Sardegna, Sez. I, 10.1.2012, n. 13
Aree da destinare ad alloggi di E.R.P. - diritto di superficie - cessione - costo - ricomprende anche le spese per l'acquisizione mediante fatti civilisticamente illeciti - esclusione.
L'art. 35, co. 12, l. 865/1971 esprime il principio generale secondo cui il prezzo per la cessione del diritto di superficie sulle aree da destinare alla realizzazione di alloggi di E.R.P. deve assicurare la copertura delle spese sostenute dal comune o dal consorzio per l'acquisizione delle aree comprese nel relativo piano attuativo e di quelle relative alle opere di urbanizzazione. Tuttavia la determinazione del prezzo a carico del concessionario non può modularsi sul costo di acquisizione delle aree attraverso un fatto civilisticamente illecito. Il principio dell'integrale copertura dei costi di acquisto delle aree è quindi espressione di una garanzia economica nei confronti dell'ente procedente, ma contiene in sé anche un principio di garanzia giuridica verso il beneficiario, che è tenuto verso il Comune nei soli limiti impostigli dalla legge e dal corretto comportamento dell'amministrazione, legato alla corretta acquisizione delle aree nel rispetto della procedura espropriativa prevista dalla legge.

«::::::::: GA :::::::::»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 18.5.2012, n. 2915
PdC - provvedimento di decadenza - natura - effetti.
PdC - termine di finale efficacia - consumazione - istanza di proroga - indefettibilità.
PdC - termine iniziale di efficacia - consumazione - presupposti.
La pronuncia di decadenza del titolo edilizio è espressione di un potere strettamente vincolato; ha una natura ricognitiva, perché accerta il venir meno degli effetti del titolo edilizio in conseguenza dell'inerzia del titolare, ovvero della sopravvenienza di una nuova e diversa strumentazione edilizia, e assume pertanto decorrenza ex tunc. Il termine di durata del titolo edilizio non può mai intendersi automaticamente sospeso, essendo al contrario sempre necessaria, a tal fine, la presentazione di una formale istanza di proroga, cui deve comunque seguire un provvedimento da parte della stessa Amministrazione che ha rilasciato il titolo edilizio e che accerti l'impossibilità del rispetto del termine ab origine fissato, e solamente nei casi in cui possa ritenersi sopravvenuto un factum principis, ovvero l'insorgenza di una causa di forza maggiore.

L'inizio dei lavori idoneo ad impedire la decadenza della concessione edilizia può ritenersi sussistente quando le opere intraprese siano tali da evidenziare l'effettiva volontà da di realizzare il manufatto l'opera, non essendo a ciò sufficiente il semplice sbancamento del terreno e la predisposizione degli strumenti e materiali da costruzione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.4.2012, n. 2471
PdC - rinnovo - completamento delle opere precedentemente assentite - contributo di costruzione – duplicazione - illegittimità.
Nell'ipotesi di rilascio di nuovo permesso di costruire a seguito della decadenza di quello originario ex art. 15, co. 3, d.P.R. 380/2001, poiché il nuovo provvedimento abilitativo ha ad oggetto solo il completamento dell'opera e gli oneri relativi sono stati già integralmente pagati in sede di rilascio del primo titolo autorizzativo, è illegittima la duplicazione dei contributi di costruzione, salvo che le opere assentite col secondo permesso comportino un mutamento di destinazione d'uso ovvero una variazione essenziale del manufatto con passaggio da una categoria urbanistica ad altra funzionalmente autonoma.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.4.2102, n. 2185
Parcheggi in deroga - assentibilità - presupposti.
La deroga alla disciplina urbanistica prevista dall'art. 9, l. 122/1989, opera solo per i parcheggi da destinare a pertinenza di singole unità immobiliari che siano realizzati integralmente nel sottosuolo degli immobili (ovvero nei locali siti a piano terra degli stessi) mentre la realizzazione di autorimesse e parcheggi, non totalmente al di sotto del piano naturale di campagna, è soggetta alla disciplina urbanistica dettata per le ordinarie nuove costruzioni fuori terra.
L'art. 9, l. 122/1989, nel consentire la costruzione di parcheggi, da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, nel sottosuolo degli immobili o nei locali siti al piano terreno anche in deroga alla vigente disciplina urbanistica, necessariamente fa implicito riferimento ai soli fabbricati già esistenti e non anche le concessioni edilizie rilasciate per realizzare edifici nuovi, per i quali invece provvede il precedente art. 2, co. 2 che, nel novellare l'art. 41 sexies, l. 1150/1942 stabilisce l'obbligo di riservare appositi spazi per parcheggi di misura non inferiore a 1 mq per ogni 10 mc di costruzione.

Consiglio di Stato, Sez.IV, 15.3.2012, n. 1449
Vincolo di destinazione alberghiera - natura necessariamente temporanea.
L'apposizione di un vincolo di destinazione d'uso alberghiero in tanto è costituzionalmente compatibile in quanto non sia destinato a perpetuarsi indefinitamente nel tempo. È quindi illegittima la disciplina di piano che impedisca espressamente e definitivamente qualsiasi mutamento di destinazione d'uso.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.2.2012, n.616
Convenzioni urbanistiche - g.e. - sussiste.
Convenzione urbanistica - esatto adempimento - potere di controllo del Comune – prescrizione - decorrenza.
Convenzione urbanistica - stipula - disciplina ministeriale relativa al costo di costruzione – derogabilità.
Le controversie in materia di convenzioni urbanistiche appartengono alla giurisdizione esclusiva, giusto il disposto dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 2, c.p.a.. Detta disposizione si applica anche ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova legge, giusto il disposto dell'art. 5 c.p.c., fermo, per il periodo precedente all'entrata in vigore del c.p.a., l'art. 11, l. 241/90. L'esercizio da parte del Comune del potere di controllo dell'adempimento del privato agli obblighi assunti con la sottoscrizione di una convenzione urbanistica è sottoposto al termine decennale di prescrizione, decorrente dalla data di cessazione della durata della convenzione, ovvero, se anteriore, da quello di esaurimento dell'efficacia della medesima.
Ben possono le parti, in sede di stipula di una convenzione urbanistica, derogare alla disciplina del costo di costruzione posta dal d.m. 891/1977.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.1.2012, n. 53
Principio di prevenzione - in caso di sopraelevazione - corollari.
La corretta applicazione dei principi civilistici in materia di distanza tra edifici, richiamati dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore, involge anche quello di prevenzione. Detto principio, in caso di sopraelevazione, comporta che mentre il preveniente deve attenersi, nella prosecuzione in altezza del fabbri-

cato, alla scelta operata originariamente, di guisa che ogni parte dell'immobile risulti conforme al criterio di prevenzione adottato sulla base di esso, a ciò non può frapporre ostacoli il confinante (prevenuto) che, se a sua volta abbia costruito in aderenza fino all'altezza inizialmente raggiunta dal preveniente, ha diritto di sopraelevare soltanto sul confine, ovvero a distanza da questo (e, quindi, dalla eventuale sopraelevazione del preveniente) pari a quella globale minima di legge o dei regolamenti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.1.2012, n. 26
PdC - diniego - in caso di lotto intercluso - ove vi sia la necessità di armonizzare il preesistente aggregato abitativo - legittimità.
Pur in presenza di un avanzato stato di urbanizzazione, non può escludersi l'esistenza in capo all'Amministrazione di un apprezzamento tecnico discrezionale volto a richiedere la predisposizione di un preventivo piano esecutivo, al fine di un armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, allo scopo di potenziare le opere di urbanizzazione già esistenti.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 4.5.2012, n. 746
Standard - monetizzazione - mancato versamento - conseguenze.
La monetizzazione è la facoltà di chiedere di corrispondere all'amministrazione, in alternativa alla dotazione di standard, una somma commisurata al valore economico dell'area da acquisire; con la conseguenza che il mancato versamento di quanto dovuto al fine del rispetto della dotazione di standard legittima l'esercizio del potere di vigilanza ex art. 27 d.P.R. 380/2001.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 10.4.2012, n. 597
Volumi costruiti al di sotto del piano di campagna - computo - esclusione.
Salvo che non vi siano esplicite disposizioni in contrario, i volumi costruiti al di sotto dell'originario piano di campagna non incidono sulla volumetria consentita solo ove il piano di campagna non venga definitivamente alterato dalla costruzione. L'interramento, dunque, deve intendersi riferito all'originario piano di campagna e non certamente a quello artificiale conseguente a consistenti reinterri.

TAR Campania, Na, Sez. II, 6.4.2012, n. 1692
PdC - diniego - in ipotesi di livello intermedio di urbanizzazione - illegittimità.
Nelle ipotesi in cui ricorrano delle situazioni intermedie, non necessariamente identificabili né sovrapponibili con le fattispecie di lotto intercluso oppure con altre similari, nelle quali l'area interessata dall'intervento risulta solo in parte edificata e parzialmente asservita da opere di urbanizzazione, l'amministrazione non può invocare a fondamento del diniego di permesso di costruire la sola mancanza del piano attuativo, dovendo congruamente evidenziare e motivare quali siano le concrete e ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione stregua della normativa sugli standards urbanistici di cui al combinato disposto del d.m. 2.4.1968 n. 1444 e dell'art. 17, l.765/1967, con riguardo all'intero comprensorio che dagli strumenti attuativi dovrebbe essere disciplinato in modo omogeneo.

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 30.3.2012, n. 3065
PdC - annullamento in autotutela parziale - potere - esclusione.
In sede di autotutela l'amministrazione non ha la possibilità di disporre l'annullamento parziale di un permesso di costruire volto alla realizzazione di un complesso immobiliare comprendente più corpi di fabbrica diversi e funzionalmente collegati, non avendo alcun potere di rielaborare il progetto, trattandosi di valutazioni e di scelte rimesse in via esclusiva all'autonomia privata (nella specie è stata così accertata la legittimità dell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire per opere da realizzarsi su area solo parzialmente interessate da vincoli archeologici).

TAR Lazio, Sez. I *quater*, 26.3.2012, n. 2832
Mutamento di destinazione d'uso - in zona A - PdC – necessità.
Il mutamento di destinazione d'uso da residenza a studio privato in zona A di PRG abbisogna di permesso di costruire.

TAR Campania, Na, Sez. IV, 20.3.2012, n. 1371
Tettoie - PdC - necessità - casistica.
Le tettoie aperte su tre lati ed addossate ad un edificio principale, se di dimensioni e caratteristiche costruttive non particolarmente impattanti, costituiscono pertinenze dell'edificio cui accedono. Dette strutture possono infatti ritenersi

liberamente edificabili qualora la loro conformazione e le loro ridotte dimensioni rendano evidente e riconoscibile la loro finalità di arredo, riparo o protezione, anche da agenti atmosferici, e quando, per la loro consistenza, possano ritenersi assorbite, ovvero ricomprese in ragione della loro accessorietà, nell'edificio principale o nella parte dello stesso cui accedono (nella specie è stata ritenuta illegittima l'ordinanza di demolizione di una tettoia eretta su di una preesistente terrazza, estesa circa 17 metri quadrati, costituita da profilati di ferro, fissata al suolo con un solo pilastrino e, per il resto, direttamente ancorata al muro retrostante, aperta su tre lati, coperta da semplici lamiere coibentate non calpestabili da persone senza provocarne lo sfondamento).

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 9.3.2012, n. 245
Opere di urbanizzazione - trasferimento al Comune - obbligo *ex lege* - sussiste - conseguenze.
Il trasferimento della proprietà delle opere di urbanizzazione in capo al comune costituisce un'obbligazione ex lege - inderogabile e indisponibile per le parti della convenzione di lottizzazione in base alla quale le opere stesse sono state realizzate -, ex art. 28, l. 1150/1942. La gestione di esse per mezzo di privati, teoricamente concepibile, deve avvenire previo atto di concessione di pubblico servizio, contenente le regole da osservare per garantire l'ottimale soddisfacimento del servizio offerto ai cittadini.
Gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria connessi alle opere di urbanizzazione ricadono interamente sull'ente locale, una volta acquisite al suo patrimonio per cessione (previo collaudo sulla loro regolare esecuzione) da parte del lottizzante.

TAR Veneto, Sez. II, 5.3.2012, n. 299
SCIA - termine per l'esercizio del potere di controllo - scadenza - conseguenze.
Il silenzio che segue allo scadere del termine perentorio per la verifica e l'inibizione dell'attività denunciata va equiparato ad un atto tacito di diniego di provvedimento inibitorio a seguito del quale il terzo pregiudicato dispone dell'azione di annullamento a tutela dell'interesse pretensivo violato.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 2.3.2012, n. 355
Oneri di urbanizzazione - costo di costruzione - natura giuridica -fondamento.
Il contributo per oneri di urbanizzazione è un corrispettivo di diritto pubblico, di natura non tributaria, posto a carico del costruttore a titolo di partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione in proporzione all'insieme dei benefici che la nuova costruzione ne ritrae.
Il fondamento del contributo di urbanizzazione - da versare al momento del rilascio di una concessione edilizia - non consiste nell'atto amministrativo in sé bensì nella necessità di ridistribuire i costi sociali delle opere di urbanizzazione, facendoli gravare sugli interessati che beneficiano delle utilità derivanti dalla presenza delle medesime, secondo modalità eque per la comunità. I costi di costruzione rappresentano una compartecipazione comunale all'incremento di valore della proprietà immobiliare del costruttore a seguito della nuova edificazione. L'obbligazione contributiva per costo di costruzione, dunque, è acausale ed appare soffermarsi sulla produzione di ricchezza connessa all'utilizzazione edificatoria del territorio ed alle potenzialità economiche che ne derivano e, pertanto, ha natura essenzialmente paratributaria.

TAR Lazio, Sez. I *Quater*, 27.2.2012, n. 1962
SCIA - scadenza del termine per l'esercizio dei poteri di controllo - non impedisce l'esercizio dei poteri sanzionatori.
Nel procedimento di denuncia di inizio di attività la scadenza del termine perentorio di trenta giorni, previsto dall'art. 23 d.P.R. 380/01, pur precludendo all'amministrazione il controllo a fini inibitori, non impedisce alla stessa di verificare se le opere possono essere realizzate sulla base della denuncia stessa e, nell'ipotesi negativa, di esercitare i conseguenti poteri di vigilanza e sanzionatori previsti dall'ordinamento.

TAR Molise, Sez. I, 17.2.2012, n. 33
Ristrutturazione edilizia - mediante demolizione e ricostruzione - corrispondenza di sagoma e volume - necessità - sussiste.
Con riferimento alla ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione, anche successivamente alla novella di cui all'art. 1, d.lg. 301/2001, non sono venuti a cessare i limiti che ne condizionano le caratteristiche e consentono di distinguerla dall'intervento di nuova costruzione, essendo sempre necessario che la

costruzione corrisponda quantomeno nel volume e nella sagoma, al fabbricato demolito.

TAR Campania, Sa, Sez. II, 10.2.2012, n. 188
PdC - decadenza - per mancata inizio lavori - nel caso di sospensione disposta dal Comune - va esclusa.
Il decorso del termine annuale di decadenza del titolo edilizio presuppone l'efficacia del titolo stesso, con l'effetto che la sospensione, disposta dal Comune, arresta al contempo la possibilità dell'interessato di porre in essere una legittima attività edilizia ed il procedere del tempo assegnato per darvi inizio.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 9.2.2012, n. 104
PdC - decadenza - per mancata inizio lavori - nel caso in cui sia necessaria acquisire il n.o. idrogeologico - va esclusa.
In presenza di una concessione edilizia che imponeva l'inizio dei lavori entro un anno dal rilascio, al contempo subordinando l'inizio dei lavori comportanti la mutazione dei suoli nella loro natura ivi compreso il naturale deflusso delle acque superficiali all'ottenimento del n.o. idrogeologico, l'unica interpretazione che permette di evitare l'intrinseca illogicità del provvedimento è quella di ritenere che il termine di un anno fosse sospeso sino al rilascio del n.o. idrogeologico.

TAR Lazio, Sez. II *ter*, 24.1.2012, n. 765
Ordinanza di sospensione dei lavori - sopravvenuta inefficacia - ricorso - improcedibilità.
Ordinanza di demolizione - impugnazione - successiva proposizione di istanza di condono o di accertamento di conformità - improcedibilità del primo ricorso.
PdC - sottoposto a termine - illegittimità della clausola.
PdC in precario - istanza di proroga - silenzio - valore giuridico - è di mero rifiuto.
Istanza di PdC - parere favorevole della commissione edilizia - PdC - equipollenza - esclusione.
È manifestamente improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, l'impugnazione giurisdizionale di un'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori abusivi, divenuta inefficace nel corso del giudizio per decorso del termine di 45 giorni.
La presentazione della domanda di condono o di accertamento di conformità in data successiva all'impugnazione dell'ordinanza di demolizione produce l'effetto di rendere il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, in quanto l'istanza di sanatoria comporta il riesame dell'abusività dell'opera mediante l'emanazione di un nuovo provvedimento, di accoglimento o di rigetto, che vale comunque a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'impugnativa.
La concessione edilizia temporanea può unicamente riguardare opere precarie che, per varie e diversificate ragioni, possono essere erette soltanto in alcuni periodi dell'anno o soltanto per un arco temporale limitato. Di fuori da tale ipotesi la clausola temporale non può ritenersi nulla ex artt. 1354 e 1355 c.c. per contrarietà con norme imperative ma semplicemente illegittima, con conseguente onere di immediata impugnazione.
In ipotesi di istanza di proroga di concessione edilizia in precario, il silenzio formatosi sull'istanza assume il valore di mero rifiuto.
Dopo l'entrata in vigore della l. 10/1977, il rilascio del parere favorevole della commissione edilizia comunale e la sua comunicazione non possono più essere considerati equivalenti al rilascio della concessione edilizia comunale. Detto parere, infatti, va considerato alla stregua di un atto informativo di una fase non ancora conclusa del procedimento; costituendo un atto preparatorio ed interno al procedimento amministrativo di rilascio della concessione edilizia.
La lunga durata nel tempo dell'opera priva del necessario titolo edilizio ne rafforza il carattere abusivo (trattandosi di illecito permanente), preservandosi il potere-dovere dell'amministrazione di intervenire nell'esercizio dei suoi poteri sanzionatori, senza necessità di rendere una congrua motivazione in ordine all'attualità dell'interesse pubblico alla rimozione dell'abuso, che è in re ipsa.
La legittimazione a richiedere il rilascio della concessione edilizia spetta a chiunque si trovi rispetto al bene immobile da edificare in relazione qualificata, ivi compresi i titolari di un diritto personale.
Decorso infruttuosamente il termine di novanta giorni assegnato al proprietario per la demolizione di un manufatto abusivo, l'effetto acquisitivo al patrimonio comunale si produce di dirit-

to, con conseguente carattere meramente dichiarativo e vincolato del successivo provvedimento amministrativo.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 20.1.2012, n. 210
DIA - perfezionamento - conseguenze - potere sanzionatorio - permane - previa autotutela - necessità.
Cambio di destinazione d'uso - mere opere interne - DIA - sufficienza.
Il decorso del termine previsto per la formazione dell'assenso nel procedimento a mezzo D.I.A., se preclude all'autorità comunale il ricorso allo speciale rimedio inibitorio, non esclude il ricorso agli ordinari poteri sanzionatori, previo esercizio dell'autotutela e in presenza di non conformità dell'intervento alle prescrizioni urbanistiche.
Il cambio di destinazione d'uso da esercizio commerciale a palestra realizzato mediante sole opere interne che non modificano la superficie, la cubatura e la sagoma del manufatto preesistente, né alterano il numero delle unità immobiliari, può realizzarsi sulla base di una mera D.I.A..

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 17.1.2012, n. 187
Condono edilizio - oneri concessori - determinazione - momento determinante - individuazione - competenza - legislatore regionale.
La Corte Cost., con ord. 105/2012 ha chiarito che relativamente alle normative sul condono edilizio succedutesi nel tempo non è ravvisabile un orientamento interpretativo consolidato da cui possa ricavarsi un principio fondamentale della legislazione statale secondo cui gli oneri di concessione debbano essere determinati con riferimento alle tariffe vigenti alla data di entrata in vigore della legge di sanatoria. Spetta dunque al legislatore regionale di privilegiare l'interesse pubblico all'adeguatezza della contribuzione ai costi reali da sostenere rispetto a quello, ad esso antitetico, del cittadino alla sua piena previsione dei costi al momento della formazione del consenso - ugualmente meritevole di protezione.

TAR Campania, Na, Sez. II, 11.1.2012, n. 64
PdC - diniego - motivazione - assenza piano attuativo - mancata valutazione stato di urbanizzazione - illegittimità.
La mancanza di un piano attuativo non può essere invocata ad esclusivo fondamento del diniego di concessione edilizia, dovendo viceversa l'amministrazione valutare adeguatamente lo stato di urbanizzazione già presente nella zona ed evidenziare congruamente le concrete e ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione.

TAR Lazio, Sez. II, 10.1.2012, n. 178
Certificato di agibilità - acquisizione - in caso di interventi idonei a modificare le condizioni igieniche e sanitarie preesistenti - necessità.
Enti locali - potere di controllo sulla agibilità - in caso di interventi importanti un cambiamento nell'uso degli spazi - configurabilità.
Enti locali - potere di controllo sulla agibilità - in caso di rilascio del certificato per implicito - sussiste.
L'ambito di operatività del certificato di agibilità disciplinato dagli artt. 24 e 25 T.U. ed. risulta più esteso rispetto al passato, essendo richiesto non solo per i nuovi organismi edilizi, ma anche per gli interventi eseguiti sugli stessi che possiedano l'attitudine a modificare le condizioni igieniche e sanitarie preesistenti. Ai fini dell'accertamento dell'agibilità di un edificio ciò che rileva non è tanto la qualificazione giuridica dell'intervento (ristrutturazione, restauro o risanamento conservativo, oppure manutenzione straordinaria o realizzazione di sole opere interne), quanto piuttosto la qualità e l'entità dell'intervento, nonché i suoi riflessi sulla condizione di salubrità della costruzione o di sue parti. Il certificato di agibilità è dunque necessario per tutti gli organismi edilizi destinati a un utilizzo che comporti la permanenza dell'uomo che può risolversi sia nel soggiorno prolungato, com'è per le abitazioni, sia nella semplice frequentazione, com'è per l'immobile destinato a un'attività produttiva, che deve comunque essere di durata tale da richiedere la presenza di condizioni minime di igiene e salubrità. In base a quanto previsto dagli artt. 24 e 25 T.U. ed., il certificato di abitabilità delle costruzioni costituisce un'attestazione da parte dei competenti uffici tecnici comunali in ordine alla sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità e risparmio energetico degli edifici e degli impianti tecnologici in essi installati, alla stregua della normativa vigente. Ne deriva la legittimità, in via generale, dello svolgimento da parte degli organi comunali competenti di ogni indagine utile al fine di effettuare una con-

sapevole valutazione sulla sussistenza delle surriferite condizioni, soprattutto quando in un edificio siano state realizzate modifiche strutturali, che implicano anche un cambiamento dell'uso degli spazi. Il Comune non perde, neppure per l'ipotesi di rilascio implicito del certificato di agibilità ovvero per effetto di condono, il potere-dovere di verificare la sussistenza effettiva di dette condizioni di salubrità e di intervenire laddove siano riscontrate carenze.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 10.1.2012, n. 16

Istanza di condono - accoglimento per *silentium* - presupposti.

Condono edilizio - diritto al conguaglio dell'oblazione - prescrizione - decorrenza - dal momento della presentazione dell'istanza completa di tutta la documentazione richiesta - richieste istruttorie strumentali - irrilevanza.

Condono edilizio - potere di riscossione del contributo di concessione - prescrizione - decorrenza - dalla formazione del titolo.

Differenziandosi il tacito accoglimento della domanda di condono dalla decisione esplicita solo per l'aspetto formale, la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di sanatoria degli abusi edilizi richiede, quale presupposto essenziale, oltre al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che siano stati integralmente assolti dall'interessato gli oneri di documentazione (che si risolvono evidentemente nella sussistenza del requisito sostanziale), relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'Amministrazione comunale. Il dies a quo del termine prescrizionale per l'esercizio del diritto al conguaglio dell'oblazione (e non degli oneri accessori) relativa all'istanza di condono edilizio decorre dalla presentazione della domanda di concessione in sanatoria ovvero dalla integrazione della documentazione da allegare alla domanda, e non dal provvedimento comunale che conclude il procedimento di condono edilizio ovvero dalla maturazione del silenzio assenso. È da escludere che l'amministrazione possa impedire l'estinzione del proprio diritto di credito invocando pretestuose omissioni documentali e la rilevanza della documentazione richiesta e delle conseguenti integrazioni istruttorie deve essere verificata in relazione alla necessità della sua acquisizione, ai fini della corretta e definitiva determinazione dell'entità dell'oblazione. Il termine per la prescrizione (decennale) per la riscossione del contributo di concessione dovuto decorre dall'emanazione della concessione edilizia in sanatoria o, in alternativa, dalla scadenza del termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, o dalla data nella quale viene depositata la documentazione completa a corredo della domanda di concessione.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 10.1.2012, n. 15

Lotto intercluso - configurabilità - presupposti.

PdC - diniego - lotto intercluso - ove vi sia la necessità di armonizzare il preesistente aggregato abitativo - legittimità.

Piano esecutivo - surrogabilità con l'imposizione di opere di urbanizzazione col rilascio del PdC - esclusione.

Si realizza la fattispecie che prende il nome di lotto intercluso allorquando l'area edificabile di proprietà del richiedente: a) sia l'unica a non essere stata ancora edificata; b) si trovi in una zona integralmente interessata da costruzioni; c) sia dotata di tutte le opere di urbanizzazione (primarie e secondarie), previste dagli strumenti urbanistici; d) sia valorizzata da un progetto edilizio del tutto conforme al p.r.g.. Inoltre: a) la valutazione circa la congruità del grado di urbanizzazione è rimessa all'esclusivo apprezzamento discrezionale del comune; b) il comune, ove intenda rilasciare il titolo edilizio, deve compiere una penetrante istruttoria per accertare che la pianificazione esecutiva: I) non conservi una qualche utile funzione, anche in relazione a situazioni di degrado che possano recuperare margini di efficienza abitativa, riordino e completamento razionale; II) non sia in grado di esprimere scelte programmatorie distinte rispetto a quelle contenute nel p.r.g.; c) incombe sul comune l'obbligo di puntuale motivazione solo nell'ipotesi in cui venga rilasciato il permesso di costruire, essendo in caso contrario sufficiente il richiamo alla mancanza del piano attuativo; d) l'equivalenza fra pianificazione esecutiva e stato di sufficiente urbanizzazione della zona ai fini del rilascio del titolo edilizio non opera nel procedimento di formazione del silenzio assenso sulla domanda di costruzione. L'esigenza di un piano esecutivo, quale presupposto per il rilascio della concessione edilizia,

s'impone anche al fine di un armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, allo scopo di potenziare le opere di urbanizzazione già esistenti e, quindi, anche alla più limitata funzione di armonizzare aree già compromesse ed urbanizzate, che richiedano una necessaria pianificazione della «maglia».

L'assenza del piano attuativo non è surrogabile con l'imposizione di opere di urbanizzazione all'atto del rilascio del titolo edilizio: invero, l'obbligo dell'interessato di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione è idoneo a sopperire solo alla mancanza fisica e materiale di tali opere ma non è in grado di colmare l'assenza dello strumento esecutivo.

«::::::::: GA :::::::::»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.5.2012, n. 2592
Denunce circostanziate e documentate - obbligo di provvedere della PA. - sussiste.
L'Amministrazione in ipotesi di segnalazioni sottoscritte, circostanziate e documentate, ha l'obbligo di attivare un procedimento di controllo e verifica dell'abuso della cui conclusione deve restare traccia, sia essa nel senso dell'esercizio dei poteri sanzionatori, che in quella della motivata archiviazione, dovendosi in particolare escludere che la ritenuta mancanza dei presupposti per l'esercizio dei poteri sanzionatori possa giustificare un comportamento meramente silente.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.2012, n. 2450
PdC - per attività di spargimento di ghiaia - necessità.
Condono - esistenza dell'immobile al momento del rilascio - necessità.
Anche l'attività di spargimento di ghiaia su di un'area che ne era precedentemente priva, è soggetta a concessione edilizia, allorché appaia preordinata alla modifica della precedente destinazione d'uso (nel caso di specie da agricola a piazzale di sosta e ricovero di autoveicoli).
Presupposto fattuale indispensabile per l'accoglimento della domanda di condono è la esistenza del manufatto abusivo, non solo al momento della domanda di condono, ma anche al momento del rilascio della concessione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.3.2012, n. 1374
Lottizzazione negoziale - configurabilità - mero frazionamento contrattuale - sufficienza - esclusione.
Lottizzazione abusiva - garanzie partecipative - indefettibilità.
Può configurarsi la lottizzazione negoziale in ipotesi di frazionamento contrattuale di un vasto terreno con la creazione di lotti sufficienti per la costruzione di un singolo edificio, purché l'ente locale valuti la sussistenza di una serie di ulteriori elementi indiziari quali le dimensioni e il numero dei lotti, la natura del terreno, l'eventuale revisione di opere di urbanizzazione e la loro destinazione a scopo edificatorio.
L'individuazione della lottizzazione abusiva presuppone l'accertamento di una serie di elementi ed implica indagini complesse che impongono la necessaria partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.2.2012, n. 683
Diniego di condono - per immobile avente destinazione d'uso diversa da quella di cui alla richiesta - legittimità.
Condono edilizio - ultimazione delle opere - nozione.
È legittimo il diniego di condono edilizio per un immobile avente una destinazione d'uso diversa da quella richiesta, a nulla rilevando la concreta utilizzazione alla quale sia stato adibito l'immobile abusivo prima del condono. Ed invero la sanatoria prevista dalla l. 47/85 ha carattere generale (salvo i vincoli di inedificabilità di cui all'art. 33) e non può escludersi per una specifica destinazione d'uso (la quale, se in atto insussistente o non conforme alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, incide soltanto sulla misura dell'oblazione da versare), salvo la mancanza di un'oggettiva conformazione strutturale dell'immobile coerente con l'uso per il quale è stata avanzata domanda. Ai fini dell'ottenimento del condono edilizio ex art. 31 l. 47/85, l'ultimazione delle opere edilizie abusive entro la data del 1.10.1983 va intesa nel senso che s'intendono così ultimati solo quegli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e venga completata la copertura , ovvero, qualora si

tratti di opere interne o di opere non destinate ad uso residenziale, solo quando esse siano state funzionalmente completate, di talché non sono condonabili quelle opere che, alla data predetta, non abbiano alcun elemento d'identificazione della loro destinazione ad uso abitativo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.3.2012, n. 578

Istanza di condono - silenzio assenso - formazione - incompletezza documentale - esclusione - strumentalità della richiesta di integrazione documentale - irrilevanza.

È da escludersi la formazione del silenzio assenso su un'istanza di condono ove la domanda di sanatoria sia incompleta, avendo il privato adempiuto solo parzialmente alla richiesta di integrazione documentale (avente nella specie ad oggetto il deposito del calcolo delle superfici e del volume abusivo, di una perizia giurata (ove l'opera superasse i 450 mc.) e un certificato attestante l'idoneità sismica delle opere eseguite). La strumentalità (o non indispensabilità) delle richieste di integrazione documentale a fronte della presentazione di una domanda di condono edilizio incompleta deve essere dedotta con apposito giudizio, avendo dette note valore provvedimentale.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 9.5.2012, n. 2137

Ordine di ripristino - istanza *ex* art. 33 TU ed. diniego - comunicazione dei motivi ostativi - obbligo.

È illegittimo per omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, il diniego opposto dalla P.A. all'istanza ex art. 33 T.U.ed. avanzata dal privato a seguito di un ordine di ripristino; né può considerarsi equipollente alla comunicazione la preventiva audizione del tecnico di parte.

TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 30.4.2012, n. 146

Diniego di agibilità - in considerazione della pendenza di un procedimento sanzionatorio - illegittimità.

Di per sé, la mera pendenza di un procedimento sanzionatorio non è ostativa al rilascio dell'agibilità, a meno che non si ravvisino differenze tra l'autorizzato (o il dichiarato) ed il realizzato.

TAR Piemonte, Sez. II, 11.4.2012, n. 433

Diniego di condono - in relazione all'esistenza di vincoli ambientali - per intervento minore - illegittimità

È illegittimo il diniego di condono edilizio motivato in relazione alla sottoposizione dell'area a vincolo idrogeologico poiché secondo un costante indirizzo giurisprudenziale nelle aree sottoposte a vincolo idrogeologico, ambientale e paesistico, possono ottenere la sanatoria solo gli interventi edilizi di minore rilevanza - di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria - e sempre previo parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela.

TAR Toscana, Sez. III, 8.3.2012, n. 436

Condono edilizio - zona vincolata - è limitato agli abusi formali.

Condono edilizio - rilasciato per *silentium* – l.reg. Toscana 23/04 - esclusione.

Condono edilizio - formazione per *silentium* – in mancanza di n.o. - esclusione.

Ai sensi dell'art. 2, co. 5, lett. a, l.reg. 1/2005 e dell'art. 32, co. 27, lett. d, l. 326/2003, le opere abusive ricadenti in zona vincolata sono condonabili solo se costituenti abuso formale, cioè privo del preventivo titolo edilizio ma conforme alle prescrizioni urbanistiche. La l.reg. Toscana 53/2004 ha espressamente escluso l'applicabilità del meccanismo del silenzio - assenso alle istanze di definizione degli illeciti edilizi avanzate in forza della l. 326/2003, qualificando l'eventuale inerzia come forma di mero inadempimento e prevedendo la necessità - in ogni caso - di un titolo abilitativo espresso. È ostativa al perfezionarsi del silenzio assenso l'esistenza dei vincoli e la mancanza del parere favorevole delle autorità preposte alla loro tutela.

TAR Veneto, Sez. II, 8.2.2012, n. 203

Demolizione - motivazione - pubblico interesse - abuso risalente nel tempo - necessità - sussiste.

Se normalmente l'ordine di demolizione di opera edilizia abusiva è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività dell'opera, una giustificazione specifica può essere tuttavia richiesta nel caso in cui, per il protrarsi e il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e il protrarsi della inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato, ipotesi questa in cui è ravvisabile un onere di congrua motivazione che,

avuto riguardo anche alla entità e alla tipologia dell'abuso, indichi il pubblico interesse, diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato.

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 8.2.2012, n. 1246

Acquisizione gratuita - in danno dell'autore proprietario estraneo all'abuso - esclusione.

L'acquirente di un immobile abusivo, o del sedime su cui sia stato realizzato il manufatto, succede in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo al precedente proprietario e relativi al bene ceduto, compresa l'abusiva trasformazione. Consegue che l'ingiunzione a demolire produce validi effetti nei confronti del proprietario attuale della res immobilis, ancorché l'abuso sia stato commesso prima della traslazione del diritto di proprietà. Peraltro, dovendosi distinguere tra l'illecito edilizio commesso, che ha carattere permanente, e l'ordine di demolizione, che invece è una misura ripristinatoria che può essere posta a carico solo di chi è nella materiale disponibilità del bene e prescinde dal dolo e dalla colpa dell'obbligato, in caso di inottemperanza all'ordine, il proprietario attuale della res, non colpevole per l'abuso, non deve subire l'effetto sostanzialmente sanzionatorio dell'acquisizione al patrimonio comunale dell'area di sedime, essendo sufficiente, in tal caso, l'occupazione temporanea della medesima per l'esercizio del potere-dovere sostitutivo di esecuzione d'ufficio dell'ordine demolitorio da parte degli organi comunali (Concetti, questi, ai quali la giurisprudenza è giunta in via ermeneutica, e che nel territorio laziale sono stati tradotti in disposizione normativa dall'art. 15, co. 5, l.reg. Lazio 11.8.2008 n. 15, che ha sancito il divieto per gli enti locali di procedere all'acquisizione dell'area di sedime nel caso in cui il proprietario della stessa sia diverso dal responsabile dell'abuso).

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 26.1.2012, n. 416

Illecito edilizio - fiscalizzazione - sanatoria - equipollenza - va esclusa.

Il provvedimento di fiscalizzazione dell'illecito edilizio non equivale ad una sanatoria, atteso che non integra una regolarizzazione dell'illecito, ed in particolare non autorizza il completamento delle opere, considerato che le stesse vengono tollerate, nello stato in cui si trovano, solo in funzione della conservazione di quelle realizzate legittimamente.

TAR Liguria, Sez. I, 20.1.2012, n. 160

Lottizzazione abusiva - configurabilità – e-ven-tuale rilascio di singoli PdC - irrilevanza.

Le norme sulla lottizzazione abusiva mirano a prevenire e reprimere le condotte materiali e giuridiche intese a infittire la trama dell'edificato sul territorio, senza che sussista una previa pianificazione capace di tenere conto delle conseguenze dell'edificazione in termini di esigenza di nuovi servizi e opere di urbanizzazione, che il costruttore non ha (e non può avere) adeguatamente riscontrato. Dunque, la fattispecie di lottizzazione abusiva si riferisce alla mancanza dell'autorizzazione specifica alla lottizzazione, sicché alcun rilievo sanante sull'abuso in questione può rivestire il rilascio di una eventuale concessione edilizia.

TAR Lazio, II *ter*, 2.2.2012, n. 9

Accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione - mancata individuazione dell'area di pertinenza della *res abusiva* - illegittimità.

L'individuazione dell'area di pertinenza della res abusiva deve compiersi al momento dell'emanazione del provvedimento con il quale viene accertata l'inottemperanza e con cui si procede all'acquisizione gratuita del bene al patrimonio del Comune, ai sensi dell'art. 7, l. 47/85, indicazione che deve, quindi, essere contenuta nell'atto d'acquisizione, a pena d'illegittimità di quest'ultimo, costituendo esso titolo per l'immissione in possesso dell'opera e per la trascrizione nei registri immobiliari. L'esigenza di procedere all'esatta individuazione dell'area privata da acquisire gratuitamente al patrimonio pubblico è dettata dal fatto che, trattandosi di una misura sanzionatoria che incide sul diritto di proprietà ovvero su un diritto costituzionalmente garantito, è necessario il rispetto delle garanzie anche formali dettate da norme di relazione che regolano i rapporti tra il potere pubblico ed i diritti di cui sono titolari i soggetti privati.

- PAESAGGIO E BENI CULTURALI -

Corte Costituzionale, 23.3.2012, n. 66
Art. 12 l.reg. Veneto 10/11 - incostituzionalità - nella parte in cui introduce deroghe al regime vincolistico statale - va dichiarata.
Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, l. reg. Veneto 10/11, nella parte in cui aggiunge l'art. 45 decies alla l. reg. 11/04, laddove introduce deroghe al regime vincolistico previsto dalla legislazione dello Stato in materia di aree qualificate di interesse paesaggistico (in particolare prevedendo che, nei Comuni dotati di strumenti urbanistici generali contenenti zone territoriali omogenee non coincidenti con quelle indicate dal d.m. 1444/68, sono assimilate alle aree escluse dalla tutela quelle aree che, alla data del 6.9.1985, sono a) comprese in zone urbanizzate con le caratteristiche insediative e funzionali delle zone A e B, previa verifica della loro corrispondenza ai parametri quantitativi di cui all'art. 2, d.m. 1444/68; b) a destinazione pubblica, quali strade, piazze, ed aree a verde, purché incluse nel territorio urbanizzato individuato ai sensi dell'art. 142, co. 2, d.lg. 42/04; laddove l'art. 142, co. 2, d.lg. 42/04 stabilisce che i vincoli di cui al co. 1 non si applicano alle aree che, alla data del 6.9.1985, erano delimitate negli strumenti urbanistici, ai sensi del d.m. 1444/68 come zone territoriali omogenee A e B). Detta norma, infatti, incide direttamente su una materia riservata alla legislazione statale, rispetto alla quale la legislazione regionale può solo fungere da strumento di ampliamento del livello della tutela del bene protetto. Essa inoltre opera una sostanziale delegificazione della materia, risultando in concreto demandata all'autorità amministrativa l'individuazione dei territori che presentavano, alla data del 6.9.1985, caratteristiche analoghe a quelle inserite nelle zone A e B degli strumenti urbanistici generali.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2018
Vincoli assoluti di inedificabilità - apposti dopo l'esecuzione delle opere - vanno considerati come relativi.
I vincoli assoluti di inedificabilità non risultano preclusivi del condono se apposti dopo l'esecuzione delle opere, dovendo la funzione amministrativa essere esercitata secondo la normativa vigente alla data del relativo esercizio, con conseguente necessità di una apposita e concreta valutazione, da parte dell'Autorità preposta, circa la compatibilità dell'opera realizzata con i valori tutelati.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.4.2012, n. 2013
Soppressione della CEI - *ex* art. 96 TUEL - illegittimità.
L'art. 96 TUEL, nel demandare ai Comuni la soppressione degli organi rappresentativi non identificati come indispensabili non si riferisce alle C.E.I., poiché diversamente opinando la norma sarebbe incostituzionale, affidando all'ambito strettamente locale valutazioni viceversa spettanti allo Stato in concorso con la Regione

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.3.2012, n. 1371
Condono edilizio - n.o. - acquisizione - indefettibilità - epoca di imposizione del vincolo – irrilevanza.
La positiva conclusione del procedimento di condono edilizio richiede l'acquisizione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, da rendersi sulla base della disciplina vigente al momento della sua adozione, a nulla rilevando l'epoca di imposizione dello stesso.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.3.2012, n. 1318
N.o. - annullamento soprintendizio - C.A.P. - necessità.
L'autorità statale ha l'obbligo di dare notizia all'interessato dell'avvio del procedimento preordinato all'eventuale annullamento del nulla - osta paesaggistico, anche nell'ipotesi in cui il nulla osta rechi l'avviso che l'atto sarà trasmesso alla Soprintendenza.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.1.2012, n. 173
Potere autorizzatorio - natura - è espressione di discrezionalità tecnica - previa approvazione di un piano paesistico - irrilevanza.

Con riferimento al procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, si deve escludere che la presenza di un piano sopraordinato (nella specie, un piano paesistico) degradi l'intervento autorizzatorio sul singolo manufatto ad un mero controllo di corrispondenza del progetto alle norme costruttive del piano, trasformando l'autorizzazione da atto tecnico-discrezionale in atto vincolato, giacché resta sempre salvo un ampio margine di apprezzamento della situazione concreta, dato che il piano non è suscettivo di assorbire interamente la verifica di garanzia dell'interesse paesaggistico, rimessa il più delle volte a valutazioni di tipo qualitativo, non traducibili in norme generali e riferentesi direttamente ai valori tutelati col vincolo.

TAR Sardegna, Sez. II, 2.5.2012, n. 421

Beni culturali - beni paesaggistici - differenze.

Vincolo culturale - procedimento - è espressione di elevata discrezionalità.

Circ. min. 5085/09 - applicazione - deve essere coerente con la discrezionalità che caratterizza il procedimento di imposizione del vincolo.

Vincolo culturale - stato di compromissione del bene - irrilevanza.

Bene culturale - nozione.

Fermo che sia i beni culturali, sia i beni paesaggistici rientrano nel genus del patrimonio culturale, sussistono importanti differenze sul piano categoriale e funzionale e di regime giuridico le quali affondano le proprie radici nelle diverse esigenze di tutela proprie delle due categorie di beni, che sono riferibili alle caratteristiche intrinseche della res nel caso dei beni culturali e sono, invece, più legate ai rapporti con il territorio tutto nel caso dei beni paesaggistici, il che fra l'altro giustifica la scelta del legislatore di prevedere una vera e propria attività pianificatoria solo in relazione a questi ultimi. La scelta di apporre un vincolo di natura culturale è connotata da un tasso particolarmente elevato di discrezionalità - di natura sia tecnica che amministrativa - ed a ciò consegue che i relativi giudizi possano essere valutati dal giudice su di un piano esclusivamente estrinseco, verificando l'eventuale presenza di errori o travisamenti di fatto, gravi carenze motivazionali (in fatto o in diritto), nonché di figure sintomatiche di eccesso di potere, come l'evidente illogicità e/o la contraddittorietà manifesta e la disparità di trattamento.

I criteri indicati dalla Circ. ministeriale n. 5085/2009 ai fini della verifica dell'interesse culturale di un determinato bene non possono essere intesi in senso rigoroso e letterale e ciò in considerazione della natura stessa del giudizio di rilevanza culturale, tipicamente discrezionale e influenzato dalla peculiarità dei singoli casi concreti. Per consolidata giurisprudenza, la situazione materiale di compromissione della bellezza naturale che sia intervenuta ad opera di preesistenti realizzazioni, anziché impedire, maggiormente richiede che nuove costruzioni non deturpino ulteriormente l'ambito protetto.

È ormai consolidata una moderna concezione di bene culturale, in base alla quale può essere tale qualunque emergenza significativa sotto il profilo storico/culturale/antropologico, laddove l'amministrazione intenda valorizzare, sulla base di elementi di fatto oggettivi, la sua portata fortemente caratterizzante in relazione ad aspetti quali l'intenso rapporto con il territorio ed il suo legame con l'evoluzione storica dello stesso.

TAR Basilicata, Sez. I, 23.3.2012, n. 127

Diniego di autorizzazione - per impianti per la produzione di E.R. - motivato sul solo interesse paesaggistico senza comparazione con quello ambientale - legittimità.

Memoria *ex* art. 10 *bis* l. 241/90 - obbligo di confutazione analitica da parte della PA. - esclusione.

È legittimo il diniego di autorizzazione soprintendizio per la realizzazione di un parco fotovoltaico motivato sulle peculiarità di interesse paesaggistico del sito, tali da non consentire un armonico inserimento delle strutture e sullo stridente contrasto con la specifica naturalità dei luoghi, non spettando alla Soprintendenza di effettuare un bilanciamento tra l'interesse ambientale sotteso allo sfruttamento di energie rinnovabili e quello connesso alla tutela dello stato dei luoghi. Infatti, mentre il compito del p.t.p. è quello di declinare tutela e valorizzazione degli elementi paesistico- ambientali presenti sul territorio con riferimento agli usi, attraverso la delineazione d'una correlazione possibile fra le prime e i secondi; la valutazione di compatibilità paesaggistica attiene piuttosto ad un giudizio tendenzialmente assoluto, che ha

cioè a suo parametro essenziale la possibilità stessa di inserire l'intervento progettato nel suo complesso all'interno del territorio assoggettato a vincolo intravedendone la possibilità di inserimento senza pregiudizio alcuno per i beni paesaggistici e ambientali tutelati.
La disposizione di cui all'10-bis l. 241/90 non comporta l'obbligo della PA. di una puntuale confutazione analitica delle argomentazioni svolte dalla parte privata, essendo sufficiente ai fini della giustificazione del provvedimento adottato la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso. In altre parole, nell'ottica sostanzialistica della prevalente elaborazione giurisprudenziale in tema di garanzie partecipative, ciò che rileva è la cd. teorica del risultato e cioè la congruità della decisione e della motivazione in rapporto alle risultanze istruttorie complessivamente acquisite.

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 8.3.2012, n. 121
Vincolo storico - artistico - cattivo stato del bene - irrilevanza.
Vincolo culturale - imposto dopo la distruzione del bene - illegittimità.
Lo stato di cattiva manutenzione o di parziale distruzione di un bene non ne impedisce l'assoggettamento al vincolo artistico e storico, restando rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione la valutazione dell'idoneità di quanto rimane della cosa ad esprimere il valore che si intende tutelare, tanto più che il soggetto vincolato è tenuto a restaurare l'immobile pregiudicato o a subire un eventuale intervento sostitutivo d'ufficio in tal senso a carico dell'erario ove il privato non abbia disponibilità economiche.
Il provvedimento d'imposizione del vincolo storico artistico è illegittimo ove sia intervenuto quando il bene sul quale il vincolo è diretto non sia più esistente, perché distrutto prima dell'emanazione del provvedimento.

TAR Campania, Sa, Sez. I, 16.2.2012, n. 247
Abusi minori - accertamento postumo di compatibilità paesaggistica - configurabilità.
È in linea teorica condivisibile l'orientamento che ammette l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica, giusta la circolare n. 33, prot. 6074 del 26.6.2009 e la successiva giurisprudenza, per i cd. abusi minori e cioè tutte quelle opere che, in relazione alla loro scarsa consistenza, o sono inidonee ad introdurre un impatto sul territorio eccedente la costruzione principale (come avviene per i volumi tecnici) o sono palesemente prive di ogni incidenza sul paesaggio (come avviene per i volumi interrati ed i soppalchi).

TAR Sardegna, Sez. II, 13.1.2102, n. 18
Atto impositivo del vincolo - scadenza - riapprovazione - efficacia - sussiste.
Silenzio assenso - su istanza di condono edilizio - formazione - previa acquisizione del n.o. paesaggistico - necessità.
Il vincolo paesaggistico non viene meno quando una successiva legge ne rinnovi la fonte, riconfermando l'interesse del legislatore alla salvaguardia della suddetta porzione di territorio regionale.
Non può ritenersi formato il silenzio assenso su un'istanza di condono edilizio allorquando non sia stato acquisito il parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico.

TAR Liguria, Sez. I, 9.1.2012, n. 18
Diniego di n.o. - per autorimessa interrata - illegittimità.
È illegittimo il parere paesaggistico negativo reso rispetto ad un intervento volto alla realizzazione di una rimessa interrata e non corredato da un supporto motivazionale atto a rendere adeguatamente conto delle pretese ragioni di contrasto tra l'intervento in progetto e le esigenze di tutela proprie del sito (nella specie, tra l'altro è stata ritenuta l'incompetenza della Soprintendenza ad esprimere valutazioni sul mutamento delle condizioni geomorfologiche indotto dall'intervento, essendo i valori paesaggistici oggetto di protezione pacificamente superficiari; nonché l'inattendibilità del giudizio di parziale antiesteticità, posta la pregressa urbanizzazione e la mancata valutazione degli elementi progettuali specificamente volti alla minimizzazione dell'impatto ambientale).

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte di Cass. civ., Sez. Un., 23.1.2012, n. 832
Giurisdizione del g.o. in materia - ipotesi.
Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità esulano dalla g.e. le sole ipotesi in cui: a) il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. sia giuridicamente inesistente o radicalmente nullo (fra cui nella casistica giudiziaria antecedente al T.U. ha assunto particolare rilevanza la fattispecie in cui lo stesso non contenga l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e dell'opera, richiesta dalla l. n. 2359 del 1865, art. 13; e rispondente alla necessità di rilievo costituzionale di limitare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo indeterminato, nonché all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per l'interesse generale per evidenti ragioni di serietà dell'azione amministrativa); b) la dichiarazione di p.u. sia divenuta inefficace per l'inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori o per l'inizio delle opere.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.5.2012, n. 2743
Indennità - accettazione - conseguenza - acquiescenza al procedimento espropriativo - esclusione.
Decreto di occupazione d'urgenza - durata dell'occupazione - mancata indicazione - conseguenze - illegittimità - esclusione.
Decreto di esproprio - per interventi attuativi di Piani o Programmi - previetà della redazione dello stato di consistenza - necessità - esclusione.
L'accettazione dell'indennità di esproprio non esclude l'interesse a far riscontrare le eventuali illegittimità del procedimento di espropriazione ed occupazione d'urgenza, in vista anche del maggior ristoro che il privato può ottenere a titolo risarcitorio dell'accertata illiceità conseguente all'annullamento degli atti di sottrazione del bene.
La mancata indicazione della durata dell'occupazione non costituisce vizio di illegittimità del decreto di occupazione d'urgenza ex art. 22 bis T.U. espr, posto che la legge fissa direttamente un termine massimo di efficacia coincidente con quello della dichiarazione di p.u..
Il principio generale della previetà della redazione dello stato di consistenza rispetto alla adozione del decreto di occupazione di urgenza stabilito dall'art. 71 l. 2359/1865 è derogato esclusivamente per le opere propriamente pubbliche in base all'art. 3, l. 1/1978 e non è quindi applicabile alle procedure volte alla espropriazione di aree destinate ad interventi attuativi di Piani o Programmi.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.4.2012, n. 2481
Decreto di esproprio - natura recettizia - esclusione.
Termini di inizio lavori - natura - è ordinatoria.
L'effetto traslativo della proprietà alla mano pubblica si verifica alla data della pronuncia del decreto di esproprio, indipendentemente dalla sua successiva notificazione, in ragione del fatto che il decreto medesimo non ha affatto natura recettizia, e la sua successiva comunicazione non è né elemento integrativo, né requisito di validità, né condizione di efficacia, avendo solo la funzione di far decorrere il termine di opposizione alla stima.
I termini di inizio della procedura espropriativa e dei lavori, hanno natura ordinatoria e acceleratoria, con la conseguenza che la relativa inosservanza non comporta la decadenza della dichiarazione di p.u., la quale consegue soltanto all'inutile decorso del termine fissato per il compimento dell'opera.

Consiglio di Stato, Sez. V, 13.4.2012, n. 2116
Vincoli espropriativi - definizione.
Vincolo a verde pubblico - hanno natura conformativa.
I vincoli urbanistici non indennizzabili sono quelli che riguardano intere categorie di beni, quelli di tipo conformativo e i vincoli paesistici, mentre i vincoli urbanistici soggetti alla scadenza quinquennale, che devono invece essere indennizzati, sono: a) quelli preordinati all'espropriazione ovvero aventi carattere sostanzialmente espropriativo, in quanto implicanti

uno svuotamento incisivo della proprietà, se non discrezionalmente delimitati nel tempo dal legislatore statale o regionale, attraverso l'imposizione a titolo particolare su beni determinati di condizioni di inedificabilità assoluta; b) quelli che superano la durata non irragionevole e non arbitraria ove non si compia l'esproprio o non si avvii la procedura attuativa preordinata a tale esproprio con l'approvazione dei piani urbanistici esecutivi; c) quelli che superano quantitativamente la normale tollerabilità, secondo una concezione della proprietà regolata dalla legge nell'ambito dell'art. 42 cost..
La destinazione di area a verde pubblico - verde urbano costituisce espressione della potestà conformativa del pianificatore, avente validità a tempo indeterminato: ciò in quanto è consentita, anche ad iniziativa del proprietario, la realizzazione di opere e strutture intese all'effettivo godimento del verde.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.4.2012, n. 2535
Progetto preliminare di o.p. - approvazione - c.a.p. - necessità - esclusione.
La comunicazione dell'avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l. 241/90 non è necessaria nel caso di approvazione del progetto preliminare di un'opera pubblica, atteso che tale comunicazione occorre solo nel caso in cui sia stato approvato il progetto definitivo dell'opera, al quale è riconnessa per implicito anche la dichiarazione di p.u..

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.3.2012, n. 1750
Dichiarazione di p.u. - annullamento - danni conseguenti - determinazione - giurisdizione - spetta al GA.
Vincoli - derivanti dalla localizzazione di un'opera pubblica - hanno natura espropriativa.
Spetta al giudice amministrativo la controversia per il risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo in tema di espropriazione per pubblica utilità. E infatti, mentre le domande risarcitorie e restitutorie relative a fattispecie di occupazione usurpativa, intese come manipolazione del fondo di proprietà privata avvenuta in assenza della dichiarazione di pubblica utilità ovvero a seguito della sua sopravvenuta inefficacia, rientrano nella giurisdizione ordinaria, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in caso di danni conseguenti all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità.
Se il vincolo particolare incide su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, il vincolo che la stessa contiene deve essere qualificato come preordinato alla relativa espropriazione con onere di impugnazione

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.2.2012, n. 1130
Decreto di approvazione - notifica frazionata - perfezionamento - decorre dall'ultima di esse.
Opera pubblica in variante - approvazione *ex* d.P.R. 616/77 - CdS - previa deliberazione del Consiglio Comunale - necessità - applicazione dell'(allora vigente) art. 14, co. 3, l. 241/90 - esclusione.
Accessione invertita - richiesta risarcitoria - in caso di acquiescenza all'(illegittimo) decreto di esproprio - va rigettata.
In ipotesi di notificazione di un unico decreto di occupazione frazionata per più particelle il termine per l'impugnativa decorre dal perfezionamento dell'ultima di esse.
L'art. 57, d.P.R. 327/2001 deve intendersi nel senso che l'ultrattività delle previgenti disposizioni riguardi appunto esclusivamente i procedimenti nei quali fosse già intervenuta una dichiarazione implicita o esplicita di pubblica utilità
L'art. 81 d.P.R. 616/1977 richiedeva espressamente, per la partecipazione delle amministrazioni comunali alle conferenze di servizi volte al raggiungimento dell'intesa sulla conformità urbanistica di un progetto di opera pubblica in variante, la previa deliberazione del consiglio comunale, essendo inapplicabile per il principio di specialità il disposto dell'(allora vigente) art. 14, co. 3, l. 241/90.
È legittimo il decreto di occupazione d'urgenza privo di specifica motivazione sulle ragioni d'urgenza che giustificano l'apprensione anticipata dei suoli, allorquando lo stesso sia emanato ai sensi dell'art. 22 bis, co. 2, d.P.R. 327/01, essendo i destinatari della procedura espropriativa ben superiori a cinquanta soggetti. È da rigettare la domanda risarcitoria conseguente alla declaratoria di illegittimità della procedura espropriativa allorquando i privati, pur avendo impugnato gli atti pregressi, abbia-

no poi fatto acquiescenza al definitivo decreto di esproprio e alle successive opere.
Infatti, come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la nota sentenza n. 3 del 23.3.2011, la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.1.2012, n. 23
Indennità di espropriazione - quantificazione - obbligo - decorrenza.
Qualora la dichiarazione di pubblica utilità sia implicita nell'approvazione di un piano esecutivo, il dies a quo del procedimento di determinazione dell'indennità corrisponde al momento dell'approvazione del piano di attuazione di questo (nella specie detto termine è stato ritenuto decorrente dalla predisposizione del piano di dettaglio del P.E.E.P., a sua volta da approvarsi entro 25 anni dalla pendenza di quest'ultimo).

Consiglio di Stato, Sez. III, 4.1.2012, n. 11
Stazioni radio per telefonia - infrastrutture strumentali - opere di p.u. - vi rientrano.
Per espressa previsione normativa, le infrastrutture strumentali alle stazioni radio per la telefonia rientrano nella categoria delle opere di pubblica utilità.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 19.4.2012, n. 1838
Vincoli - ad attrezzature di interesse comune - hanno natura conformativa.
Le destinazioni ad attrezzature di interesse comune (ivi incluse quelle a parcheggio) normalmente si pongono al di fuori dello schema ablatorio - espropriativo costituendo per lo più espressione di potestà conformativa, specie laddove lo strumento urbanistico consente di realizzare tali previsioni, non già ad esclusiva iniziativa pubblica, ma ad iniziativa privata o promiscua pubblico - privata, senza necessità di ablazione del bene.

TAR Lazio, Sez. II, 26.3.2012, n. 2876
Decreto di esproprio - adottato successivamente alla scadenza dei termini per la conclusione del procedimento espropriativo - illegittimità - esclusione.
Procedimento espropriativo - mancata partecipazione del controinteressato alla CdS - illegittimità - esclusione.
CdS - mancata partecipazione di una PA debitamente invitata - irrilevanza
Indennità - determinazione - controversie - giurisdizione - spetta al G.O..
Il superamento dei termini indicati dal Titolo III T.U.espr. per la conclusione del procedimento espropriativo non importa la illegittimità del decreto di esproprio, poiché salva diversa previsione di legge, i termini fissati per la conclusione del procedimento amministrativo non hanno natura perentoria ed il loro inutile decorso non determina quindi l'illegittimità del provvedimento finale, ancorché adottato dopo lo spirare del termine prescritto per la sua adozione
La mancata partecipazione di un controinteressato alla conferenza di servizi non è motivo di illegittimità del provvedimento conclusivo poiché, quanto ai privati, deve essere assicurata la partecipazione alla conferenza, senza diritto di voto, del solo soggetto proponente il progetto, restando comunque possibile la partecipazione, nella forma di audizione e a fini istruttori, di privati portatori di interessi che siano riconosciuti rilevanti nella valutazione del responsabile del procedimento.
In base all'art. 14 ter l. 241/90, non è ostativa alla conclusione del procedimento l'eventuale assenza del rappresentante di un'amministrazione debitamente invitata ed avente titolo a partecipare alla Conferenza di servizi. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia espropriativa non si estende alle questioni inerenti la determinazione e la corresponsione delle indennità conseguenti ad atti di carattere ablativo, rientranti nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

TAR Veneto, Sez. I, 31.1.2012, n. 96
Acquisizione sanante - *ex* art. 42 *bis* T.U.espr. - applicabilità retroattiva - va affermata.
Acquisizione sanante - *ex* art. 42 *bis* T.U.espr. - competenza - è del Consiglio.

L'art. 42 bis, co. 8, T.U. espr. è applicabile anche ai fatti anteriori all'entrata in vigore della norma.
Nell'ipotesi di espropriazione di un'area non edificabile coltivata, la relativa indennità è determinata in relazione al valore agricolo del terreno tenendo conto delle colture effettivamente praticate, a cui va aggiunta un'indennità per il fittavolo pari a quella spettante al proprietario.
Il potere di disporre l'acquisizione dell'area ai sensi dell'art. 42 bis, TU espr. spetta al Consiglio e non alla Giunta comunale.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 12.1.2012, n. 99
Scelte urbanistiche - sono espressione di discrezionalità amministrativa - sindacabilità in sede giurisdizionale - limiti.
Scelte urbanistiche - pregressa destinazione - irrilevanza.
Vincoli conformativi - nozione.
In tema di approvazione dello strumento urbanistico generale la giurisprudenza è pacifica nel senso che le scelte pianificatorie operate dall'Amministrazione costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto, o abnormi illogicità, ovvero da arbitrarietà, irrazionalità o manifesta irragionevolezza, in relazione alle esigenze che si intendono concretamente soddisfare.
Esse, inoltre, quando si concentrano nella destinazione di singole aree, non necessitano di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri generali di ordine tecnico-discrezionale seguiti nell'impo-stazione del piano stesso, salve le particolari situazioni che abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiono meritevoli di specifiche considerazioni, quali l'esistenza di una convenzione di lottizzazione o di una sentenza dichiarativa dell'obbligo di stipulare la convenzione urbanistica, un giudicato di annullamento di diniego di concessione, la decadenza di un vincolo preordinato all'espropriazione.
L'esercizio dello jus variandi in sede pianificatoria include il potere di mutare discrezionalmente il regime giuridico-urbanistico dell'area. Argomentando diversamente, ossia sostenendo che la nuova destinazione debba trovare motivazione nella vocazione giuridica precedentemente individuata, si perverrebbe a negare il fondamento stesso del potere conformativo che trova espressione nella potestà pianificatoria. Lo schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali anche in termini di indennizzo riguarda solo i vincoli suscettibili di essere attuati tramite procedura espropriativa ad iniziativa pubblica, con la conseguenza che le destinazioni a parco urbano, a parcheggio e a viabilità, non comportando automaticamente l'ablazione dei suoli ed ammettendo, anzi, la realizzazione, anche da parte di privati in regime di economia di mercato, costituiscono meri vincoli conformativi.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 4.1.2012, n. 15
Destinazione a verde privato - natura giuridica - è di vincolo conformativo.
Scelte urbanistiche - motivazione - obbligo ampiezza.
Scelte urbanistiche - contestazione da parte del privato della procedura prescelta - legittimazione - non sussiste.
Non possono essere considerati come vincoli sostanzialmente espropriativi, ma costituiscono dei vincoli conformativi, quelli derivanti da destinazioni realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata in regime di economia di mercato, quali le destinazioni a parco urbano, a verde privato, a parcheggio e viabilità, atteso che tali vincoli non svuotano di contenuto il diritto di proprietà, ma si limitano a imporre al titolare del bene, il quale ne voglia trarre le relative utilità, di seguire una data modalità.
La motivazione delle scelte in materia di pianificazione urbanistica ben può ritrarsi dalle linee guida illustrate nella relazione generale allo strumento urbanistico, salvo che si sia in presenza di particolari condizioni, che consentano di configurare, in capo al privato, situazioni di aspettativa qualificata (casi di: a) superamento degli standard minimi di cui al d.m. 2.4.1968; b) lesione dell'affidamento qualificato del privato derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi tra il Comune e i proprietari delle aree, dalle aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di permesso di costruire o di silenzio-rifiuto su una domanda di concessione; c) modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo).
Non sussiste la legittimazione del privato a dolersi della scelta della procedura, ordinaria o

semplificata, per l'adozione di una variante urbanistica.

«::::::::: GA :::::::::»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 30.12.2011, n. 3235

Rifiuti - abbandono - ordinanza di bonifica - titolarità fondo - unico fondamento - illegittimità.

In tema di abbandono e deposito di rifiuti sui fondi l'indagine dell'Ente locale non può basarsi sulla mera titolarità dominicale del fondo. Qualora, infatti, non sia stata né accertata, né tantomeno dimostrata la sussistenza dell'elemento psicologico (ossia almeno la colpa), in difetto quindi di accertato concorso con il terzo autore dell'illecito di una condotta colpevole del proprietario del fondo, non è dato ricavare alcuna sua responsabilità per la bonifica da effettuare, per cui è illegittima l'ordinanza di bonifica emessa unicamente sul rilievo dell'appartenenza del bene interessato

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 28.12.2011, n.1656

Conferenza di servizi - dissenso - postumo e immotivato - illegittimo.

L'art. 14-ter, co. 1, della l. n. 241 del 1990 prevede che «il dissenso di uno o più rappresentanti delle amministrazioni, regolarmente convocate alla conferenza di servizi, a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella conferenza di servizi, deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso». La normativa riportata è chiara nel vietare un dissenso postumo, manifestato cioè dopo la conclusione dei lavori. La ratio della disciplina è, pertanto, quella porre delle regole di funzionamento della conferenza di servizi tali da assicurare il fine cui è preordinata la conferenza stessa e cioè la semplificazione procedimentale. Se si consentisse agli enti regolarmente convocati di rivedere, all'esito della chiusura dei lavori, le proprie determinazioni verrebbe frustrata la ragione giustificativa del ricorso alla conferenza stessa.

TAR, Piemonte, Sez. I, 21.12.2011, n. 1339

Elettrosmog - competenze - limiti di esposizione - valore di attenzione.

Alla luce della normativa statale e regionale le competenze in materia di elettrosmog sono state distribuite tra le Province, cui spettano il controllo, la vigilanza, la campagne di misura dell'inquinamento acustico elettromagnetico nonché l'adozione dei piani di risanamento, e i Comuni cui sono attribuite le funzioni connesse al rilascio di provvedimenti autorizzativi, nulla osta, concessioni in materia di localizzazione impianti. Qualora i valori di attenzione vengano superati il Comune può provvedere a diffidare i gestori alla riduzione a conformità, fatta salva la qualità del servizio; se quest'ultima non può essere garantita i gestori possono presentare un piano di risanamento. In caso di inottemperanza il piano può essere presentato dalla Provincia su proposta dell'ARPA e prevedere azioni di risanamento a carico dei gestori. Infine, in caso di mancato risanamento da parte dei gestori, è possibile alla Provincia chiedere al competente Ministero la disattivazione degli impianti. Il limite di esposizione rappresenta una soglia di compatibilità con la salute umana che non deve in alcun caso essere superata; il valore di attenzione è un diverso limite, ovviamente più elevato, il cui rispetto costituisce una misura di cautela per proteggere la popolazione dagli effetti a lungo termine connessi con l'esposizione ai campi elettromagnetici all'interno di edifici adibiti a permanenze prolungate.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 30.11.2011, n. 2980

Inquinamento acustico - atto di mitigazione acustica - avvantaggiati contraddittori necessari - pena l'inammissibilità.

I cittadini presso le cui abitazioni sono stati effettuati gli accertamenti fonometrici sono con-

trointeressati all'accoglimento del ricorso contro l'atto del Comune che impone misure di mitigazione acustica a vantaggio dei medesimi, con la conseguenza che essi sono contraddittori necessari cui il ricorso doveva, pena l'inammissibilità, essere notificato.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 17.11.2011, n. 1585

Inquinamento acustico - intervento Comune - ordinanza contingibile e urgente - legittimità.

In presenza di un fenomeno d'inquinamento acustico, anche se non coinvolgente l'intera collettività, ma solo alcuni cittadini, e in assenza di una norma di legge che preveda un potere di intervento amministrativo ordinario, che consenta di ottenere il risultato dell'immediato abbattimento delle emissioni sonore inquinanti, legittimamente il Comune interviene a tutela della salute pubblica mediante l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente, configurandosi la medesima come strumento costituente espressione della potestà regolatoria, spettante ai Comuni, di conformare l'attività privata al rispetto dei limiti di emissione/immissione acustica nell'ambito del territorio comunale

TAR Lombardia, Bs, Sez. I, 16.11.2011, n. 1568

Ente locale - legittimazione ad agire - provvedimenti lesivi dell'ambiente.

La legittimazione ad agire dell'ente locale in materia ambientale, in quanto titolare di un interesse collettivo, è riconosciuta dalla giurisprudenza fin da TAR Lazio 1064/90 secondo cui il comune, quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini della quale cura istituzionalmente gli interessi a promuovere lo sviluppo, è pienamente legittimato ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti ritenuti lesivi dell'ambiente. Sarebbe d'altronde alquanto irragionevole riconoscere legislativamente all'ente territoriale la possibilità di agire in giudizio, in via successiva, per il risarcimento del danno all'ambiente (come fa l'art. 18, co. 3, l. 349/86), e negargli invece la possibilità di agire, in via preventiva, per impedire la produzione di quello stesso danno.

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 9.11.2011, n. 634

Regolamento comunale - campi elettromagnetici - diretta alla generalità dei cittadini - operatori già esistenti - partecipazione - esclusa.

Sulla base degli artt. 7 e 10 della l. 241/1990, il regolamento comunale, quale attività normativa secondaria del Comune, non costituisce atto amministrativo ad personam e l'istruttoria rappresenta una prerogativa dell'ente nell'ambito della tutela del territorio e della minimizzazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. Esso rappresenta una disciplina settoriale, a completamento della normativa primaria statale e regionale, diretta alla generalità dei cittadini e/o degli operatori tutti e non solo di quelli già installati, che non possono, pertanto, vantare alcuna posizione formale di partecipazione.

TAR Campania , Na, Sez. V, 4.11.2011, n. 5114

Comune - potere di imporre *facere* - gestore viabilità - esclusione.

Nessuna norma di legge nel settore specifico della viabilità attribuisce ai Comuni il potere di assicurare la pulizia delle strade imponendo autoritativamente obblighi di facere al gestore al fine di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, né un tal potere può desumersi implicitamente dalla natura del Comune quale ente locale a fini generali atteso che tra gli interessi pubblici affidati alla cura dei comuni non v'è anche quello di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione delle strade.

TAR Toscana, Sez. II, 6.10.2011, n. 1452

Messa in sicurezza - indicazione elementi tecnici - discrezionalità tecnica - giudice amministrativo - potere di controllo.

L'omissione della doverosa indicazione degli elementi tecnici, in base ai quali si è ritenuto di prescrivere l'intervento di confinamento fisico, determina l'illegittimità della decisione assunta, giacché viziata da un uso arbitrario della discrezionalità tecnica. La giurisprudenza ha chiarito, sul punto, che la sindacabilità della scelta di siffatte misure si correla al principio per il quale il giudice amministrativo ha poteri di controllo della discrezionalità tecnica, che si spingono fino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, in relazione alla loro correttezza sotto gli aspetti del criterio tecnico e del procedimento applicativo, ma sen-

za sostituirsi alla PA. nell'effettuazione di valutazioni opinabili.

«::::::::: GA :::::::::»

- OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cass. pen., Sez. III, 1.3.2012, n. 8021
Ristrutturazione - fattispecie - nuovo manufatto collegato funzionalmente al preesistente - esclusione.
La semplice congiunzione fisica dell'opera con una già esistente non basta a qualificare la stessa come ristrutturazione, dovendosi qualificare quale nuova costruzione un nuovo edificio situato a 20 metri dal manufatto preesistente e a questo collegato con un porticato lungo 20 metri.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 29.2.2012, n. 7900
Reati paesaggistici minori - accertamento postumo - ammissibilità.
PdC in sanatoria - reati edilizi - estinzione - reati paesaggistici e ambientali - estinzione - va esclusa.
L'art. 181, co. 1 ter, d. lgs. 42/2004 prevede una causa di non punibilità di natura oggettiva per fatti ritenuti dal legislatore meno lesivi dell'interesse protetto, a condizione che venga accertata la compatibilità paesistica dei lavori eseguiti.
L'efficacia estintiva connessa al rilascio del PdC in sanatoria non si comunica alle violazioni ambientali, avendo queste disciplina difforme e differenziata.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 29.2.2012, n. 7888
Reati edilizi - natura - reato proprio - concorso - configurabilità - sussiste.
La natura propria dell'illecito edilizio non esclude che persone diverse da quelle di cui all'art. 29, co. 1, d.P.R. 380/01 possano concorrere nel reato, ove apportino alla realizzazione dell'evento uin contributo rilevante e consapevole.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 17.2.2012, n. 6617
Reati paesaggistici - in presenza di una mera proposta di vincolo - configurabilità - sussiste.
La proposta di vincolo conserva efficacia anche in assenza della adozione della dichiarazione di notevole interesse pubblico, non essendo previsti termini perentori per l'adozione di un provvedimento definitivo.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Costituzione di ipoteca su beni archeologici appartenenti a Società cooperative; necessità dell'autorizzazione ministeriale (Avv. Paola Palmieri - AL 21135/09) «La società cooperativa … chiedeva alla Banca … la concessione di un mutuo fondiario, offendo come garanzia un terreno per il quale richiedeva di accendere un' ipoteca. Da una relazione notarile emergeva che su tale terreno risultava trascritto un vincolo archeologico in favore del Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali. Preso atto di tale vincolo, la Banca … rifiutava di approvare il finanziamento richiesto dalla cooperativa in assenza di previo parere e di relativa autorizzazione della Soprintendenza per i Beni Archeologici del Veneto, in merito alla costituzione dell'ipoteca sul summenzionato terreno. Tuttavia, interpellata dalla cooperativa per ottenere l'autorizzazione sollecitata dalla Banca, la Soprintendenza negava che il caso in questione richiedesse autorizzazione, poiché, non essendo la … una persona giuridica privata senza fine di lucro, il terreno sottoposto a vincolo archeologico non poteva considerarsi rientrante nell'art. 56 del d.lgs. n. 42 del 2004. A fronte della persistente richiesta della Banca la Soprintendenza per i Beni Archeologici del Veneto richiedeva parere legale all'Avvocatura Distrettuale dello Stato, la quale, condividendo le deduzioni postulate dalla Banca ed andando in contrario avviso rispetto alle considerazioni della Soprintendenza, ha rimesso il quesito a questo G.U nella considerazione dei suoi aspetti generali e di massima.

RISPOSTA

I- Considerazioni generali sull'art. 56 del Codice Urbani.

Ai sensi dell'art 56 coo. 1 lett b) e 4 quinquies del Codice dei beni culturali e del paesaggio, d. lgs. n. 42 del 22.1.2004 debbono essere soggette ad autorizzazione da parte del Ministero dei Beni Culturali ed Archeologici sia le alienazioni sia le costituzioni di ipoteca sui beni culturali appartenenti non solo allo Stato, regioni ed altri enti pubblici territoriali (lett. a) art. 56, ma anche agli enti pubblici diversi da quelli elencati sub a) o alle persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. Il contrasto interpretativo, pertanto, verte sulla seguente questione: se le società cooperative delineate dal codice civile rientrino o meno nel novero della categoria delle "persone giuridiche private senza fini di lucro". Giova premettere, in linea generale, che tanto nel vigore del d. lgs n. 490 del 1999 (che, all'art. 5 recepisce nella sostanza il contenuto dell'art. 4 della l. n. 1089 del 1939), ed infine nel Codice Urbani, i beni culturali appartenenti alle persone giuridiche senza fini di lucro (ma già prima sotto il vigore della legge Bottai , enti o istituti legalmente riconosciuti) sono tradizionalmente affiancati quanto alle modalità di individuazione del bene e quanto al regime di tutela, ai beni appartenenti agli enti pubblici in generale, territoriali e non. Anche sotto il profilo autorizzatorio (art. 26 della l. 1089 del 1939

e art. 53 co. 3 del T.U. del 1999), la disciplina giuridica dei beni appartenenti a tali soggetti coincide con quella prevista per i beni in mano pubblica, in considerazione delle finalità sociali che contraddistinguono gli enti privati di erogazione (soprattutto di servizi sociali) di origine privatistica, in modo sostanzialmente non difforme da quelli pubblici. Costituisce contrappeso a tale regime differenziato della proprietà e, soprattutto, all'assoggettamento automatico al vincolo dei beni appartenenti agli enti privati senza finalità di lucro, il particolare regime di agevolazioni e finanziamenti pubblici a favore di tali enti, in vista delle finalità collettivistiche perseguite dai medesimi. Il regime pubblicistico, dunque, è stato in questo senso visto come pregnante limite e significativo strumento di controllo sull'attività negoziale del settore non profit. In effetti, a partire dagli anni 90' in poi, si assiste, da un lato, ad un vasto processo di privatizzazione di molti enti pubblici e dall'altro, per quel che qui interessa, all'emergere di un intero settore di enti (complessivamente denominati non profit) che, sia pure dotati di personalità di diritto privato, sono connotati, sotto il profilo oggettivistico, dal perseguimento di fini di utilità sociale, ascrivibili anche alla promozione culturale del paese, alla valorizzazione dei beni culturali. Si tratta di vedere, dunque, se le società cooperative - in ragione delle loro caratteristiche - possano essere fatte rientrare o meno nel novero di enti privati che, in quanto privi di finalità di lucro, condividono la vocazione di utilità sociale propria degli enti pubblici ed in quanto tali, possano essere legittimamente affiancati a questi ultimi, come ritenuto dall'Avvocatura Distrettuale di Venezia.

II- Considerazioni generali sulla natura delle cooperative.

Nelle disposizioni generali che regolano le società, l'art. 2247 c.c. evidenzia come lo scopo di lucro caratterizzi tutte quelle attività economiche idonee a produrre utili (c.d. lucro oggettivo) distribuibili tra i soci (c.d. lucro soggettivo). Diversamente, l'art. 2511 c.c. definisce le società cooperative quelle "società a capitale variabile con scopo mutualistico". Secondo la tesi sostenuta dalla Avvocatura Distrettuale di Venezia, le cooperative rientrerebbero tra gli enti privati senza fini di lucro in quanto le stesse, ai sensi dell'art 2511 del codice civile, sono informate al principio mutualistico inteso come fine contrapposto a quello di lucro, proprio delle società commerciali in genere. Tale conclusione sarebbe valida anche nel caso in cui si tratti di cooperative a mutualità non pura (c.d. spuria), in cui vi é coesistenza di fini mutualistico e lucrativo, atteso che il principio mutualistico, ove presente, caratterizza e distingue le società cooperative, imprimendo loro una disciplina giuridica completamente diversa rispetto a quella disegnata dal Legislatore per le società "lucrative" propriamente dette, e, pertanto, per ciò solo assorbirebbe comunque ogni altro elemento. Ritiene, tuttavia, la Scrivente che definire le cooperative come società a scopo mutualistico (art. 2511 c.c.) non sembrerebbe potersi tradurre, come ha ritenuto l'Avvocatura Distrettuale in indirizzo, nella tautologica definizione di "assenza di scopo di lucro". Si osserva, al riguardo, come i due concetti, scopo lucrativo e scopo mutualistico, non siano giuridicamente da intendersi l'uno come l'equivalente antitetico dell'altro. Lo scopo mutualistico è pacificamente inteso come quella auto destinazione di risultati rinvenibile nella "gestione di servizio a vantaggio dei soci", consistente secondo la Relazione al codice civile n.1025, nel "fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato", in contrapposizione al concetto puro di impresa in cui si persegue il lucro oggettivo (obiettivo di perseguire un profitto) e il lucro soggettivo (suddivisione tra i soci del profitto). Nel corso degli anni, col mutare delle condizioni socio-economiche, la dottrina ha affiancato all'applicazione del concetto di mutualità in senso puro - riferibile a quelle società operanti nei soli confronti dei soci - quello di mutualità spuria, riferibile alle società che interagiscono con i terzi oltre che con i soci e maggiormente tendenti all'impresa lucrativa. Peraltro, proprio su quest'ultima categoria si é concentrato il Legislatore della riforma, il quale, contemplando due tipologie di cooperative, le cooperative a mutualità prevalente (art. 2512,

1513,1514 c.c.) e le diverse, ha realizzato una gradazione all'interno delle "spurie", finalizzata all'individuazione dei diversi regimi di agevolazioni tributarie (art. 223-duodecies, co. 6, disp. att.) in ragione della componente mutualistica. Si osserva, peraltro, come anche costante giurisprudenza (SS.UU. della Cassazione, sentenza n. 401 del 2000) abbia in più occasioni sottolineato il fatto che tra le cooperative diverse l'elemento mutualistico sarebbe addirittura sussidiario rispetto al lucrativo; ciò nonostante, esse mantengono la denominazione sociale di "cooperative", avendole il Legislatore egualmente ritenute degne di tutela e destinatarie di agevolazioni di carattere tributario (seppur nettamente meno ampie rispetto alle cooperative a mutualità prevalente), proprio per la compresenza dell'elemento mutualistico, ancorché non dominante. La presenza di connotati lucrativi non è, quindi, inconcililabile con lo scopo mutualistico, tipico della società cooperativa (in tal senso anche: Cassazione Civile, I sez, n. 5832 del 1992). Tale concetto di compatibilità tra scopo lucrativo e scopo mutualistico, sembra sufficiente a dimostrare la non coincidenza tra le nozioni giuridiche della "mu-tualità" e della "non lucratività", posto che la "compatibilità" non è sinonimo di "identità". Quanto sopra affermato sembra essere ulteriormente corroborato dalla lettera dell'articolo 45 della costituzione, in cui si dispone che "la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata": affinché quindi la cooperazione tra gli individui sia meritevole di tutela essa dovrà contenere al proprio interno un elemento positivo, la mutualità, e un elemento negativo, l'antispeculatività; come pacificamente evidenziato più volte da autorevole dottrina e consolidata giurisprudenza, l'antispeculatività non sarebbe da intendersi nel senso di assenza di profitto eventualmente prodotto dalla società nei suoi rapporti con i terzi (c.d lucro oggettivo), bensì come mancata distribuzione di utili ai singoli soci (c.d. lucro soggettivo). Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, ciò che costituirebbe, allora, il vero discrimen tra le "società lucrative stricto sensu (quali le Spa, le Srl, le Sapa, le Snc, le Sas etc) , e le società cooperative, non è rappresentato dalla presenza o meno dello scopo di lucro nell'attività economica, bensì dall'esistenza o meno, all'interno dello statuto, di un limite, (non già totale impedimento), posto alla divisione degli utili tra i soci, in ossequio alla disciplina disegnata dal Legislatore della riforma; a differenza delle altre, tanto le cooperative a mutualità prevalente quanto le diverse, infatti, vedono compresso il profilo lucrativo della partecipazione sociale, seppur con alcune differenze (che si traducono nelle maggiori o minori agevolazioni di natura tributaria ad esse riconosciute): mentre per le prime è stata prevista la restrittiva disciplina disposta dall'art. 2514 c.c, per le seconde è sufficiente che l'atto costitutivo fissi la percentuale massima degli utili ripartibili tra i soci. Fondamentale, al fine di individuare l'effettiva natura della cooperativa sarà, pertanto, l'esame dello Statuto. (Nel caso di specie, ad esempio, emerge dallo Statuto della società interessata che lo scopo mutualistico viene individuato nel "far conseguire ai soci vantaggi economici e sociali da ricevere da essa, tramite scambi mutualistici attinenti l'oggetto sociale, alle migliori condizioni possibili". Ancora, lo statuto dispone che la Cooperativa sia retta dai principi della mutualità ai sensi di legge, indicando tuttavia, nell'oggetto sociale una serie di attività lucrative tanto in senso oggettivo - quali ad esempio la vendita al minuto dei vini, dei sottoprodotti, e di altri prodotti agricoli - art. 4 lett. a e b -, la distribuzione tra i soci, in rapporto alla quantità e alla qualità delle uve conferite e di quant'altro dagli stessi consegnato, del ricavato delle vendite dell'esercizio al netto di ogni spesa ed onere - art. 4 lett. c -, la possibilità di concludere operazioni di natura immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziaria, l'assunzione di interessenze e partecipazioni, sotto qualsiasi forma, in imprese, Enti, Associazioni, ancorchè strumentali al raggiungimento degli scopi sociali art. 4 lett. h); quanto in senso soggettivo, quale è la possibilità, ancorché in via accessoria e complementare, di operare anche con terzi (art. 3), e la divisione degli utili tra i soci seppur nei limiti posti dalla legge (art. 3).

Conclusioni in ordine al quesito - Il caso particolare delle ONLUS - Cooperative.

Alla luce di quanto sopra esposto in ordine al quesito di carattere generale sottoposto a questo G.U. è possibile concludere nel senso che l'art. 56 del Codice Urbani, individuando tra i vari destinatari dell'obbligo di autorizzazione alla costituzione di ipoteca le "persone giuridiche private senza fine di lucro", si riferisca, più propriamente, a quelle persone giuridiche connotate da totale assenza di qualsivoglia perseguimento di un fine di lucro soggettivo, come ad esempio le associazioni, le fondazioni, le cui attività, essendo rivolta a favore di soggetti terzi estranei, non già soltanto dei propri associati, sembrano maggiormente aderenti agli scopi di tipo altruistico perseguiti da tutti gli altri destinatari individuati dalla norma, quali lo Stato, le regioni, gli enti territoriali, e gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. In effetti, se l'interesse dei soggetti riuniti in cooperativa è concentrato sulle finalità proprie e pur sempre egoistiche degli associati, la caratteristica dell'ente senza fine di lucro ai fini della normativa sui beni culturali è, piuttosto, quella di avere come precipua finalità istituzionale lo svolgimento di un'attività rivolta a finalità sociali e superindividuali. Tali enti, benché privati, si affiancano all'attività dello Stato e degli enti pubblici direttamente competenti per la tutela dei beni culturali in modo tale da giustificarne l'attrazione alla sfera del pubblico quanto al regime di tutela dei beni ad essi appartenenti. Non sembra, per contro, possibile ravvisare tali caratteristiche nelle società cooperative siano esse diverse o, anche, a mutualità prevalente, il cui regime proprietario, dunque, in assenza di una ragionevole giustificazione, non può essere assoggettato al sistema autorizzatorio richiesto dalla normativa sui beni culturali per enti senza finalità di lucro.

La Scrivente, in linea generale, ritiene comunque di potere osservare che l'unica residuale ipotesi di cooperativa eventualmente interessata dalla normativa ex art. 56 Codice dei Beni Culturali e Archeologici potrebbe essere individuata, su un piano teorico, in quella afferente alla categoria che tradizionalmente la dottrina qualifica come cooperative a mutualità "pura", la cui attività è caratterizzata dalla assoluta e totale assenza di qualsivoglia elemento lucrativo.

In effetti, la considerazione per cui il codice civile successivo alla riformasocietaria non menzioni la mutualità pura, non dovrebbe indurre l'interprete a considerare tale scelta come una sorta di negazione di esistenza della stessa; al contrario, tale omissione sembrerebbe piuttosto da interpretarsi come la mera volontà del Legislatore di non voler riconoscere ad esse alcun effetto ulteriore in termini di agevolazioni di natura tributaria, rispetto a quelle concesse alle cooperative a mutualità prevalente. Si rammenta, tuttavia, che, alla luce dell'attuale scenario socioeconomico, come affermato da autorevole dottrina e giurisprudenza, la realizzazione della mutualità pura risulti nella pratica di difficoltosa applicazione, e di ciò sembrerebbe aver preso atto lo stesso Legislatore della riforma, che ha scelto di accordare il più ampio favor alle cooperative a mutualità prevalente.

Se, pertanto, in base a quanto sopra considerato è possibile escludere in linea generale che le cooperative - anche se a mutualità prevalente - siano da ritenere normalmente escluse dall'ambito applicativo dell'art. 56 d. lgs. n. 42 del 2004, si potrebbe comunque ritenere sussistente un residuo ambito di applicazione anche a fronte di soggetti che rivestono formalmente la veste di cooperativa. Ma ciò esclusivamente nel caso in cui - previa analisi, caso per caso e al di là delle nomenclature statutarie, della reale ed effettiva attività della cooperativa a mutualità pura - sia possibile verificare la reale e totale estraneità della cooperativa al perseguimento di qualsivoglia scopo lucrativo di tipo soggettivo, come sopra illustrato. Solo in tale ristretto ambito, in effetti, si potrebbero ritenere sussistenti da un punto di vista funzionale ed oggettivistico le stesse esigenze di tutela che sottendono la ratio della previa autorizzazione richiesta per la generalità degli enti privi di finalità di lucro. Rientra sicuramente in tale ambito il caso delle Onlus cooperative costituite ai sensi del d. lgs. 4.12.1997 n. 460. Ai sensi dell'art. 10 del riferito decreto legislativo sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica, i cui statuti o atti costitutivi, redatti nella forma dell'atto pubblico o

della scrittura privata autenticata o registrata, prevedono espressamente lo svolgimento di attività in uno o più settori indicati dal seguito della disposizione (assistenza sociale o socio sanitaria, beneficienza, istruzione, tutela e valorizzazione di beni culturali ecc.) o che, in generale, siano rivolte esclusivamente a fini di solidarietà sociale. Le caratteristiche proprie di tali enti fanno, dunque, sì che le cooperative si trovino affiancate ad enti non societari, quali le associazioni e le fondazioni, condividendo con questi ultimi finalità tipicamente solidaristiche. L'esclusione di qualsivoglia finalità lucrativa, anche di tipo soggettivo, è garantita dal regime proprio di tali enti caratterizzati - oltre che dal divieto di svolgere attività in settori diversi da quelli indicati dalla stessa disposizione (art.10, co.1 lett. c) del d. lgs. n. 460 del 1997), dal divieto di distribuire, anche in modo indiretto utili ed avanzi di gestione, nonché fondi o riserve di capitali durante la vita dell'organizzazione - dall'obbligo di reimpiegare utili o avanzi di gestione per la realizzazione di attività istituzionali, nonché dall'obbligo, in caso di scioglimento, di devolvere il patrimonio ad altre organizzazioni non lucrative (lett. c),d), ed f) della medesima disposizione). Non sembra sia revocabile in dubbio la possibilità di ricomprendere tali cooperative, ove abbiano le caratteristiche sopra riferite, tra gli enti privati senza scopo di lucro di cui al Codice Urbani, tanto più che, che tra i settori ritenuti rilevanti ai fini del d. lgs. n. 460 del 1997 rientrano proprio le specifiche finalità di tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico di cui alla l. n. 1089 del 1939, ivi comprese le biblioteche e i beni di cui al d.P.R. n. 1409 del 1963. Resta, per contro, confermata l'esclusione dalla categoria degli enti senza finalità di lucro delle società cooperative costituite ai sensi dell'art. 2511 c.c. ove prive delle caratteristiche proprie delle ONLUS istituite ai sensi del d. lgs. n. 460 del 1997. I beni appartenenti a queste ultime, pertanto, saranno sottoposti a regime di tutela solo ove presentino un interesse particolarmente importante ex art. 10 co. 3 del d. lgs. n. 42 del 2004 e previa notifica del provvedimento di dichiarazione, sottoposto al regime di trascrizione e, dunque, dotato di opponibilità ai terzi, ex art. 15 del medesimo decreto legislativo. Sulle questioni di cui al suesteso parere è stato sentito il Comitato Consultivo il quale si è espresso in conformità.

«::::::::GA::::::::»

DOMANDA

Decreto del Presidente della Repubblica 8.6.2001 n. 327, come modificato dal d.lgs. 27.12.2002 n. 302, pubblicato nel Suppl. ord. n. 211/L Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22.1.2003. Testo Unico disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazioni per pubblica utilità (consultivo 52706/04, Avvocato P. Cosentino)

RISPOSTA

"(Omissis) Il Ministero [della Difesa] ha chiesto a questa Avvocatura Generale di esprimere il proprio parere in merito al d.P.R. in oggetto, con particolare riguardo all'applicabilità alle procedure di esproprio per opere militari degli artt. 9 e 10, titolo II, del medesimo testo legislativo, si osserva quanto segue. La disciplina delle espropriazioni per la realizzazione di opere militari ha carattere parzialmente derogatorio rispetto a quella prevista per le espropriazioni in generale e ciò in ragione della specificità delle opere medesime, destinate alla difesa nazionale; tale disciplina è infatti contenuta nell'art. 51, titolo III, del testo unico sopra citato, intitolato "disposizioni particolari" che dispone al primo e al terzo comma: "Il Ministero della Difesa dichiara la pubblica utilità delle opere destinate alla difesa militare ed individua i beni da espropriare. Si applicano in quanto compatibili, le disposizioni previste dal titolo". Le espropriazioni e le occupazioni di immobili per opere militari, com'è noto, erano disciplinate dalle norme contenute nella l. n. 2359 del 1865, e in particolare negli artt. 11, 74 e 76. Tali disposizioni lasciavano all'Autorità militare la più ampia libertà di valutazione sia in ordine al requisito della pubblica utilita© delle opere da realizzare, sia in ordine alla scelta delle aree da sottoporre ad esproprio. Conseguentemente, come più volte chiarito anche dai giudici di primo grado e dal Consiglio di Stato (cfr. tra le ultime CdS, IV, n. 1593/01 e n. 4543/01; non-

che¨, in motivazione, Corte Cost. n. 150/1992), è escluso l'apprezzamento delle autorità urbanistiche in ordine a tali determinazioni, essendo affidata all'amministrazione della Difesa, in via esclusiva, la soddisfazione delle esigenze connesse alla distribuzione territoriale delle opere militari e alla loro progettazione. Siffatte esigenze sono rispecchiate dall'art. 81, co. 2 del d.P.R. n. 616/1977 e successivamente, dall'art. 2 del d.P.R. n. 383 del 1994, i quali hanno escluso le opere destinate alla difesa militare dall'accertamento di conformità urbanistica. Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 9, titolo II del testo unico in oggetto, espressamente rivolto alla disciplina della procedura espropriativa delle opere pubbliche in generale, per la realizzazione delle quali è previsto che l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio sia rimesso all'apprezzamento delle autorità urbanistiche; tale articolo, dunque, non può considerarsi compatibile, ai sensi del 3. co. art. 51 del T.U., con la disciplina delle espropriazioni per opere militari. Si ritiene, infine, inapplicabile anche la disposizione di cui all'art. 10 del T. U. che prevede la possibilità di apporre il vincolo preordinato all'esproprio mediante il ricorso a strumenti di cooperazione tra pubbliche amministrazioni nell'ipotesi in cui la realizzazione di un'opera pubblica non sia prevista dal piano urbanistico generale. La norma introduce, nell a ricorrenza delle condizioni sancite dallo stesso articolo, una deroga all'obbligo di osservare le procedure delineate dall'art. 9. Per le osservazioni suesposte, tuttavia, la libertà di cui gode codesta amministrazione in materia di espropriazioni per pubblica utilità per le opere destinate alla difesa militare ha un'ampiezza maggiore rispetto alla facoltà riconosciuta in generale dall'art. 10. Si deve pertanto ritenere che codesto Ministero non sia tenuto per tali opere, a indire previamente una conferenza di servizi o a procedere ad accordi o intese, come descritto dalla disposizione in esame, al fine di addivenire all'apposizione del vincolo espropriativo" (A.G.S. Parere del 7.7.2005, n. 91858).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AGENZIA DELLE DOGANE: CHIARIMENTI SULLA POSSIBILITÀ DI UTILIZZO DA PARTE DEGLI ITALIANI DI AUTOVEICOLI IMMATRICOLATI IN PAESI TERZI

L'Agenzia delle Dogane fa chiarezza in materia di utilizzo nella UE di autoveicoli immatricolati in Svizzera da parte di soggetti residenti in Italia evidenziando come, ai sensi di tale normativa vigente in materia, è consentito il passaggio ai valichi di persone con residenza nella UE alla guida di autovetture immatricolate in paesi terzi (es. Svizzera), in esonero totale dal pagamento dei dazi all'importazione (e di conseguenza dell'IVA, ai sensi dell'art. 67 del d.P.R. 26.10.1972 n. 633), nei seguenti casi:
1. Uso a titolo occasionale e di emergenza per un periodo massimo di cinque giorni;
2. Mezzo di trasporto in locazione per un periodo massimo di otto giorni purché il relativo contratto sia stato stipulato con azienda estera avente per oggetto sociale la locazione di autoveicoli per uso privato ed esibito all'autorità doganale all'atto dell'ingresso nella UE;
3. In caso di utilizzo sistematico per motivi di lavoro di autoveicoli e altri mezzi di trasporto immatricolati all'estero l'esonero è concesso per un biennio su auorizzazione rilasciata dall'autorità doganale competente a seguito di previa formale istanza.
Pertanto, l'utilizzo senza l'autorizzazione doganale, da parte di un residente in Italia di un auto immatricolata in paesi terzi, comporta la denuncia per contrabbando sin dall'atto di ingresso nel territorio UE, ai sensi dell'art. 216 del T.U.L.D. (d.P.R. 23.1.1973, n. 43), l'applicazione di una sanzione da due a dieci volte i diritti doganali gravanti sul valore del mezzo di trasporto (dazio e IVA) e la confisca del mezzo stesso (Agenzia delle Dogane, comunicazione 7.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

EROGAZIONE DI FINANZIAMENTI AGEVOLATI SUL FONDO ROTATIVO PER IL FINANZIAMENTO DELLE MISURE FINALIZZATE ALL'ATTUAZIONE DEL PROTOCOLLO DI KYOTO

E' stata pubblicata sulla G.U. la circolare del 16.2.2012 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare attuativa, ex art. 2, co. 1, lett. s), del decreto del 25.11.2008 Disciplina delle modalità di erogazione dei finanziamenti a tasso agevolato ai sensi dell'art. 1, co. 1110-1115, della l. 27.12.2006, n. 296 - Fondo Rotativo per il finanziamento delle misure finalizzate all'attuazione del Protocollo di Kyoto (Circolare Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in Supplemento Straordinario n. 3 alla G.U. n. 51 del 1.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

LA VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI NON È UN MOTIVO DI NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.
La violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo.
L'art. 21 septies l. 7.8.1990, n. 241, introdotto dalla l. 11.2.2005, n. 15, ha posto un numero chiuso di ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e non vi

rientra la violazione del diritto comunitario (CdS, VI, 31.3.2011, n. 1983; 22.11.2006, n. 6831; 31.5.2008, n. 2623). (CdS, Sez. VI, 15.2.2012, n. 750).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

IL IV CONTO ENERGIA FRA LUCI ED OMBRE

dell'Avv. Andrea Perrotta

La nuova normativa per l'incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici.

The new legislation for stimulating the production of electricity from solar photovoltaic.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Gli obiettivi del legislatore comunitario. - 3. La normativa nazionale: luce ed ombre.

1.Premessa.

Nell'ambito delle iniziative derivanti dal recepimento della dir. CE 2009/28 sulla promozione dell'uso di energie da fonti rinnovabili, così come attuata dal d. lgs. 28/2011, si inserisce senz'altro il d.m. 5.5.2011 attraverso il quale è stato introdotto il c.d. IV Conto Energia.

2. Gli obiettivi del legislatore comunitario.

L'obiettivo che il legislatore comunitario aveva posto agli Stati membri, in termini di ridefinizione dei regimi di sostegno applicati all'energia prodotta da fonti rinnovabili e all'efficienza energetica, con particolare riferimento all'efficacia e all'efficienza degli incentivi, alla riduzione degli oneri in capo ai consumatori, alla gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati ed alla flessibilità della struttura dei regimi stessi, solo in parte sembra essere stato efficacemente perseguito dal nuovo Conto Energia, che va sostanzialmente ad inserirsi in un contesto normativo ancora scarsamente armonizzato e per certi versi contraddittorio.

3. La normativa nazionale: luce ed ombre.

Seguendo le indicazioni della normativa comunitaria il legislatore nazionale ha stabilito la necessità di definire alcuni criteri cardine, nell'ambito della normativa di dettaglio, per l'incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici, in particolare:

a) la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti;

b) la determinazione delle tariffe incentivanti tenuto conto della riduzione dei costi delle tecnologie e dei costi di impianto e degli incentivi applicati negli Stati membri dell'Unione europea;

c) la previsione di tariffe incentivanti e di quote differenziate sulla base della natura dell'area di sedime;

d) l'applicazione delle disposizioni dell'art. 7 del d. lgs. 29.12.2003, n. 387, inerenti i requisiti dei soggetti che possono beneficiare dell'incentivazione, i requisiti tecnici minimi dei componenti e degli impianti; le condizioni per la cumulabilità dell'incentivazione con altri incentivi.

Come noto il tipo di incentivazione adottato, con il meccanismo del Conto Energia, rappresenta una forma *sui generis* di aiuto di Stato, dal momento che il contributo statale non si traduce in un finanziamento a fondo perduto o a tasso agevolato dell'iniziativa, ma in un contributo in *conto energia* che il beneficiario ottiene, vendendo ad un prezzo maggiorato al gestore elettrico l'energia prodotta tramite l'impianto fotovoltaico, ed ottenendo così anche un risparmio sulla bolletta addebi-

tata; in questo contesto, tuttavia, le aspettative di una compiuta armonizzazione della legislazione di settore con l'impianto complessivo degli aiuti in tema di risparmio energetico ed uso di energie rinnovabili sono andate sostanzialmente disattese.

Difatti il decreto 5.5.2011 del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'ambiente, con cui si è attuato il c.d. IV Conto Energia, non solo non fornisce un contributo nel senso sopraindicato ma pare addirittura acuire un certo disordine metodico già palesato dal legislatore nazionale nella materia *de quo*, nel corso degli ultimi 5 anni.

Basti evidenziare, in tal senso, che in quest'ultimo periodo, il settore delle rinnovabili è stato oggetto di una copiosa produzione legislativa ed amministrativa, non sempre caratterizzata da una rigorosa programmazione: si è difatti assistito ad una messe di interventi normativi certamente poco metodici; si pensi nell'ordine al varo di un *Piano di azione nazionale per le energie rinnovabili*; alla definizione della *Segnalazione Certificata di Inizio Attività* (SCIA) nel contesto delle diverse semplificazioni procedimentali previste; alla nuova sanatoria per gli impianti realizzati con denuncia di inizio attività, in attuazione di disposizioni regionali poi valutate incostituzionali; all'introduzione di un regime fiscale specifico per le tariffe che incentivano gli impianti a fonti rinnovabili non fotovoltaici; ed ancora si considerino le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, sia a livello nazionale che regionale; il recepimento della dir. CE n. 2009/28, attraverso il d. lgs. n. 28/2011, (c.d. Decreto Romani), e da ultimo come accennato l'ennesimo nuovo Conto Energia, il terzo in 4 anni… Il *framework* normativo che ne deriva è frastagliato e di non facile composizione, comportando agli operatori di settore non poche problematiche operative ed interpretative. Già nel III Conto Energia sono emerse alcune contraddizioni, chiaramente frutto di continue modifiche e repentini cambi di strategia: ad esempio, fin da subito sono apparse poco coerenti le disposizioni previste nell'art. 10; basti pensare al co. 4, il quale stabilisce che dalla data di entrata in vigore del decreto, per gli impianti solari fotovoltaici con moduli allocati a terra in zone agricole, l'accesso agli incentivi statali è consentito solo nel rispetto di alcune condizioni fra le quali spiccano per enigmaticità

a) la limitazione della potenza nominale di ciascun impianto a 1 MW;

b) la collocazione, nel caso di terreni appartenenti al medesimo proprietario, degli impianti ad una distanza non inferiore, gli uni dagli altri, ai 2 chilometri;

c) la necessaria limitazione come destinazione d'uso ad impianti fotovoltaici di non più del 10 per cento della superficie del terreno agricolo nella disponibilità del medesimo proponente.

Non meno confusi appaiono il co. 5 ed il 6 dello stesso articolo per i quali i limiti, di cui al punto precedente, non si applicano ai terreni abbandonati da almeno cinque anni e agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole che hanno conseguito il titolo abilitativo entro la data di entrata in vigore del decreto, o per i quali sia stata presentata richiesta per il conseguimento del titolo entro il 18.1.2011, a condizione, in ogni caso, che l'impianto sia in esercizio entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto. L'incongruenza giuridica e logica è del tutto evidente: se ad esempio il limite dei 2 km fosse giustificato dalla necessità di non creare affollamento di impianti in una medesima area, non si comprende perché mai tale restrizione sia imposta solo nel caso in cui i terreni siano di proprietà della stessa persona fisica o giuridica; e così anche il limite relativo all'occupazione di non più del 10 % della superficie del terreno agricolo nella disponibilità del proponente non riguarda il proprietario ma, appunto, il solo proponente. Anche le deroghe previste ai coo. 4 e 5 appaiono alquanto incoerenti: non sono specificati i criteri in base ai quali definire un terreno abbandonato, né i termini per dimostrarne l'abbandono; ma certamente il massimo dell'irragionevolezza in termini giuridici ed operativi si è raggiunto con le disposizioni transitorie, contenute nel decreto, in base alle quali il neonato terzo Conto Energia (la cui validità doveva estendersi a tutto il 2013) si applica alla produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici *che entrino in esercizio entro il 31 maggio 2011*; mentre l'incentivazione della produzione di energia

elettrica da impianti solari fotovoltaici *che entrino in esercizio dopo il 31 di maggio del 2011* è regolata con un successivo decreto del Ministro dello sviluppo economico.

Non può sfuggire all'interprete l'anomalia contenuta in una norma che estende retroattivamente la sua validità al passato e quindi a situazioni già definite sulla base di differenti norme, con la deleteria conseguenza di bloccare i progetti avviati e finanziati, in forza di una pregressa normativa, e ledendo in questo modo il legittimo affidamento degli operatori del settore. Legittimo affidamento che come noto è alla base di qualsiasi rapporto giuridico tra Stato e cittadino, e che rappresenta un pilastro costituzionale per qualsiasi Stato di diritto, incluso il nostro. Si chiarisce quindi come lo spirito della normativa comunitaria, indirizzato ad una progressiva semplificazione ed armonizzazione della materia *de qua*, non solo sembra non essere rispettato, ma addirittura contraddetto, comportando, tra l'altro un ulteriore aggravio nell'operatività quotidiana delle amministrazioni pubbliche impegnate nella gestione delle agevolazioni in ambito fotovoltaico, specie dal punto di vista della filiera autorizzativa. L'ambiguità e gli equivoci dell'impianto normativo non sono stati d'altra parte risolti in modo compiuto dal nuovo IV Conto Energia, che sovrapponendosi al III sta creando non poche incertezze di natura operativa e giuridica, a parte la scontata considerazione che se gli incentivi, decisi appena qualche mese fa, non fossero stati improvvisamente eliminati, non ci sarebbe stata quest'ulteriore incertezza che il IV Conto Energia tenta di superare.

Il decreto interministeriale 5.5.2011 non sembra difatti impermeabile a futuri e nuovi cambiamenti, né risolve in modo inequivoco le precedenti lacune del sistema, specie a causa di un complesso insieme di formule di quantificazione degli incentivi nel tempo, e di rimandi a successivi decreti attuativi che lasciamo luogo a possibili *vuoti normativi*.

La struttura del nuovo Conto Energia ricalca sostanzialmente quella del terzo, modificandone tuttavia alcuni contenuti rilevanti: il Titolo I individua le finalità ed il campo di applicazione del sistema incentivante, i suoi criteri generali, gli obiettivi perseguiti dal legislatore e le condizioni necessarie per poter accedere alle agevolazioni, chiarendo anche le modalità di trasmissione delle domande al GSE. Il Titolo II, invece, relativamente agli impianti solari fotovoltaici, elenca i requisiti dei soggetti beneficiari e dei diversi tipi di impianti, disciplinando anche le dinamiche delle tariffe e delle modalità premianti; cosa che si verifica anche per il Titolo III ed il Titolo IV, rispettivamente per gli impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative e gli impianti a concentrazione. Infine il Titolo V disciplina le competenze dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas chiarendone anche le funzioni ispettive e di controllo. Le novità più rilevanti ed in parte positive, nell'ottica di una progressiva armonizzazione e semplificazione del sistema, sono sicuramente quelle relative:

1) al significativo innalzamento dell'obiettivo indicativo di potenza installata a livello nazionale, che passa dagli 8.000 MW entro il 2020 ai circa 23.000 MW al 31 dicembre 2016;

2) alla definizione di piccolo impianto, individuato in base a differenti parametri che si riferiscono al luogo in cui viene realizzato (edifici o un *altro* luogo), alla potenza (1 MW o 200 kW, se in regime di scambio sul posto) a alla potenza correlata alla proprietà del luogo (nessun limite di potenza, invece, per gli impianti fotovoltaici costruiti su edifici ed aree delle Amministrazioni pubbliche), e

3) alla connessa definizione, effettuata in via residuale, di grande impianto, per il quale il quarto Conto Energia ha introdotto numerosi vincoli, il più stringente dei quali è senz'altro quello di cui all'art. 8, che stabilisce, per poter accedere alle tariffe incentivanti, l'iscrizione ad uno specifico registro informatico, con tempistiche predefinite e distribuite nel tempo, al quale succede una graduatoria *secondo criteri di priorità da applicare in modo gerarchico*. A ciò si aggiunga che, sempre per usufruire delle tariffe in questione, le quali, comunque (art. 6, co. 4) sono quelle in vigore alla data di entrata in esercizio dell'impianto, i grandi impianti devono produrre una certificazione di fine lavori (art. 9), pena la decadenza dell'iscrizione stessa (art. 8, co. 4), fatta eccezione per il verificarsi di *eventi calamitosi riconosciuti come tali dalle competenti autorità* (art. 8, co. 7);

4) ed all' introduzione del concetto di *costo indicativo cumulato annuo degli incentivi*, ispirato al principio comunitario del divieto del doppio finanziamento per un medesimo progetto e a quello di coefficiente ESL, vale a dire l'equivalente sovvenzione netta che un beneficiario usufruisce da risorse nazionali e comunitarie nel corso del medesimo anno solare.

Il criterio elaborato dal decreto interministeriale è tuttavia piuttosto complesso e pari alla sommatoria dei prodotti della potenza di ciascun impianto fotovoltaico ammesso alle incentivazioni, di qualunque potenza e tipologia [...] per la componente incentivante riconosciuta o prevista per la produzione annua effettiva, laddove disponibile, o per la producibilità annua dell'impianto calcolata dal GSE sulla base dell'insolazione media del sito in cui è ubicato l'impianto, della tipologia di installazione e di quanto dichiarato dal soggetto responsabile (art. 3, co. 1, lett. z). Un calcolo *ictu oculi* complesso, nel quale il risultato può cambiare a seconda del moltiplicatore scelto: nel senso che si potrà arrivare ad esiti diversi a seconda che per moltiplicatore si utilizzi la componente incentivante riconosciuta o prevista per la produzione annua reale, oppure la potenzialità annua dell'impianto calcolata dal GSE in base all'irraggiamento solare medio del sito in cui è posto l'impianto, alla tipologia di installazione e a quanto dichiarato dal soggetto responsabile. Nulla chiarisce in tal senso il decreto interministeriale, lasciando spazio a futuri ulteriori cambiamenti tramite normativa di dettaglio. Altre novità significative del IV Conto Energia sono: l'abrogazione implicita del c.d. *sistema con profilo di scambio prevedibile*, previsto nel III Conto Energia, risultato di un complesso calcolo al cui esito positivo si otteneva un bonus del 20% sulla tariffa incentivante; la scelta di un indennizzo per il beneficiario nel caso in cui il mancato rispetto, da parte del gestore di rete, dei tempi per la realizzazione e/o l'attivazione della connessione, determini la perdita del diritto ad una tariffa incentivante e, da ultimo, il dettaglio delle tariffe incentivanti - richiamato nell'allegato 5 - certamente indispensabile per allineare il nostro Paese agli standard comunitari e tutelare gli investimenti, in corso.

Tuttavia la *pericolosa* tendenza al rinvio a future riforme e a normative tecniche di dettaglio si riscontra in diverse disposizioni del decreto *de quo*, già a partire dall'art. 1, co. 2, il quale nel dettare le finalità, campo di applicazione e tempistiche del IV Conto Energia, individua *l'obiettivo indicativo di potenza installata a livello nazionale di circa 23.000 MW, corri-spondente ad un costo cumulato annuo degli incentivi stimabile tra 6 e 7 miliardi di euro* e all'art. 2, co. 3, in base al quale *al raggiungimento del minore dei valori di costo indicativo cumulato annuo* di cui al punto precedente (vale a dire 6 miliardi di Euro), *con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza unificata, possono essere riviste le modalità di incentivazione di cui al presente decreto, favorendo in ogni caso l'ulteriore sviluppo del settore.*

Come non notare l'intrinseca e voluta aleatorietà della formula scelta, attraverso la quale il normatore si è addirittura lasciato la facoltà ad *nutum* di rivedere le modalità di incentivazione al raggiungimento del *minore dei valori di costo indicativo cumulato annuo*? Un valore definito indicativo, e comunque di circa il 15% inferiore a quello maggiore (7 miliardi di Euro). In sostanza, ammesso che si vogliano limitare gli incentivi da un punto di vista quantitativo e temporale, in presenza del raggiungimento di determinate soglie, non pare opportuno e metodologicamente corretto far dipendere tale raggiungimento dalla presenza di dati non certi, e significativamente distanti gli uni dagli altri (6 e 7 miliardi di euro).

Non meno approssimativo appare l'art. 12, co. 5, il quale, dopo aver precisato che, ai fini dell'attribuzione delle tariffe incentivanti, *più impianti fotovoltaici realizzati dal medesimo soggetto responsabile o riconducibili a un unico soggetto responsabile e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti*, posticipa ad un futuro atto del GSE la definizione di altri requisiti e regole tecniche onde evitare il frazionamento di un impianto in più micro-impianti di potenza limitata. Si pensi anche

all'art. 5, co. 4, in base al quale si rinvia a futuri decreti attuativi l'individuazione delle modalità per il cumulo degli incentivi a partire dal 18.1.2013; sul punto ci sia consentito osservare che mal si attaglia ad una questione piuttosto rilevante, sia da un punto di vista giuridico che operativo, procedere con una normativa frammentata, quasi d'emergenza, che navighi a vista, quando a più riprese la Commissione europea ha richiamato il legislatore italiano affinché fornisca un quadro unitario e coerente, nell'ambito dei meccanismi di incentivazione, per il calcolo degli aiuti cumulati da un beneficiario. Proseguire sulla strada degli allegati tecnici più o meno futuri, rischia difatti di ingenerare inutili sovrapposizioni di norme e pericolose incertezze negli operatori del settore; non dovrebbe sfuggire difatti al legislatore, come il necessario limite al cumulo di agevolazioni/aiuti, sia strettamente legato con la *ratio* stessa della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, ed abbia quindi una valore sostanziale degno di essere ricondotto in modo unitario in norme di rango primario e comunque non dilazionato in tempi addivenire.

Non può essere esente da critiche neppure l'art. 19, co. 1, che rimanda ad un futuro decreto del Ministro dello Sviluppo Economico l'individuazione delle caratteristiche e dei requisiti di innovazione tecnologica, senza i quali non è dato sapere se è possibile accedere agli incentivi più consistenti previsti per talune tipologie di impianti; e così dicasi anche per il criptico art. 14 co. 1, lett. d) destinato ad un generico sviluppo della filiera produttiva italiana, che il IV Conto sarebbe in grado di generare, per il fatto che, in relazione alla crescita percentuale delle componenti incentivanti della tariffa, include quelle il cui costo di investimento sia almeno per il 60% riconducibile ad una produzione realizzata all'interno dell'Unione Europea. Anche il meccanismo delle speciali premialità, previste nel IV Conto, non sembra poter garantire la programmata crescita del settore, essendo in gran parte le stesse contenute già nel decreto Romani e finendo anzi per creare un'inutile sovrapposizione transitoria di norme, alimentando peraltro dubbi sulla effettiva necessità di un intero riformato complesso normativo.

D'altra parte il nuovo testo ricalca il precedente anche per quanto riguarda le principali definizioni, la cumulabilità degli incentivi, il premio per impianti fotovoltaici abbinati ad un uso efficiente dell'energia e a quelli previsti per determinate tipologie e applicazioni di impianti fotovoltaici, se si esclude la soppressione del criterio del sistema di scambio prevedibile e qualche limitata integrazione inerente i requisiti dei soggetti e degli impianti fotovoltaici stessi.

Un'analisi in termini giuridici del nuovo Conto Energia ci porta dunque ad evidenziarne non solo il merito, ma soprattutto quella tendenza qui stigmatizzata del legislatore a procedere senza la bussola di una programmazione a medio termine, e senza il faro del coordinamento compiuto con le disposizioni comunitarie: requisiti questi, garanzia di un effettivo e pieno inserimento della materia del fotovoltaico nell'ampia disciplina degli aiuti di Stato e dell'insieme degli strumenti a sostegno delle energie rinnovabili.

Continuare a disciplinare questo settore a *briglia sciolta* senza un rigoroso inquadramento giuridico e senza una programmazione affidabile significa rendere poco sostenibile economicamente alla lunga l'intero impianto; ne è già dimostrazione il recente atteggiamento del sistema bancario, che ha bloccato le delibere di finanziamento e, in certi casi, persino l'erogazione dei finanziamenti, a causa dell'inesistenza di riferimenti sicuri, necessari alla definizione dei piani di ammortamento.

Ma la mancanza di una programmazione affidabile e stabile comporta anche incertezza giuridica e le prime conseguenze del IV Conto Energia sono state una sequenza di ricorsi, proposti da quasi tutte le associazioni di categoria, presso la Corte di Giustizia Europea, il TAR Lazio, la Corte dei Conti, la Corte Costituzionale ed il Garante della concorrenza.

Pare chiaro, purtroppo, che la mancanza di certezza giuridica rappresenti e rappresenterà un serio disincentivo allo sviluppo del fotovoltaico nel nostro Paese, rischiando anche di allontanare non solo gli investitori italiani, ma anche quelli stranieri: la speranza, a parere di chi scrive, è che quantomeno per il futuro si trovi il modo di ancorare la programmazione degli incentivi di settore con la durata dei cicli di programmazione dei fondi strutturali e con quella degli aiuti di Stato, consentendo

così ad imprese, enti e persone fisiche di usufruire di un ventaglio di opzioni coerenti fra loro da un punto di vista giuridico, contenutistico e temporale.

«::::::::: GA :::::::::»

I PRINCIPI COMUNITARI IN MATERIA AMBIENTALE

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

La nascita, il fondamento normativo ed il recepimento dei principi comunitari in tema di ambiente ed in particolare: lo sviluppo sostenibile, i principi di precauzione, di prevenzione, di correzione e chi inquina paga.

The birth, the legal basis and the implementation of key EU principles on the environment and in particular: sustainable development, the principles of precaution, prevention, rectification and polluter pays.

Sommario: 1. Il recepimento dei principi comunitari. - 2. Lo sviluppo sostenibile. - 3. Il principio precauzionale. - 4. Il principio di prevenzione. - 5. Il principio della correzione. - 6. Il principio chi inquina paga. - 7. Il principio di integrazione.

1. Il recepimento dei principi comunitari.

Il Testo Unico Ambientale, d. lgs. 3.4.2006, n. 152, è stato fin dal principio considerato una raccolta della normativa di settore con il difetto, che non permetteva di assurgere a vero codice dell'ambiente, in quanto del tutto carente dei principi generali regolativi della materia ambientale[1].

Solo con l'intervento correttivo del d. lgs. 16.1.2008, n. 4, sono stati inseriti gli artt. da 3 *bis* a 3 *sexies*, con i quali si richiamano nel testo normativo i principi generali di derivazione comunitaria. Già nella Legge delega all'art. 1 co. 8 lett. f) veniva esplicitamente previsto che il decreto si sarebbe dovuto conformare ai principi e criteri direttivi generali tra cui: *affermazione dei principi comunitari di prevenzione, di precauzione, di correzione e riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio chi inquina paga*.

2. Lo sviluppo sostenibile.

Il principio comunitario in materia ambientale che può considerarsi più antico e fondante è indubbiamente il principio dello sviluppo sostenibile inteso come *uno sviluppo che risponde alle esigenze del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie*[2]. In pratica è stata stigmatizzata la consapevolezza del fatto che le risorse naturali non sono illimitate pertanto vanno tutelate e conservate proprio al fine di poter permettere alle generazioni future il loro sfruttamento.

Le tre componenti dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale) devono essere affrontate in maniera equilibrata a livello politico. L'economia ambientale affronta il problema della valutazione economica delle risorse ambientali, degli strumenti di politica economica e fiscale per il controllo delle esternalità e dei problemi ambientali.

La Conferenza delle Nazioni Unite tenuta-

[1] M. Cafagno, Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema, complesso, adattivo, comune, Torino, 2007, 238 s.

[2] Detta definizione è stata data per la prima volta nel 1987 nel c.d. Rapporto Bruntland, prendendo il nome da chi presiedeva la Commissione mondiale su Ambiente e Sviluppo (World Commission on Environment and Development, WCED). Ulteriore specifica contenuta nello stesso rapporto è che lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definitiva condizione di armonia, è piuttosto processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico e i cambiamenti istituzionali siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre che con gli attuali.

si a Rio de Janeiro nel 1992 ha sancito 27 Principi su ambiente e sviluppo. Lo sviluppo sostenibile viene così ad essere concepito come concetto integrato tra Ambiente, Economia e Società. Vengono così ad essere valutati nel loro insieme gli impatti economici, sociali ed ambientali. La tecnologia sostenibile ha come fine l'uso ponderato delle risorse naturali diminuendo il consumo di quelle non rinnovabili, la limitazione dei rifiuti prodotti e la sostituzione del capitale naturale (territorio, risorse materiali, specie viventi) con capitale costruito (risorse naturali trasformate).

In ambito nazionale la delibera CIPE del 2.8.2001, n. 57/2002 ha previsto la *strategia di azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia 2002/2010*, essa si basa sul principio di sostenibilità[3], in pratica la ricerca è finalizzata a trovare un metodo di crescita che riesca a coniugare le diverse attività con le esigenze ambientali di modo che sia possibile armonizzare lo sviluppo economico con la limitatezza delle risorse naturali, soprattutto si prefigge l'obiettivo, che è alla base del concetto stesso di sostenibilità, di non pregiudicare le generazioni future.

La Strategia d'Azione Ambientale italiana attribuisce un ruolo di particolare importanza alla comunicazione ed all'informazione per garantire la trasparenza e per assicurare la partecipazione diffusa ed informata ai processi decisionali.

La Strategia d'Azione Ambientale si articola, identificando prima gli strumenti operativi di carattere generale, in quattro grandi aree tematiche prioritarie, le medesime indicate dal Sesto Piano d'Azione Ambientale dell'UE:

• cambiamenti climatici e protezione della fascia dell'ozono;

• protezione e valorizzazione sostenibile della Natura e della Biodiversità;

• qualità dell'Ambiente e qualità della vita negli ambienti urbani;

• prelievo delle risorse e produzione di rifiuti.

Agenda 21, in cui si …*riconosce che operare verso lo sviluppo sostenibile è principale responsabilità dei Governi e richiede strategie, politiche, piani a livello nazionale…*, è il programma di azioni indicato dalla Conferenza di Rio per invertire l'impatto negativo delle attività antropiche sull'ambiente. L'Agenda definisce attività da intraprendere, soggetti da coinvolgere e mezzi da utilizzare in relazione alle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (Ambiente, Economia, Società), ponendosi come processo complesso data la diversa natura dei problemi affrontati e gli inevitabili riferimenti alle più diverse scale di governo degli interventi.

Fondamento metodologico dell'Agenda 21 locale è l'integrazione del fattore ambientale con l'economia di tutti i settori, industria, trasporti, energia, agricoltura, turismo e con gli aspetti sociali, occupazione, condizione della donna e dei giovani, formazione, salute, qualità della vita, in particolare di bambini ed anziani.

3. Il principio precauzionale.

Il primo riconoscimento del principio di precauzione risale alla Carta mondiale della natura adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1982, ma solo nella Conferenza delle Nazioni Unite, tenutasi a Rio de Janeiro (Earth Summit) dal 3 al 14 giugno del 1992, venne consacrato, insieme con altri 27 Principi su ambiente e sviluppo[4].

Il principio in questione è richiamato anche nel testo della Costituzione Europea all'art. III 233, dove si sostiene che la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela ed *è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e sul principio chi inquina paga*.

L'Unione Europea poi nella Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione COM(2000) 1 Final (2.2.2000) ha

[3] così come identificato dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (WCED)

[4] Principio 15:
Al fine di proteggere l'ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale.

specificato il modo in cui la Commissione applica o intende applicare il principio di precauzione riguardo l'adozione delle decisioni collegate alla limitazione dei rischi. Viene delineato il campo di applicazione di detto principio specificando che nonostante il Trattato che istituisce la Comunità Europea ne parla esplicitamente solo in riferimento alla protezione dell'ambiente, all'art. 174, par. 2, in realtà trova applicazione in tutti i casi in cui un'insufficienza d'informazioni o una preliminare valutazione scientifica obiettiva indicano che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità. Il campo di applicazione, con il tempo, si è allargato ricomprendendo diversi settori tra cui la politica di tutela dei consumatori, della salute umana, animale e vegetale.

In questo documento viene inoltre precisato che:

a) l'applicazione del principio comunque presuppone un rischio (incerto, ma) individuato, vale a dire *una preliminare valutazione scientifica obiettiva*, la quale indichi che *vi sono ragionevoli motivi di temere* ….;

b) quando una determinata azione viene considerata necessaria sulla base del principio di precauzione, essa dovrebbe fra l'altro essere:

• proporzionale al livello prescelto di protezione;

• non discriminatoria nella sua applicazione; coerente con misure analoghe già adottate;

• basata su un esame dei potenziali vantaggi ed oneri (possibilmente attraverso un'analisi costi/benefici);

• soggetta a revisione (e dunque provvisoria) alla luce dei nuovi dati scientifici;

• in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio[5].

Il principio di precauzione è spesso richiamato e specificato dalla giurisprudenza comunitaria come ad esempio nella sentenza della Corte giustizia n. 24 del 5.2.2004, in cui, in forza del principio di precauzione, allorquando sussiste incertezza scientifica in ordine all'esistenza o alla portata di rischi per la salute, viene giustificata l'adozione di misure protettive, in tema di integratori alimentari, senza dover attendere che siano esaurientemente valutate la realtà e la gravità dei rischi.

Nel nostro ordinamento il principio di precauzione è stato recepito in modo esplicito solo recentemente con il decreto legislativo n. 152 del 3.4.2006 *norme in materia ambientale* infatti viene sia richiamato tra i principi dell'azione ambientale [5. Art. art. 3 *ter* aggiunto dal d. lgs. 16.1.2008, n.4], sia ne viene data esplicitamente attuazione nell'art. 301. In quest'ultimo viene statuito che: *in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione* e l'applicazione di questo principio *concerne il rischio che comunque possa essere individuato a sèguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*. Viene così richiesto l'intervento degli organi statali sino al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio che, *in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione che risultino:*

a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere;

b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate;

c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri;

d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici.

4. Il principio di prevenzione.

Il principio di prevenzione, a differenza di quello di precauzione, non è esplicitamente previsto nel Trattato CE e si fonda su un approccio anticipatorio ai problemi ambientali basato sulla presenza di certezza scientifica La distinzione, infatti, risiede nel grado di incertezza che circonda la probabilità del rischio: mentre il Principio di Prevenzione viene in gioco di fronte ai *rischi certi*, quello di

[5] Vedi L. Butti, Principio di precauzione, ambiente e salute: aspetti generali e applicazione nel settore delle nanotecnologie

Precauzione è finalizzato alla difficile gestione dei *rischi incerti*[6].

Il principio di prevenzione mira a gestire rischi noti mentre il principio di precauzione i rischi da gestire non sono ancora individuati.

Il principio di prevenzione tende ad azzerare completamente il rischio proprio perché si hanno le conoscenze per prevedere gli eventuali effetti negativi di una determinata attività. Infatti caratteristi dell'applicazione di detto principio è proprio la valutazione ex ante di un'attività. Applicazione emblematica di detto principio è la direttiva 85/337/CE introduttiva della Valutazione d'Impatto Ambientale (V.I.A.) in cui viene prevista una procedura, poi adattata da ogni stato membro sulla base del proprio ordinamento, tramite cui determinati progetti, specificati ed elencati dalla Direttiva stessa, devono essere approvati solo dietro la preventiva valutazione dell'impatto sull'ambiente che avrà il progetto medesimo.

5. Il principio della correzione.

Il principio della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente è il principio relativo all'intervento diretto da parte dell'autore dell'inquinamento direttamente riparando il danno alla fonte per ridurre il rischio ambientale e i costi di riparazione. Detto principio si ricollega al più generale principio per cui prevenire è meglio che disinquinare. Lo stesso Primo Programma d'Azione statuisce che la migliore politica ecologica consiste nell'evitare fin dall'inizio inquinamenti ed altri inconvenienti anziché combatterne successivamente gli effetti.

6. Il principio chi inquina paga.

Il principio *chi inquina paga* individua l'obbligo di riparazione del danno a carico dei soggetti responsabili. Introduce il concetto d'imputabilità del danno all'ambiente e dell'inquinamento non facendo ricadere nella collettività i costi di ripristino dello status quo ante. Lo scopo per cui è stato introdotto detto principio è di far considerare i costi di bonifica o di prevenzione dell'inquinamento come voci dei bilanci aziendali. Infatti nel momento in cui i costi di ripristino ricadono sulle aziende sarà onere e quindi incentivo di quest'ultime ricercare prodotti e tecnologie meno inquinanti. Detto principio è stato introdotto in sede comunitaria già negli anni '70 con il Primo Programma d'azione in materia ambientale e con la Raccomandazione del Consiglio del 3.3.1975 concernente l'imputazione dei costi e l'intervento dei pubblici poteri in materia di ambiente, ed inoltre è stato poi inserito nel Trattato con l'Atto Unico Europeo. Con detto principio, oltre ad esonerare gli stati membri dagli ingenti costi di recupero ambientale, permette anche di non falsare il mercato favorendo la concorrenzialità delle imprese. A livello comunitario il principio è sancito nel Trattato CE, Titolo XIX, all'art. 174. Le azioni e gli strumenti di attuazione di questo principio sono di due tipi, da un lato le regole che stabiliscono degli standard come per quanto riguarda i limiti di emissioni inquinanti e dall'altro tasse per l'utilizzo delle risorse ambientali oppure incentivi economici per chi adotta tecnologie antinquinanti.

Il principio qui analizzato prevede la responsabilità dell'inquinatore sia tramite il rispetto della regolamentazione, tramite il pagamento dei costi associati all'inquinamento prodotto sia attraverso la sopportazione dei costi di rimozione e compensazione del danno ambientale. Per inquinatore s'intende colui che degrada direttamente o indirettamente l'ambiente, ovvero crea le condizioni che portano alla sua degradazione.

Il vero strumento per applicare il principio chi inquina paga è la fissazione di standard di performance ambientale e/o tecnologici, e l'impiego di strumenti di mercato, quali imposte e tariffe sulle emissioni e permessi negoziabili. Secondo la Raccomandazione del Consiglio, del 3.3.1975, concernente *l'imputazione dei costi e l'intervento dei pubblici poteri in materia di ambiente*, primo vero strumento di applicazione del principio in esame, *le persone fisiche o giuridiche, di diritto pubblico o privato, responsabili di inquinamento debbono sostenere i costi delle misure necessarie per evitare questo inquinamento o per ridurlo, al fine di rispettare le misure e le misure equivalenti che consentono di raggiungere gli obiettivi di qualità*. Sempre secondo la stessa raccomandazione, *i principali mezzi a disposizione dei pubblici*

[6] cfr nota 5.

poter per evitare l'inquinamento ambientale sono le norme ed i canoni . È possibile prevedere l'applicazione congiunta.

7. Il principio di integrazione.

Secondo l'art. 6 del Trattato CE, nell'ambito della definizione e dell'attuazione di qualsiasi politica comunitaria occorre considerare le esigenze correlate alla tutela dell'ambiente. Tale bisogno si traduce giuridicamente nel rispetto del principio di integrazione, secondo cui ogni azione e iniziativa comunitaria, di qualunque settore, nell'operare il necessario bilanciamento di interessi, deve tenere conto anche di quello di natura ambientale, sebbene non esplicitamente richiamato.

Viene pertanto statuito che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni comunitarie, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.

Nel Sesto programma di azione il principio di integrazione assume un'importanza centrale. Il programma si prefigge, infatti di, promuovere *l'integrazione delle considerazioni ambientali in tutte le politiche comunitarie e contribuire a realizzare lo sviluppo sostenibile in tutta la Comunità attuale e futura, dopo l'allargamento. Esso rappresenta una base della dimensione ambientale della strategia europea e contribuisce all'integrazione delle tematiche in tutte le politiche comunitarie, fissando fra l'altro per essa priorità ambientali*.

L'applicazione del principio d'integrazione tra i vari settori e quindi della compensazione dei diversi interessi la si può riscontrare anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Con la sentenza 17.9.2002, C-513/99 la Corte relativamente ad un appalto per la gestione della rete di autobus ha ammesso che nel valutare un'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice possa tenere conto di criteri non economici, se questi consentono di realizzare effetti positivi in materia di protezione ambientale; nel caso di specie era prevista l'assegnazione di punti suppletivi all'impresa che avesse garantito basse emissioni sonore e di ossido di azoto delle vetture utilizzate[7].

L'Unione Europea ribadisce inoltre il bisogno di adottare provvedimenti funzionali ad una *maggiore responsabilizzazione dei cittadini e delle parti interessate nei confronti dell'ambiente*, atteso che gli stessi compiono quotidianamente singole operazioni che influiscono direttamente o indirettamente sull'ambiente circostante.

Non è sufficiente un intervento dall'alto, in chiave normativa o in chiave istituzionale, ma occorre attivare al contempo interventi di tipo economico, diretti ad orientare la domanda dei cittadini, da un lato, e l'offerta dei soggetti economici, dall'altro lato, verso prodotti e servizi eco-compatibili, il cui prezzo sia comprensivo anche dei costi ambientali sostenuti.

Tale obiettivo si declina nel bisogno di promuovere politiche ambientali responsabilizzanti, miranti a rendere i singoli individui consapevoli del ruolo attivo che essi possono giocare nella cura e nella protezione dell'ambiente, a partire dalle scelte di consumo e di spesa da essi effettuate[8].

[7] Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente, Maria Cristina Cavallaro, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2007, 2, 467

[8] Rapporto di ricerca: Linee di diritto ambientale internazionale, comunitario e nazionale in materia di rifiuti.

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia 15.3.2012 Causa C-157/2011
Politica sociale - accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - direttiva 1999/70/CE - clausola 2 - nozione di *un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascun Stato membro* - ambito di applicazione dell'accordo quadro - clausola 4, punto 1 - principio di non discriminazione - persone che svolgono *lavori socialmente utili* presso amministrazioni pubbliche - normativa nazionale che esclude l'esistenza di un rapporto di lavoro - normativa nazionale che prevede una differenza tra l'indennità pagata ai lavoratori socialmente utili e la retribuzione percepita dai lavoratori a tempo determinato e/o indeterminato assunti dalle stesse amministrazioni e che svolgono le medesime attività.

Nel caso di specie, il Tribunale di Napoli ha deciso di esaminare preliminarmente la questione se la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro si applichino ad un rapporto, come quello di cui al procedimento principale, tra un lavoratore socialmente utile e l'amministrazione pubblica per la quale svolge determinate attività, dato che un siffatto rapporto non è qualificato come rapporto di lavoro nel diritto nazionale. Se così fosse, detto Tribunale chiede altresì se una normativa nazionale come quella che ha dato origine alla controversia sottopostagli violi il principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro. Pertanto, è giocoforza constatare che non risulta in modo manifesto che l'interpretazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro chiesta dal giudice del rinvio sia irrilevante rispetto alla decisione che quest'ultimo è chiamato ad emettere. Di conseguenza, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata ricevibile. Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione.

Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il rapporto stabilito tra i lavoratori socialmente utili e le amministrazioni pubbliche per cui svolgono le loro attività, previsto da una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, rientri nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro.

Il Comune, i governi italiano e polacco nonché la Commissione europea ritengono che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro non si applichino in una situazione come quella principale. In proposito, essi sottolineano, in particolare, il fatto che, a differenza di altre direttive adottate in materia sociale, il legislatore dell'Unione, riguardo alla direttiva 1999/70, ha deciso di dare alle nozioni di «rapporto di lavoro» e di «lavoratore» il senso attribuito dalla normativa nazionale, dai contratti collettivi e dalla prassi nazionale in vigore nello Stato membro interessato. L'esistenza di un contratto o di un rapporto di lavoro definito come tale dalla legislazione, dai contratti collettivi o dalla prassi nazionale in vigore in ciascuno Stato membro rappresenterebbe pertanto un requisito essenziale per l'applicazione dell'accordo quadro. Il governo polacco e la Commissione rilevano altresì, in subordine, la facoltà di cui gli Stati membri dispongono, conformemente alla clausola 2, punto 2, lett. b), dell'accordo quadro, di escludere l'applicazione di quest'ultimo ai contratti o ai rapporti di lavoro conclusi nell'ambito di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico. A loro parere, i lavori socialmente utili, che formano oggetto della controversia principale, rientrano in tale categoria. Al riguardo, va ricordato che l'accordo quadro muove dalla premessa che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato sono una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (vedere punti 6 e 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro, nonché sentenza del 4.7.2006, Adeneler e a., C-212/04, Racc. pag. I-6057, punto 61). Di conseguenza, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori,

mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro che dei lavoratori (v. secondo comma del preambolo e punto 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro, nonché sentenza Adeneler e a., cit., punto 62). In tale prospettiva, l'accordo quadro è inteso a delimitare il ripetuto ricorso a quest'ultima categoria di rapporti di lavoro, da un lato, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima volte ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti e, dall'altro, enunciando, alla clausola 4, punto 1, del medesimo accordo quadro, un divieto di trattare, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive (v., segnatamente, sentenze Adeneler e a., cit., punto 63, nonché del 15.4.2008, Impact, C-268/06, Racc. pag. I-2483, punti 59 e 69).
Tuttavia, al fine di beneficiare della tutela risultante dall'accordo quadro, il contratto o il rapporto di lavoro di cui trattasi devono rientrare nell'ambito di applicazione di tale accordo. Sebbene l'ambito di applicazione dell'accordo quadro, come emerge dal testo della sua clausola 2, punto 1, sia inteso in senso ampio, riguardando, in linea generale, i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro», resta cionondimeno il fatto che la definizione dei contratti e dei rapporti di lavoro cui si applica … Sulla seconda questione. Tenuto conto della risposta fornita alla prima questione, non occorre rispondere alla seconda questione relativa al principio di non discriminazione sancito alla clausola 4 dell'accordo quadro.

Corte di Cassazione, Sez. I, 15.3.2012, n. 4184
Lo Stato Italiano - matrimoni tra omosessuali celebrati all'estero - riconoscimento.
Trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile - non consentita.
La Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione, rigettando il ricorso di due cittadini italiani dello stesso sesso, unitisi in matrimonio all'estero che rivendicavano il diritto alla trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile italiano, ha affermato, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale ed europea, che quel matrimonio non è tuttavia inesistente per l'ordinamento interno, ma è solo inidoneo a produrvi effetti giuridici; ha affermato, altresì, in senso generale, che le persone omosessuali conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla vita familiare e possono agire in giudizio in specifiche situazioni per reclamare un trattamento omogeneo rispetto ai conviventi matrimoniali.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.3.2012, n. 1403
Diritto di accesso - veste societaria - ininfluente - diritto nazionale - comunitario.
L'attività amministrativa, cui gli artt. 22 e 23 della l. n. 241 del 1990 correlano il diritto d'accesso, ricomprende non solo quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dalla intensa conformazione pubblicistica (CdS, sez. VI, 26.1.2006 n. 229; id., 30.12.2005 n. 7624; id., 7.8.2002 n. 4152; id., 8.1.2002 n. 67).

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.3.2012, n 1193
Blocco delle liste elettorali per i cittadini comunitari - superamento dei termini temporali per la presentazione della domanda - partecipazione alle consultazioni elettorali.
L'art. 32, co. 1, del d.P.R. 20.3.1967, n. 223, elenca da 1 a 5 i casi che determinano variazioni delle liste elettorali e al co. 4 dello stesso articolo sono indicati i termini entro i quali provvedere al riguardo. L'acquisto del diritto elettorale, questione che nel caso attenzionato dal Consiglio di Stato ha riguardato 35 cittadini comunitari che hanno acquisito in vari momenti la residenza nel Comune, è ipotesi presa in considerazione espressamente dal d. lgs. 12.4.1996, n. 197 che prevede che i cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, che intendano partecipare alle consultazioni elettorali per la elezione diretta del sindaco e del con-

siglio comunale, devono presentare domanda al sindaco non oltre il quinto giorno successivo al manifesto di convocazione dei comizi elettorali e l'iscrizione nelle liste elettorali aggiunte viene effettuata in sede di revisione disposta ai sensi dell'art. 32, co. 4, del d.P.R. n. 223/1967. L'ipotesi di cui al punto 5 del co. 1 è del tutto diversa ed attiene all'acquisto del diritto elettorale per motivi differenti dal compimento del 18° anno di età o al suo riacquisto per la cessazione di cause ostative e l'art. 32, co. 4, prescrive che le variazioni straordinarie alle liste devono intervenire, occorrendo, non oltre il 30° giorno anteriore alla data delle elezioni. Limitatamente alle iscrizioni strettamente previste al punto 5, recita poi l'art. 32 bis, la commissione elettorale circondariale dispone la ammissione al voto esclusivamente a domanda dell'interessato, anche decorso il termine suddetto. Trattasi di procedura straordinaria ed urgente, in quanto tale non suscettibile di interpretazione estensiva o, a maggior ragione, analogica e la sua natura del tutto eccezionale è confermata dalla circostanza che la Commissione circondariale non può intervenire direttamente sulle liste elettorali, ma le relative variazioni sono rimandate, a termini dell'ultimo comma dell'art. 32 bis, ad un momento posteriore : entro il mese successivo a quello in cui ha avuto luogo la votazione.

Come correttamente ritenuto dal giudice di prima istanza, il legislatore ha voluto fissare dei termini temporali invalicabili, la cui scadenza, determina il c.d. blocco delle liste, con la conseguenza che è impedito qualsiasi intervento sulle stesse, e ciò al fine di dare certezza al voto, sicchè ammissioni di carattere eccezionale ed urgente a votare sono, sempre per espressa previsione di legge, limitate ai casi in cui l'acquisto o il riacquisto del diritto di voto è intervenuto successivamente al blocco delle liste.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Accordo di Cooperazione ed Unione Doganale CEE/San Marino. Potere di accertamento e sanzionatorio nei confronti della Repubblica di San Marino (consultivo 14909/08, Avvocato G. Albenzio)

RISPOSTA

"In merito a quanto rappresentato da codesta Agenzia delle Dogane in relazione ai "dubbi circa le modalità procedurali da seguire nell'ambito dell'attività di accertamento posta in essere dall'Autorità doganale nei confronti dei soggetti residenti nella Repubblica di San Marino" e con particolare riguardo ai poteri facenti capo alle Autorità doganali italiane nei rapporti con gli operatori economici sammarinesi, si espongono le seguenti considerazioni. 1. È indubbio che tra le principali finalità che si propone l'Accordo di cooperazione ed unione doganale concluso tra CEE e la Repubblica di San Marino c'è quella di "garantire la corretta applicazione della legislazione doganale, in particolare mediante la prevenzione e l'individuazione delle violazioni di detta legislazione" (art. 3 Decisione n. 3/92 del 22.12.1992) in un quadro complessivo teso ad assicurare il "buon funzionamento dell'unione doganale" (art. 7, paragrafo 1 dell'Accordo). Per la realizzazione di tale scopo l'Accordo non solo ha espressamente sancito l'impegno della Repubblica di San Marino ad applicare tutte "le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative applicabili in materia doganale nella Comunità" (art. 7, paragrafo 1) ma ha anche previsto la definizione, da parte di un apposito Comitato, di metodi di cooperazione amministrativa ispirati a quelli adottati dalla Comunità (art. 23, paragrafi 1 ed 8), statuendo, altresì, il principio della "reciproca assistenza" tra le Autorità amministrative delle parti contraenti (art. 13, paragrafo 1). In questo contesto gli Stati membri della Comunità, per un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore dell'Accordo e, comunque, sino a nuovi accordi, sono stati autorizzati ad occuparsi, in nome e per conto della Repubblica di San Marino, delle formalità di sdoganamento, in particolare dell'immissione in libera pratica dei prodotti provenienti da paesi terzi e destinati alla Repubblica di San Marino nonché a riscuotere sulle merci, sempre per conto della Repubblica di San Marino, i dazi all'importazione (art. 8, paragrafi 1 e 2). 2. Al riguardo, si osserva che una rigorosa e letterale interpretazione del dettato normativo imporrebbe alle Autorità doganali competenti (e, dunque, anche a quelle italiane) l'esercizio di un potere di controllo limitato alle formalità di sdoganamento ed immissione in libera pratica dei prodotti provenienti da paesi terzi destinati alla Repubblica di San Marino ed alla riscossione dei dazi all'importazione. Un diverso e più ampio potere delle Autorità doganali, ovvero il potere di controllare a posteriori le dichiarazioni degli operatori sammarinesi, accertando ed eventualmente sanzionando violazioni rilevate ai sensi della vigente normativa italiana e comunitaria, non sembrerebbe infatti, sempre a voler aderire ad una interpretazione rispet-

tosa del tenore letterale delle disposizioni dell'Accordo, potersi riconoscere in capo alle suddette Autorità (come già eccepito con i motivi dell'impugnazione della quale è cenno nella nota di codesta Agenzia). Peraltro, la mancanza per i cittadini sammarinesi della qualifica di "contribuenti", sia per l'erario italiano che per quello comunitario, rappresenta un dato giuridicamente incontrovertibile e confermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia Ce del 7.3.2002, causa C-10/00 – Commissione delle Comunità europee / Repubblica italiana ove, al punto 80 della motivazione, viene sottolineato che "(…) l'introduzione nel territorio doganale comunitario di merci a destinazione San Marino e l'espletamento delle formalità doganali previste per tale destinazione non costituivano, di per sé, fatti generatori di risorse proprie delle Comunità a titolo di dazi della tariffa doganale comune e di altri diritti fissati o da fissare dalle istituzioni della Comunità (…)". L'assenza di un interesse fiscale italiano e comunitario nell'effettuazione delle attività di controllo sulle operazioni doganali di prodotti provenienti da paesi terzi e destinati a San Marino, potrebbe conseguentemente indurre a ritenere che difetti il relativo potere di agire in capo alle Autorità doganali italiane. Inoltre, non sembra fondata neppure la possibilità, ipotizzata da codesta Agenzia, di applicare al caso di specie il principio di territorialità stabilito nell'art. 6 del Codice penale in relazione agli illeciti amministrativi scaturenti dalla violazione di norme tributarie. Tale disposizione trova, infatti, il proprio esclusivo campo di applicazione in ambito penale ed alla sola commissione di reati può legittimamente essere riferita, fermo restando, ovviamente, il dovere di denunciare alle competenti Autorità giudiziarie l'avvenuta conoscenza di fatti che possano configurasi quali reati e che, in quanto tali, devono essere perseguiti. 3. Si attira l'attenzione, tuttavia, sulla diversa prospettabile interpretazione del dettato normativo formulata dall'Avvocatura Distrettuale di Bologna nella Nota del 18 settembre 2007 p. n. 14046, indirizzata alla Direzione Regionale Emilia Romagna di codesta Agenzia. Nella Nota appena richiamata è stato messo in particolare evidenza l'impegno assunto da parte della Repubblica di San Marino e di cui all'art. 7 dell'Accordo, ovvero "l'applicazione di tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative applicabili in materia doganale nella Comunità". Tale impegno, per la propria importanza, potrebbe essere considerato idoneo ad attribuire in capo alle Autorità doganali degli Stati membri anche il potere di accertare e sanzionare eventuali violazioni tributarie. A parere dell'Avvocatura Distrettuale di Bologna inoltre, e secondo la medesima direttrice interpretativa, nel regime provvisorio con il quale la Repubblica di San Marino autorizza gli Stati membri ad occuparsi delle formalità di sdoganamento e riscossione dei dazi all'importazione (art. 8, paragrafi I e II dell'Accordo), l'attività di controllo degli stessi Stati membri potrebbe ritenersi quale attività autonoma, diretta ed esercitabile nella pienezza dei poteri attribuiti dalle disposizioni legislative e comunitarie in materia doganale fino al definitivo accertamento del dazio dovuto (quindi, anche mediante il controllo a posteriori ai sensi dell'art. 78 CDC). 4. In forza di quanto sin qui espresso si può, quindi, concludere, quanto alla corretta interpretazione delle disposizioni dell'Accordo, relativamente alle attività di controllo sulle operazioni doganali effettuate dagli operatori sammarinesi, che due diverse tesi sono astrattamente prospettabili: è possibile, cioè, interpretare quelle norme nel senso di doversi riconoscere agli Stati membri solo ed esclusivamente i poteri espressamente "autorizzati" (sdoganamento e riscossione dei dazi all'importazione), aderendo ad una interpretazione strettamente letterale del dettato normativo, oppure, in un significato più ampio e con una interpretazione in linea con lo spirito dell'Accordo, concludere per il riconoscimento di poteri di controllo e sanzionatori in capo agli Stati membri, secondo le argomentazioni esposte dall'Avvocatura Distrettuale di Bologna. In mancanza di riferimenti giurisprudenziali puntuali ed esaustivi, riservato all'esito un definitivo parere, sembra opportuno investire della questione il Comitato di cooperazione previsto dall'Accordo affinché fornisca la relativa interpretazione nel rispetto dello spirito e delle finalità dell'Accordo (nel frattempo è consigliabile resistere negli eventuali giudi-

zi promossi dagli interessati, secondo la linea di difesa richiamata al precedente paragrafo 3). Al fine di limitare i riferiti episodi di distorsione del traffico verso la Repubblica di San Marino, finalizzato alla realizzazione di frodi concernenti il valore e/o l'origine dei prodotti importati ed a prescindere dall'interpretazione che verrà fornita delle norme di cui si discute, si sottolinea l'importanza di applicare comunque una stretta cooperazione amministrativa e la reciproca assistenza, promosse esplicitamente dalle statuizioni dell'Accordo come strumento fondamentale a disposizione delle parti contraenti, utile a garantire l'applicazione della legislazione doganale in vigore; la Decisione n. 3/92 del Comitato di Cooperazione CEE – San Marino del 22.12.1992 relativa alle modalità di applicazione della reciproca assistenza di cui all'art. 13 dell'Accordo evidenzia tale finalità nell'art. 3, sottolineando il precipuo scopo di "(…) prevenzione ed individuazione delle violazioni di detta legislazione, nonché le relative inchieste" ed imponendo, nel successivo art. 4, alle Autorità amministrative coinvolte lo scambio di tutte le informazioni pertinenti, "(…) comprese quelle riguardanti le operazioni attuate o programmate che violino o possano violare detta legislazione ". Per consentire, infine, alle Autorità comunitarie la verifica dell'attuazione dell'Accordo e del rispetto del suo spirito e delle sue finalità, si rammenta che dovranno essere sempre loro segnalate tutte le disfunzioni e gli eventuali inadeguati comportamenti riferibili alle Autorità sammarinesi con riguardo all'importazione di merci provenienti da paesi terzi e dei quali codesta Agenzia sia venuta a conoscenza (…)". (A.G.S. – Parere del 6.8.2008 n. 97937.).

«::::::::GA::::::::»

DOMANDA

Utilizzo della garanzia nelle operazioni di transito comunitario (consultivo 2571/08, Avvocato G. Albenzio).

RISPOSTA

"(…) codesta Agenzia chiede se possa consentirsi agli "speditori autorizzati" ad effettuare le operazioni di "transito comunitario" in regime semplificato, ai sensi dell'art. 372 Reg. CE 2454/93, di utilizzare – quando operano per conto terzi – la garanzia personale dei soggetti da essi rappresentati anziché la propria "garanzia globale" di cui all'art. 380 detto DAC. Ad avviso della Scrivente ciò non può essere consentito (come anche codesta Agenzia ipotizza), salvo che i rappresentati non siano, a loro volta, "speditori autorizzati", atteso che i regimi agevolati o di semplificazione concessi a taluni operatori sono configurati dal Codice doganale e dal suo Regolamento di attuazione con specifico riferimento alle singole categorie e persone ed alle garanzie che questi devono fornire in relazione al tipo di operazioni posto in essere, ai rischi di evasione da coprire ed alle correlate esigenze di controllo. Vero è che la normativa generale di cui all'art. 189 Reg. CEE 2913/92- CDC consente all'Autorità doganale di "richiedere la costituzione di una sola garanzia" allorché si tratti della "medesima obbligazione doganale" (co. 2), ma la disciplina specifica dettata per le operazioni di "transito comunitario" dal Capitolo 4, parte II, del Reg. CEE 2454/93-DAC (in particolare, art. 372, 379, 380-384) esclude – ad avviso di questa Avvocatura – la possibilità di esercitare quella facoltà nel caso di specie. Infatti, la disciplina del DAC contiene disposizioni specifiche configurate sulla persona ammessa alla agevolazione e, nel contempo, onerata della garanzia, anche in relazione al suo uso (art. 379 e 398), nonché una regolamentazione puntuale dei casi di riduzione o esonero dall'obbligo di garanzia (art. 380-381) e dei controlli nazionali e comunitari sui "certificati" di garanzia rilasciati (art. 383-384): è agevole rilevare che tutto il sistema testé richiamato verrebbe ad essere compromesso nella sua attuazione e verifica se si consentisse agli "speditori autorizzati" di utilizzare le garanzie prestate (ripetesi, su altri presupposti e, in alcuni casi, ad altri fini) dai soggetti terzi rappresentati; inoltre, nel caso di utilizzo delle garanzie di terzi, le responsabilità degli speditori non sarebbero, verosimilmente, coperte dalle polizze rilasciate nominativamente per i soggetti rappresentati e non per i loro rappresentanti (nella specie, gli speditori autorizzati). Si ritiene,

pertanto, che l'istanza degli "speditori autorizzati" non possa essere accolta, salvo diverse indicazioni che dovessero pervenire dalla Commissione CE e, se del caso, dalla Corte di Giustizia, unici Organismi competenti a dettare disposizioni attuative ed interpretative delle disposizioni comunitarie, in risoluzione di eventuali conflitti fra i diversi testi normativi (…)"A.G.S. – Parere del 20.3.2008 n. 37023.

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

L'APERTURA DEI PLICHI CONTENENTI LE OFFERTE TECNICHE DEVE ESSERE EFFETTUATA IN SEDUTA PUBBLICA

Questa la novità introdotta dall'art. 12 del d.l. n. 52/2012 che relativamente all'aggiudicazione di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ha modificato gli artt. 120 e 283 del Regolamento (d.P.R. n. 2017/2010) di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici (d. lgs n. 163/2006) prevedendo l'apertura in seduta pubblica dei plichi al fine di verificare la presenza dei documenti prodotti. Detta modifica si applica alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche (D.l. 7.5.2012, n. 52).

«::::::::: GA :::::::::»

CODICE DEGLI APPALTI E CODICE DELLE LEGGI ANTIMAFIA: FIRMATO L'ACCORDO TRA L'ANCI E L'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

Collaborare alla predisposizione di apposite Linee Guida aventi ad oggetto: 1) le modalità di costituzione delle stazioni uniche appaltanti ovvero delle centrali uniche di committente; 2) la corretta redazione della documentazione di gara e la gestione delle procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture. Sono questi gli obiettivi dell'intesa firmata dall'Anci e dall'AVCP che prevede a tal fine la costituzione di un apposito gruppo di lavoro. Le Parti con detto accordo s'impegnano in particolare a promuovere specifiche intese sulle attività tematiche ritenute di reciproco interesse e di prioritaria importanza tra le quali: a) Tracciabilità e semplificazioni delle procedure; b) Aspetti legati alla documentazione Antimafia; c) White list delle imprese o Attività Formazione/Informazione nei Comuni (AVCP, Accordo Anci-AVCP pubblicato il 23.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI: L'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI HA AGGIORNATO LE RISPOSTE AI QUESITI CHE PIÙ FREQUENTEMENTE VENGONO FORMULATI IN MATERIA

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a seguito della Deliberazione dell'Avcp del 21.122011, ha proceduto ad aggiornate le risposte frequenti in materia di Tracciabilità dei flussi finanziari e quelle sui contributi in sede di gara (AVCP, news 28.2.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

DURC IRREGOLARE: MODALITÀ OPERATIVE PER ATTIVARE L'INTERVENTO SOSTITUTIVO DELLA STAZIONE APPALTANTE

L'INPS con la circolare in esame fornisce chiarimenti in ordine alle modalità operative in materia di poteri sostituivi della stazione appaltante in caso di Durc irregolare di cui all'art. 4 del d.P.R. 5.10.2010, n. 207, «Regolamento di esecuzione ed attuazione del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE». (INPS, circolare

13.4.2012, n. 54).

«::::::::: GA :::::::::»

IL DURC NON E' AUTOCERTIFICABILE: NUOVE ISTRUZIONI OPERATIVE PER LE STAZIONI APPALTANTI PUBBLICHE E LE AMMINISTRAZIONI PROCEDENTI

Le Direzioni centrali dell'Inail e dell'Inps hanno congiuntamente diramato una nota confermando la non autocertificabilita' del DURC già rilevata con nota del 16.1.2012 dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali. Inoltre vengono fornite ulteriori precisazioni sulla possibilità, da parte della PA. di acquisire un DURC (non una autocertificazione) da parte del soggetto interessato, i cui contenuti potranno essere vagliati dalla stessa P.A. con le modalità previste per la verifica delle autocertificazioni. Tale ipotesi deve intendersi riferita ai soli casi in cui il legislatore ha previsto espressamente la presentazione del DURC da parte dei privati e, specificatamente, all'art. 90, co. 9, del d. lgs. 81/2008 secondo cui questo deve essere trasmesso all'amministrazione concedente, prima dell'inizio dei lavori oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività. In tale caso, l'amministrazione che ha ricevuto il DURC può verificare in ogni momento l'autenticità dello stesso attraverso il contrassegno posto in calce al documento. Resta confermato l'obbligo di acquisire d'ufficio il DURC da parte delle Stazioni Appaltanti pubbliche e delle Amministrazioni procedenti e le fattispecie in cui è consentito all'impresa di presentare una dichiarazione in luogo del DURC sono solo quelle espressamente previste dal legislatore. Dette dichiarazioni restano soggette a verifica ai sensi dell'articolo 71, del d.P.R. n. 445/2000, tramite l'acquisizione d'ufficio del DURC da parte dell'Amministrazione che le riceve. Da ciò consegue che la richiesta di DURC dal 13 febbraio p.v. potrà essere effettuata esclusivamente dalle Stazioni Appaltanti pubbliche o dalle Amministrazioni procedenti per le seguenti tipologie: - appalto/subappalto/affidamento di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi; - contratti pubblici di forniture e servizi in economia con affidamento diretto; - agevolazioni, finanziamenti, sovvenzioni ed autorizzazioni. Le imprese interessate, attraverso l'apposita funzione di consultazione disponibile sull'applicativo www.sportellounicoprevidenziale.it, potranno verificare la richiesta di DURC da parte della Stazione Appaltante pubblica o dell'Amministrazione procedente ed il suo iter. (INAIL e INPS, istruzioni operative 26.1.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE SOA RILASCIATA SULLA BASE DI FALSI DOCUMENTI VA ANNULLATA ANCHE SE LA FALSITÀ NON E' IMPUTABILE ALL'IMPRESA CHE HA CONSEGUITO L'ATTESTAZIONE

Ad avviso del Consiglio di Stato ciò che rileva, al fine dell'annullamento dell'attestazione di qualificazione, è il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali essa è stata conseguita, indipendentemente da ogni ricerca in ordine alla imputabilità soggettiva del falso. Invero, la attestazione deve basarsi su documenti autentici, e non può rimanere in vita se basata su atti falsi, quali che siano i soggetti che hanno dato causa alla falsità. Ne consegue che l'attestazione di qualificazione rilasciata sulla base di falsi documenti va annullata anche se in ipotesi la falsità non sia imputabile all'impresa che ha conseguito l'attestazione. Tuttavia, è stato anche considerato che la non imputabilità della falsità all'impresa che ha conseguito l'attestazione acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione, in quanto in caso di falso non imputabile, ai sensi dell'art. 17, lett. m), d.P.R. n. 34 del 2000, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione. Le conclusioni cui questa giurisprudenza è giunta in via di principio sono condivise da tutte le parti in causa, le cui opinioni – tuttavia – divergono per ciò che attiene le ricadute in relazione ad ipotesi quale quella all'origine dei fatti di causa. In particolare, l'Autorità ritiene che in tanto l'impresa la cui attestazione SOA sia

stata annullata per profili di falsità possa chiedere l'esenzione dalle ulteriori preclusioni di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, in quanto essa dimostri di essere stata nell'impossibilità assoluta ed insuperabile di avvedersi della falsità dei documenti che hanno condotto all'annullamento dell'attestazione. In definitiva, l'Autorità ritiene che gravi sull'impresa la prova liberatoria circa la non imputabilità dei profili di falsità che hanno condotto all'annullamento della SOA e circa la non imputabilità dell'ignoranza relativa alla sussistenza di tali profili di falsità. Il Collegio ritiene che la prospettazione dell'Autorità non possa essere condivisa, in quanto nel caso di specie: - è pacifico in atti che l'odierna appellata non avesse in alcun modo dato luogo alla falsità delle dichiarazioni che avevano condotto al rilascio della prima SOA (quella che la stessa appellata aveva sua sponte restituito); - è altresì pacifico che la seconda attestazione SOA (quella della cui revoca nella presente sede si discute) era stata conseguita dalla società sulla base di titoli autonomi, i quali nulla avevano in comune con i titoli posti a fondamento della prima attestazione (ossia, con i titoli di cui era stata dichiarata la falsità); - anche a voler condividere la ricostruzione sistematica proposta dall'Autorità in ordine al particolare onere di diligenza che grava sul soggetto il quale si avvantaggi di un'attestazione SOA (e, in via mediata, delle dichiarazioni che ne costituiscono il presupposto), non si giunge a conclusioni diverse rispetto a quelle appena delineate. E infatti, all'atto dell'acquisizione del ramo di azienda, l'odierna appellata aveva ogni ragione per ritenere – in perfetta buona fede – che i titoli in base ai quali la sua dante causa aveva ottenuto il rilascio dell'attestazione fossero stati correttamente esaminati dal soggetto a tanto istituzionalmente deputato (la società organismo di attestazione). Si ritiene al riguardo che, in ipotesi quale quella all'origine dei fatti di causa, sarebbe obiettivamente eccessivo richiedere in capo all'avente causa un onere di diligenza talmente rigoroso da porre in dubbio la correttezza delle attestazioni rese da un operatore particolarmente qualificato e – fino a prova contraria – attendibile. Infatti, pur dovendosi ritenere che in tema di qualificazione delle imprese vadano richiamati in tutta la loro portata i princìpi generali di responsabilità e di diligenza degli operatori economici, deve comunque ragionevolmente ritenersi che un tale richiamo operi in massimo grado soltanto in relazione ai fatti e alle circostanze che sono nella diretta conoscenza e disponibilità dell'impresa. Al contrario, nelle ipotesi in cui tali fatti e circostanze risultino solo indiretti e de relato, può certamente considerarsi conforme ai canoni della diligenza in concreto esigibile in capo all'operatore economico il fatto che quest'ultimo abbia fatto affidamento sulla correttezza ed attendibilità dell'operato di un soggetto particolarmente qualificato come la SOA. (CdS, Sez. VI, 23.5.2012, n. 2997).

«::::::::: GA :::::::::»

MODALITÀ DI AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO DI TRASPORTO CON AUTOBUS: DIFFERENZA TRA *APPALTO* E *CONCESSIONE*

L'art. 23 d. lgs. n. 163 del 2006 che esclude l'applicabilità della normativa sugli appalti nel caso in cui oggetto della gara sia il servizio al pubblico di trasporto mediante autobus, intendendosi il trasporto pubblico rivolto ad una platea indifferenziata di utenti, si applica in conformità alla normativa comunitaria che ne definisce il campo operativo. In particolare, nella sentenza in esame il Consiglio di Stato dopo aver ripercorso tutto il quadro giuridico comunitario vigente in subiecta materia precisa nella sostanza la differenza tra le due modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici può essere esplicitata in detti termini: nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere

generale e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione, appunto). La compensazione per lo svolgimento delle missioni di servizio pubblico è direttamente stabilita dalla legge (rectius: dal Regolamento UE). Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Nel caso dei trasporti, l'impresa che fornisce l'opera o il servizio non supporta, quindi, l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o di servizi. Nel caso specifico, il rischio viene meno, sotto il profilo economico, quando vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, specifici per l'impresa ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'amministrazione pubblica: ecco, perché, in questo senso, siamo di fronte a contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto. Nel caso di specie, aggiunge poi il Collegio, dove risulta agli atti che l'attività in oggetto è condizionata ad uno specifico contratto di servizio ove si impongono specifici oneri e determinate remunerazioni, previste con riguardo al singolo operatore, risultando insufficiente una mera concessione che abilita l'operatore economico a svolgere il servizi sulla base di predeterminate regole generali, ci si trova di fonte alla nozione comunitaria di contratto di servizio, dunque ad una situazione che lo stesso regolamento del 2007 pone sotto l'egida della disciplina degli appalti pubblici, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive (CdS, Sez. V, 3.5.2012, n. 2531).

«::::::::: GA :::::::::»

OFFERTE ANOMALE: IN SEDE DI PRESENTAZIONE DELLE GIUSTIFICAZIONI L'IMPRESA PARTECIPANTE PUÒ OPERARE MODULAZIONI DELL'OFFERTA A SUO TEMPO PRESENTATA

Secondo un orientamento giurisprudenziale condiviso dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame, in sede di presentazione delle giustificazioni sulle offerte anomale, l'impresa partecipante può operare modulazioni dell'offerta a suo tempo presentata con la conseguenza che, mentre l'offerta economica in quanto tale resta immodificabile, possono invece essere modificate e integrate le giustificazioni, sino a consentire (ad esempio) compensazioni fra sovrastime e sottostime, purché l'offerta risulti nel suo complesso coerente ed affidabile al momento dell'aggiudicazione (CdS, Sez. V, 20.2.2012, n. 875; id., VI, 24.8.2011, n. 4801). Tuttavia, se ciò è vero, è anche vero che l'impresa la cui offerta è assoggettata a verifica di anomalia è tenuta a fornire dati concreti ed attendibili, idonei a descrivere in modo univoco il contenuto dell'offerta e a confermarne la complessiva attendibilità e sostenibilità sotto il profilo economico-finanziario. In caso contrario (ossia, laddove si ammettesse la possibilità di giustificare in vari modi fra loro alternativi una determinata struttura di costi), verrebbe meno la ratio stessa dell'istituto della verifica dell'anomalia, il quale consiste nel consentire all'amministrazione di verificare sulla base di elementi concreti ed attendibili la sostenibilità dell'offerta (CdS, Sez. VI, 2.5.2012, n. 2506).

«::::::::: GA :::::::::»

IL DIRIGENTE DELL'ENTE LOCALE PUÒ SVOLGERE LE FUNZIONI DI PRESIDENTE DEL SEGGIO DI GARA E DI RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO AL QUALE SIA STATO ANCHE ATTRIBUITO IL COMPITO DI APPROVARE GLI ATTI DELLA COMMISSIONE DI GARA

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame a fronte della eccezione sollevata dal ricorrente di conflitto di interessi del Dirigente, responsabile del procedimento che ha assunto la Presidente della commissione di gara, ha evidenziato come la giurisprudenza (cfr. CdS, Sez. V, 22.6.2010, n. 3890 e 12.6.2009 n. 3716) abbia già messo in evidenza che, ai sensi dell'art. 107 d. lgs.

n. 267/00, tra le attribuzioni dirigenziali, figura espressamente anche quella di assumere la presidenza delle commissioni di gara. L'ampliamento della sfera di responsabilità, facenti capo al dirigente, delineatosi a seguito della privatizzazione del pubblico impiego, infatti, ha rafforzato l'esigenza che il medesimo dirigente sia posto in grado di seguire, in prima persona, le procedure dei cui esiti è responsabile. Così come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, analogamente deve ritenersi nel caso di un dirigente dell'ente locale che ha svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento al quale sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2445).

«::::::::: GA :::::::::»

NELLA NOZIONE DI *AFFIDAMENTO DIRETTO* DI CUI ALL'ART. 23 *BIS* D.L. N. 112/2008 RIENTRA LA PROROGA, NON PREVISTA *AB ORIGINE*, CHE SEGUE UN PRIMO AFFIDAMENTO CON GARA

Il divieto previsto dall'art. 23 bis, co. 9, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con la l. n. 133 del 2008, colpisce, per quanto qui interessa, le società che gestiscano di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, o comunque di una procedura non ad evidenza pubblica, e comporta che le medesime società non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Divieto che opera per tutta la durata della loro gestione. Ora, questo Consiglio ha già avuto modo di prendere posizione sulla questione se nella nozione di affidamento diretto di cui all'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 rientri, o meno, la proroga che segue un primo affidamento con gara (VI, 16.2.2010, n. 850). Nell'occasione, questo Consesso ha rammentato introduttivamente che la previsione preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica che si condensano nei principi comunitari di tutela della concorrenza, e, segnatamente, nei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, elencati nel co. 2, richiamato espressamente dal co. 9 del citato art. 23-bis. Posta questa premessa, sulla problematica il Consiglio ha assunto la seguente, univoca posizione. All'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario. Infatti le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste ab origine, e comunque entro termini determinati. Una volta che il contratto scada e si proceda ad una sua proroga senza che essa sia prevista ab origine, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga è da equiparare ad un affidamento senza gara. (VI, n. 850/2010 cit.) (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2459).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA PUÒ ESSERE REVOCATA SENZA NECESSITA' DI INDICARE LE RAGIONI DI PUBBLICO INTERESSE SOTTESE

La revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero la mancata conferma) non è qualificabile alla stregua di esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere il raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato dalla revoca, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dato che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento, sicché nessun pregio ha la censura di carente esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca (CdS, Sez. V, 20.4.2012, n. 2338).

«::::::::: GA :::::::::»

SE IL BANDO PREVEDE UNA ESPRESSA COMMINATORIA DI ESCLUSIONE DALLA GARA, IL CONCORRENTE NON PUÒ DOLERSI DI NON ESSERE STATO INVITATO DALL'AMMINISTRAZIONE A REGOLARIZZARE LA DOCUMENTAZIONE PRODOTTA

In presenza di una regola della lex specialis chiara e univoca, che stabilisca la necessità di una determinata dichiarazione a pena di esclusione, il principio di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163/2006, che impone all'amministrazione di invitare l'interessato ad integrare o regolarizzare la documentazione prodotta non può trovare utile applicazione; in tale ipotesi l'esclusione diventa atto dovuto in quanto ogni ulteriore apprezzamento circa l'ordine di prevalenza degli interessi pubblici in gioco (certezza delle regole, par condicio, favor partecipationis) è stato già effettuato e si è consumato all'atto dell'adozione del bando di gara. Del resto, diversamente ritenendo, la facoltà di integrazione successiva si tradurrebbe in una inammissibile alterazione della par condicio rispetto agli altri concorrenti che abbiano regolarmente prodotto la documentazione richiesta sotto espressa comminatoria di esclusione dalla gara, supplendo a carenze documentali addebitabili solo alla ditta concorrente (CdS, Sez. V, 18.4.2012, n. 2259).

«::::::::: GA :::::::::»

IL RICORRENTE DEVE FORNIRE LA PROVA DI RESISTENZA SE VUOLE IMPUGNARE GLI ESITI DELLA PROCEDURA DI GARA

Nel giudizio in esame il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza resa dal TAR che aveva respinto la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, all'esito della procedura aperta per la fornitura e il servizio quadriennale di ossigenoterapia domiciliare, nonché le domande di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno ritenendo infondate le censure dedotte dall'odierna appellante, classificatasi al quarto posto nella graduatoria finale, tutte preordinate alla caducazione dell'intera gara in quanto relative alla composizione della Commissione giudicatrice, che sarebbe stata illegittima sotto vari profili, e alle modalità con le quali la stessa avrebbe verificato i requisiti di partecipazione e valutate le offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, senza rispettare il principio della collegialità. Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello in quanto l'appellante non ha soddisfatto la prova di resistenza, non dimostrando, neppure per approssimazione, se ed in quali termini una diversa modalità procedimentale avrebbe determinato un diverso esito della procedura, in ipotesi più vantaggioso (v. CdS, Sez. VI, n. 7300/2010; V, n. 6406/2009), non contestando, ad esempio, l'ammissione dei concorrenti che la precedono in graduatoria, né la regolarità e la congruità delle loro offerte. Tale mancata dimostrazione è di per sé sola ostativa all'accoglimento delle censure, senza considerare la loro infondatezza nel merito, in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale per il quale la regola funzionale del plenum non opera nei casi in cui la Commissione sia chiamata a svolgere compiti di carattere non valutativo, che si sostanziano in un'attività puramente preparatoria (quale è la verifica della documentazione prescritta per la partecipazione alla gara), ovvero del tutto vincolata (quale è l'attribuzione del punteggio per l'offerta economica e la conseguente redazione della graduatoria) (in termini, v. CdS, IV, n. 2188/2008 e TAR Umbria, n. 26/2010) (CdS, Sez. III, 11.4.2012, n. 2078).

«::::::::: GA :::::::::»

NELLE COMMISSIONI DI GARA SOLO *VERI* ESPERTI NELLO SPECIFICO SETTORE CUI SI RIFERISCE L'OGGETTO DEL CONTRATTO

La procedura in contestazione all'esame del Consiglio di Stato ha ad oggetto l'affidamento del servizio di manutenzione degli ascensori di una ASL che deve essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La Commissione giudicatrice nominata risulta formata da tre componenti, due dei sono

architetti, ed il terzo è un medico chirurgo. Ad avviso del Consiglio di Stato tale composizione viola l'art. 84 co. 2 del Codice dei contratti, sul rilievo che la Commissione giudicatrice non è formata da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Premesso infatti che la regola di cui all'art. 84 co. 2 è il portato dei principi di rango costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, appare evidente che se è già di per sé discutibile l'assoluta mancanza di ingegneri all'interno di una Commissione cui è demandato il fondamentale compito di valutare motivatamente la qualità delle offerte tecniche relative ad impianti ascensori, è ancora più vistosa, in un simile contesto e nel caso di specie, l'incompetenza del medico chirurgo a svolgere un'attività di valutazione che, con ogni ragionevole probabilità, esula dalle sue competenze ed esperienze. Né peraltro può bastare la sola circostanza che il medico in questione sia responsabile dei servizi di qualità dell'Azienda sanitaria, non avendo l'Asl documentato il possesso, in ragione di tale incarico, di alcuna comprovata esperienza che vada al di là (del controllo qualitativo) delle (sole) prestazioni sanitarie. La violazione dell'art. 84 co. 2, sulla composizione della commissione, non ha una valenza meramente procedimentale, tenuto conto che l'impresa ricorrente in primo grado assume che una commissione composta di veri esperti in materia di ascensori avrebbe potuto valutare diversamente le offerte tecniche dei concorrenti, così determinando, in ipotesi, un diverso esito della procedura, per lei più vantaggioso (CdS, Sez. III, 10.4.2012, n. 2054).

«::::::::: GA :::::::::»

NESSUN OBBLIGO PER LA STAZIONE APPALTANTE DI COMUNICARE ALL'AGGIUDICATARIO PROVVISORIO IL RITIRO IN AUTOTUTELA DELLA GARA D'APPALTO

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha rigettato la censura con la quale veniva contestata la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 della l. 7.8.1990, n. 241 rilevando come alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale (vedi, da ultimo, sez. V, 23.6.2010 , n. 3966; 12.2.2010 , n. 743), la stazione appaltante che si determini al ritiro, in sede di autotutela, di una gara d'appalto, non è tenuta a darne previa comunicazione, ex art. 7, l. 7.8.1990 n. 241, al destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di atto endoprocedimentale interno alla procedura di scelta del contraente, per sua natura inidoneo, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita ed ad ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale (CdS, Sez. V, 5.4.2012, n. 2007).

«::::::::: GA :::::::::»

GARE PUBBLICHE: L'ESAME DELLE OFFERTE ECONOMICHE PRIMA DI QUELLE TECNICHE COSTITUISCE UNA PALESE VIOLAZIONE DEI PRINCIPI INDEROGABILI DI TRASPARENZA E DI IMPARZIALITÀ

Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione di gara è tenuta a valutare prima i profili tecnici delle offerte, e solo successivamente quelli economici. E' irrilevante che il bando non richiami una specifica disposizione di legge per stabilire quale delle due offerte debba essere esaminata con priorità sull'altra, atteso che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere alle gare pubbliche, dal momento la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti, e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, per il solo fatto di esistere inficia la regolarità della procedura. (cfr., di recente, CdS, V, 25.5.2009, n. 3217; 8.9.2010, n. 6509; 21.3.2011, n. 1734). Il

principio appena detto, giusta l'ampia valenza del suo fondamento giustificativo, ha una portata generale. Per quanto già desumibile dall'art. 91 d.P.R. n. 554/1999, esso si applica incontestabilmente anche alla materia degli appalti pubblici di servizi (così, ad es., V, 2.10.2006, n. 5735, proprio in tema di servizi: … è fermo e pacifico l'orientamento secondo cui costituisce ordinario quanto inderogabile canone operativo, nelle pubbliche gare, necessario a garantirne la trasparenza, la massima obiettività nell'assegnazione dei punteggi e, in definitiva, la par condicio tra i concorrenti, quello per cui l'assegnazione dei punteggi tecnici - tanto più quando siano frutto di apprezzamento tecnico ampiamente discrezionale, caratterizzato da una molteplicità di fattori di valutazione differenziati - deve precedere la conoscenza delle offerte economiche) (CdS, Sez. V, 28.3.2012, n. 1862).

«::::::::: GA :::::::::»

LA COMMISSIONE DI GARA DEVE PREDISPORRE SPECIFICHE CAUTELE PER ASSICURARE L'INTEGRITÀ E LA CONSERVAZIONE DEI PLICHI CONTENENTI LE OFFERTE

L'obbligo di predisporre adeguate cautele a tutela dell'integrità delle buste recanti le offerte delle imprese partecipanti a gare pubbliche, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende necessariamente dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente nei contratti delle pubbliche amministrazioni, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte dei partecipanti all'incanto è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità consacrati dall'art. 97 cost., ai quali deve uniformarsi l'azione amministrativa (cfr. ad es. CdS, V, 29.12.2009, n. 8817). La commissione di gara, quindi, deve predisporre specifiche cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara: e tale tutela deve essere assicurata in astratto e comunque, a prescindere, cioè, dalla circostanza che sia stata poi dimostrata una effettiva manomissione dei plichi. Né la relativa illegittimità potrebbe essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione sull'avvenuta conservazione della documentazione in cassaforte, atteso che tale dichiarazione non varrebbe a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione (CdS, V, 21.5.2010, n. 3203) (CdS, Sez. V, 28.3.2012, n. 1862).

«::::::::: GA :::::::::»

APPALTI PUBBLICI: LA TEMPESTIVITÀ DELL'IMPUGNAZIONE VA VERIFICATA RISPETTO ALL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA E NON A QUELLA PROVVISORIA

La tempestività dell'impugnativa va verificata rispetto all'atto di aggiudicazione definitiva, e non a quella provvisoria, la giurisprudenza avendo abbondantemente chiarito che è la prima, e non la seconda, l'atto da impugnare da parte di chi intenda contestare l'esito di una gara (così CdS, Sez. V, 20.6.2011, n. 3671, che ribadisce che l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione del soggetto non risultato aggiudicatario, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo del precedente ed è l'unico in riferimento al quale va verificata la tempestività del ricorso; in termini cfr. anche, tra le più recenti, V, 11.1.2011, n. 80; III, 11.3.2011, n. 1581; VI, 20.10.2010, n. 7586) (CdS, Sez. V, 28.3.2012, n. 1862).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DI UN CONTRATTO NON VINCOLA L'AMMINISTRAZIONE CHE PUÒ SEMPRE PROCEDERE, OVE NE RICORRANO I PRESUPPOSTI, AL SUO ANNUL-

LAMENTO

L'aggiudicazione provvisoria di un contratto non e' idonea a generare alcun affidamento qualificato, per cui la mancata conclusione della procedura o anche il suo annullamento, può sempre aver luogo, salvo l'obbligo di motivazione in relazione all'esistenza dei presupposti necessari (CdS, Sez. IV, 6.3.2012, n. 1766).

«::::::::: GA :::::::::»

IL MECCANISMO DEL SILENZIO ASSENSO PREVISTO DALL'ART. 12, CO. 1, DEL CODICE DEI CONTRATTI RIGUARDA SOLO L'APPROVAZIONE DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA, MENTRE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA RICHIEDE UNA PROVVEDIMENTO ESPRESSO DELL'AMMINISTRAZIONE

L'art. 11, co. 5 del codice dei contratti afferma che la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, co. 1, provvede all'aggiudicazione definitiva. Il Consiglio di Stato rileva che dal testo normativo, non è dato capire se la verifica, di cui parla il citato co. 5 dell'art. 11, coincida in tutto con il meccanismo di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, indicato nel co. 1 dell'art. 12 successivo. Tuttavia, se è vero che le due norme contengono un'indicazione semanticamente diversa, è del pari vero che non vi è diversità di spazio giuridico diverso tra i due meccanismi subprocedimentali e, soprattutto, non è dato rinvenire quale ulteriore attività dell'amministrazione potrebbe giustificare una diversità concettuale. Il completamento delle attività di cui all'art. 12, co. 1, del codice dei contratti pubblici, ossia l'approvazione dell'organo competente nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, ed, in mancanza, entro trenta giorni, salva la disciplina dell'interruzione dei termini, esaurisce i poteri specifici dell'amministrazione in questa fase processuale. Decorso il termine, l'aggiudicazione si intende approvata per cui, a norma nel co. 5 dell'art. 11 del codice dei contratti, la stazione appaltante … provvede all'aggiudicazione definitiva. Il testo normativo evidenzia quindi, da un lato, un obbligo di procedere all'emissione di un provvedimento espresso di aggiudicazione definitiva e, dall'altro, la sua obbligatorietà, tranne l'attivazione degli altri poteri generali di controllo spettanti alla stazione appaltante, ma estranei alla suddetta fase subprocedimentale. Conclusivamente, scaduto il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria ed in assenza di un provvedimento espresso, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva diviene concretamente esigibile da parte del privato, attesa la natura vincolata di tale atto e l'inesistenza di poteri interdittivi della pubblica amministrazione, se non quelli generali di cui si vedrà in seguito. Ovviamente, tale situazione non incide sulla conseguibilità in concreto dell'affidamento del contratto, atteso che a valle di questa situazione si collocano ulteriori adempimenti (ed in particolare, nell'ambito della stessa fase subprocedimentale, quelli tesi a conferire efficacia dell'aggiudicazione definitiva, nonché i controlli sul contratto stipulato) che possono influire sull'effettivo svolgimento della prestazione e sul pregiudiziale affidamento. Si tratta, però, di momenti di controllo successivi, che non incidono quindi sulla fase in esame e sulla nascita del vincolo in capo alla pubblica amministrazione. Il meccanismo del silenzio assenso prefigurato dall'art. 12, co. 1, riguarda solo l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, mentre l'aggiudicazione definitiva richiede una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, ossia un provvedimento (CdS, Sez. IV, 26.3.2012, n. 1766).

«::::::::: GA :::::::::»

NEGLI APPALTI PUBBLICI I PARTECIPANTI DEVONO NON SOLO ESSERE IN POSSESSO DEI REQUISITI, MA ANCHE DICHIARARLO

In base a un consolidato indirizzo giurisprudenziale tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono a pubblici appalti (in veste di affidatari, sub affidatari, consorziati, componenti di a.t.i., ausiliari in sede di avvalimento), devono non solo essere in possesso dei

requisiti generali e speciali richiesti dalla legge e dal bando, ma anche dichiararlo, assumendosi le relative responsabilità in caso di omissione (cfr. da CdS, ad. plen., 7.4.2011, n. 4; ad.plen., 15.4.2010, n. 1, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.) (CdS, Sez. V, 26.3.2012, n. 1731).

«::::::::: GA :::::::::»

PARTECIPAZIONE ALLA GARA DI APPALTO DI UNA ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE: PRESUPPOSTI PER OTTENERE IL BENEFICIO DELLA RIDUZIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA

Nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo r.t.i., la cauzione provvisoria deve essere inderogabilmente intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle singole mandanti (cfr. CdS, ad. plen., 4.10.2005, n. 8), il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria deve essere accordato esclusivamente nei casi in cui venga dimostrato il possesso della certificazione di qualità in capo a tutte le imprese associate, indipendentemente dalla tipologia di raggruppamento (cfr. CdS, sez. V, 12.5.2003, n. 2512). Anche secondo un diverso indirizzo, che pur distingue fra le varie tipologie di raggruppamenti, nel caso di partecipazione alla gara d'appalto di un'associazione temporanea di imprese, la riduzione del 50% della cauzione provvisoria è consentita: I) nel caso di associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, solo qualora tutte le imprese associate siano in possesso della certificazione di qualità, stante il regime di responsabilità solidale delle imprese stesse; II) nel caso di associazione temporanea di imprese di tipo verticale - caratterizzata da una specializzazione diversificata delle associate e, quindi, da una divisione qualitativa del lavoro pro quota - soltanto se alcune delle imprese associate siano in possesso di certificazione di qualità (o comunque di tanto abbiano fornito la prova), in quanto in tale ipotesi la responsabilità correlata alle garanzie risulta ripartita pro quota fra tutte le imprese del raggruppamento (CdS, Sez. V, 26.3.2012, n. 1731).

«::::::::: GA :::::::::»

NON E' NECESSARIO CHE VENGANO REDATTI I VERBALI DI GARA IN CONTESTUALITÀ

Il Consiglio di Stato nella sentenza in commento per ciò che riguarda la contestualità della verbalizzazione ha affermato che questa non è necessaria: essa può essere redatta anche in un secondo momento, purché in sede di procedura di gara, il segretario verbalizzante prenda i necessari appunti per poter in un secondo momento redigere con attenzione il relativo verbale, non essendo certamente possibile durante le convulse e veloci fasi della gara la compiuta ed esatta verbalizzazione degli accadimenti. Quanto, poi, al fatto che alcune contestazioni dell'appellante non sono state verbalizzate, al di là del fatto che una tale pratica è irregolare, ciò non può però considerarsi un vulnus, in quanto in ogni caso, anche in mancanza di verbalizzazione, è sempre possibile far valere eventuali ritenute illegittimità (CdS, Sez. V, 21.3.2012, n. 1599).

«::::::::: GA :::::::::»

PRINCIPI CONSOLIDATI IN MATERIA DI INTERPRETAZIONE DELLE CLAUSOLE DEL BANDO DI GARA

Le regole contenute nella lex specialis di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione. Il rigore formale che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, e per altro verso alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, da ciò scaturendo la conseguenza che solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o bando di gara può ammettersi una interpretazione diversa da quella letterale (cfr. CdS, V, 2.8.2010, n. 5075). Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del ban-

do di gara, delle quali va preclusa qualsiasi esegesi non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato; parimenti, si devono reputare comunque preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (CdS, IV, 5.10.2005, n. 5367; V, 15.4.2004, n. 2162). Nell'interpretazione delle clausole del bando per l'aggiudicazione di un contratto della PA. deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione (CdS, V, 30.8.2005, n. 4413).(CdS, Sez. V, 19.9.2011, n.5282) (CdS, Sez. V, sentenza 12.3.2012, n.1372).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AMMINISTRAZIONE PUÒ AGGIUDICARE LA GARA E POI VERIFICARE LA SUSSISTENZA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

La verifica dei requisiti per la partecipazione a gara rappresenta fase autonoma del procedimento di affidamento, ex art. 11, co. 8, cod. contr., secondo cui l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la suddetta verifica e, pertanto, non è precluso all'amministrazione pronunciare prima l'aggiudicazione (CdS, Sez. III, n. 343 del 26.1.2012) (CdS, Sez. III, 13.3.2012, n. 1409).

«::::::::: GA :::::::::»

LE VALUTAZIONI DELLA COMMISSIONE DI GARA IN SEDE DI VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA E' CARATTERIZZATA DA DISCREZIONALITÀ TECNICA SINDACABILE DAL GIUDICE ENTRO LIMITI PREDETERMINATI

Il Collegio osserva, in generale, che – secondo il consolidato indirizzo di questa Sezione (ex multis sent. 18/3/2010, n. 1589) - le valutazioni della commissione di gara in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta si sostanziano in un'attività amministrativa di giudizio di carattere tecnico, finalizzata alla ricerca non già di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, bensì ad accertare se questa sia attendibile o inattendibile nel suo complesso e, quindi, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. A fronte di tale manifestazione di discrezionalità tecnica il sindacato giurisdizionale è ristretto entro i limiti, propri delle forme del controllo di tipo estrinseco, delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, arbitrarietà, illogicità manifesta della motivazione. Ne consegue che, specie nel caso in cui la commissione di gara abbia proceduto ad un'analitica disamina degli elementi dell'offerta, nel contraddittorio con l'interessata, pervenendo ad un giudizio finale positivo, non è sufficiente per chi contesti tale esito contrapporre una propria versione alternativa, ma occorre enucleare specifici punti in cui il positivo riscontro sull'attendibilità dell'offerta si riveli, nel suo complesso, logicamente deficitario ed incongruamente motivato (CdS, Sez. V, 12.3.2012, n. 1369).

«::::::::: GA :::::::::»

NELLE GARE D'APPALTO IMPRONTATE AL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA, LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA, IN PRESENZA DI CRITERI PUNTUALI E STRINGENTI FISSATI DALLA *LEX SPECIALIS EX* ART. 83 D. LGS N.163/2006 PUÒ AVVENIRE CON ATTRIBUZIONE DI PUNTEGGI SENZA LA NECESSITÀ DI UNA ULTERIORE MOTIVAZIONE

Ad avviso del Collegio nelle gare d'appalto improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di criteri puntuali e stringenti (fissati dalla lex specialis ai sensi dell'art. 83 d. lgs. 12.4.2006, n.163), può estrinsecarsi mediante l'attribuzione di punteggi senza la necessità di una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso il giudizio della commissione ex se nella

graduazione e ponderazione dei punteggi assegnati in conformità ai criteri, ma che, nelle ipotesi connotate dall'assenza di sub-criteri o anche di criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, e dunque in presenza di criteri improntati a significativi margini di discrezionalità tecnica non compiutamente definiti, la mera attribuzione dei punteggi non sia sufficiente a dar conto dell'iter logico seguito nella scelta e a far comprendere con chiarezza le ragioni per cui sia stato attribuito un punteggio maggiore a talune offerte e minore ad altre, sicché in ipotesi siffatte, per assolvere correttamente al dovere di motivazione, è necessario che, oltre al punteggio numerico, sia espresso un giudizio motivato, col quale la commissione espliciti le ragioni del punteggio attribuito (v. in tal senso, ex plurimis, CdS, Sez. V, 29.11.2005 n. 6759) (CdS, Sez. VI, 8.3.2012, n. 1332).

«::::::::: GA :::::::::»

VERBALIZZAZIONE DELLE OPERAZIONI DI GARA: E' SUFFICIENTE LA REDAZIONE DI UN UNICO VERBALE ANCHE SE RELATIVO A PIÙ SEDUTE SVOLTE IN DIVERSE GIORNATE DALLA COMMISSIONE

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame aderisce all'indirizzo giurisprudenziale a tenore del quale anche se, in mancanza di specifiche indicazioni della normativa di settore e della disciplina di gara, deve escludersi la necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della commissione di gara, è necessario comunque che nell'unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, ancorché relativo a più giornate, avvenga una corretta rappresentazione documentale dello svolgimento della procedura (CdS., Sez. V, 29.4.2009 n. 2748) (CdS, Sez. III, 5.3.2012, n. 1251).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AMMINISTRAZIONE GODE DI AMPIA DISCREZIONALITÀ NELLA SCELTA DEI CRITERI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

La scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è connotata da ampia discrezionalità, ma deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto (CdS, sez. V, 11.1.2006, n. 28; 21.11.2007, n. 5911; 19.11.2009, n. 7259) (CdS, Sez. V, 28.2.2012, n. 1150).

«::::::::: GA :::::::::»

LA MERA PARTECIPAZIONE ALLA GARA NON E' SUFFICIENTE AD ABILITARE IL PARTECIPANTE ALL'IMPUGNARE DELLA PROCEDURA SELETTIVA

Secondo il recente insegnamento della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, invero, la mera partecipazione di fatto ad una gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, poiché la situazione legittimante deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto la definitiva esclusione, oppure l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara, impediscono di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare la procedura selettiva. Ed il positivo riscontro della legittimazione al ricorso, sempre secondo le puntualizzazioni dell'Adunanza Plenaria, è necessario tanto per far valere un interesse, cd. finale, al conseguimento dell'appalto, quanto per perseguire un interesse meramente strumentale diretto alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (CdS, Sez. V, 28.2.2012, n. 1153).

«::::::::: GA :::::::::»

NELLE GARE PUBBLICHE DEVONO ESSERE EVITATI INUTILI APPESANTIMENTI E DEVE ESSERE GARANTITO IL MASSIMO GRADO DI PARTE-

CIPAZIONE DEI CONCORRENTI NEL RISPETTO DELLA *PAR CONDICIO*

L'esclusione da una gara pubblica può essere disposta ogniqualvolta il concorrente abbia violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti. La carenza essenziale del contenuto o delle modalità di presentazione che giustifica l'esclusione deve riferirsi all'offerta, incidendo oggettivamente sulle componenti del suo contenuto ovvero sulle produzioni documentali a suo corredo, in rispondenza ad un interesse sostanziale della stazione appaltante (CdS, Sez. V, 11.12.2007, n. 6410). Come già affermato in precedenti da cui il Collegio non intende discostarsi (CdS, Sez. V, 28.2.2011, n. 245;12.7.2004, n. 5049; Sez. VI, 8.3.2010, n. 1305), la necessità di evitare inutili appesantimenti nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, costituisce metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile, sicchè deve respingersi un'interpretazione della clausola del bando impositiva, a pena di esclusione, di una duplicazione di documenti descrittivi attinenti ai medesimi elementi (nella specie, due relazioni aventi in comune informazioni sull'esecuzione del progetto; una relazione e le schede tecniche sui medesimi profili qualitativi) e ritenersi legittimo l'operato della Commissione che ha considerato esaustiva la documentazione presentata, in quanto completa di tutti gli elementi richiesti dalla legge di gara, ed insussistenti i presupposti per l'applicazione della sanzione espulsiva (CdS, Sez. V, 21.2.2012, n. 933).

«::::::::: GA :::::::::»

DECIDE IL GIUDICE ORDINARIO SULLE CONTROVERSIE PER LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO OVVERO L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO DELL'APPALTATORE A PROSEGUIRE IL RAPPORTO CON L'AMMINISTRAZIONE COMMITTENTE

Le controversie aventi ad oggetto la risoluzione del contratto ovvero l'accertamento del diritto dell'appaltatore a proseguire il rapporto con l'amministrazione committente rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, cui spetta di verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative(Cons. St. VI, 17.3.2010, n. 1554). Per giurisprudenza consolidata (Cass. SS.UU. n. 21928/2008, n.6068/2009), costituiscono eccezione al principio generale della devoluzione al g.o. delle controversie correlate ad un rapporto contrattuale già costituito solo le ipotesi di esercizio da parte della p.a. appaltante di un potere valutativo discrezionale dei requisiti del contraente, di natura pubblicistica, quale, ad esempio, quello conferito dall'art. 11 del d.P.R. n. 252 del 1998 allo scopo di impedire il mantenimento di rapporti contrattuali con imprese sospettate di collegamenti con la criminalità organizzata (CdS, Sez. V, 21.2.2012, n. 932).

«::::::::: GA :::::::::»

RAGIONI DI PUBBLICO INTERESSE POSSONO LEGITTIMARE L'AMMINISTRAZIONE A NON PROCEDERE ALL'AGGIUDICAZIONE DELLA GARA

In materia di contratti della P.A., il potere di non procedere alla aggiudicazione (definitiva o provvisoria) di una gara ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse (CdS, Sez. III, n. 6039 del 15.11.2011, Sez. VI, n. 1554 del 17.3.2010) (CdS, Sez. III, 16.2.2012, n. 833).

«::::::::: GA :::::::::»

L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA PUÒ, OVE PREVISTO DAL BANDO, ESSERE COMUNICATA VIA FAX ED IL RELATIVO RAPPORTO DI TRASMISSIONE VIA FAX È STRUMENTO IDONEO A FAR DECORRERE I TERMINI DI IMPUGNATIVA

In base alla più recente normativa (d.P.R. 28.12.2000, n. 445) il fax è strumento ordinario di comunicazione di atti e documenti, in quanto soddisfa sia la forma scritta che la fonte di provenienza. In forza dell'art. 43, comma 6, un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente. In materia di procedure ad evidenza

pubblica, l'art. 77 del d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che è in facoltà delle stazioni appaltanti e degli operatori economici inviare le comunicazioni via telefax, purché di ciò si dia comunicazione nel bando o nell'invito. Sulla scorta della normativa citata, la giurisprudenza ha ritenuto che il rapporto di trasmissione via fax è strumento idoneo a garantire con sufficiente certezza l'effettività della comunicazione e, quindi, a far decorrere i termini di impugnativa, senza che il soggetto che ha trasmesso il fax debba fornire ulteriore prova oltre quella risultante dal rapporto di trasmissione che indichi le regolari avvenute trasmissione e ricezione. Grava, invece, sul ricevente che assume la mancata ricezione fornirne la prova contraria (CdS, Sez. V, 18.8.2010, n. 5845; 24.4.2002, n. 2202) (CdS, Sez. V, 14.2.2012, n. 722).

«::::::::: GA :::::::::»

NEI BANDI DI GARA LA PA. PUÒ RICHIEDERE REQUISITI PIÙ RIGOROSI RISPETTO A QUELLI PREVISTI DALLA LEGGE

Costituisce invero jus receptum (CdS, Sez. V, 4.8.2010, n. 5201; 19.11.2009, n. 7247; 6.4.2009, n. 2138) che i bandi di gara di appalti pubblici possono contenere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli prescritti dalla legge, purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore, e possono pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, ciò rientrando nell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione finalizzato a dare corretta attuazione ai principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della costituzione (CdS, Sez. V, 2.2.2012, n. 564).

«::::::::: GA :::::::::»

L'IMPRESA HA L'ONERE DI PARTECIPARE ALLA GARA PER POTER CONTESTARE LE CLAUSOLE DEL BANDO RITENUTE LESIVE DEI PROPRI LEGITTIMI INTERESSI

E' principio giurisprudenziale consolidato e di recente ribadito dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio, quello secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara, poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela. In questa veste, il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse finale al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta). Ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura, quindi, costituisce, tuttora, la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso (cfr. Ad. Plen. n.4/2011). Una eccezionale deroga al principio testé annunciato, sempre come precisato dall'Adunanza Plenaria, può peraltro rinvenirsi nella ipotesi dell'operatore del settore a cui sia oggettivamente impedita la partecipazione alla procedura selettiva, in virtù di una specifica clausola direttamente ed immediatamente escludente del bando. In tali circostanze, infatti, la certezza del pregiudizio determinato dal bando rende superflua la domanda di partecipazione e l'adozione di un atto esplicito di esclusione (CdS, Sez. V, 2.2.2012, n. 550).

«::::::::: GA :::::::::»

DECIDE IL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA E AGGIUDICAZIONE A TERZI DI UN IMMOBILE PUBBLICO

Sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo sulla richiesta diretta all'impugnazione degli atti di indizione di una procedura ad evidenza pubblica e aggiudicazione a terzi di un bene immobile pubblico. La domanda è infatti principalmente rivolta all'accertamento della nullità degli atti della procedura, che sono espressione di attività pubblicistica

provvedimentale rispetto ai quali la posizione del privato riveste carattere di interesse legittimo, e soltanto in via consequenziale all'annullamento del contratto di compravendita (CdS, Sez. V, 26.1.2012, n. 338)

«::::::::: GA :::::::::»

NON E' SANABILE L'OMESSA ALLEGAZIONE DI DOCUMENTI PREVISTI A PENA DI ESCLUSIONE DALLA GARA

Per consolidato insegnamento giurisprudenziale in ordine all'istituto del c.d. dovere di soccorso codificato dall'art. 46 d. lgs. n. 163/2006, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali: e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara. In presenza di una prescrizione chiara un'ammissione alla regolarizzazione costituirebbe una violazione della par condicio fra i concorrenti. La richiesta di regolarizzazione, pertanto, non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione (C.G.A., n. 802 del 2006; CdS, IV, n. 4560 del 2005 e n. 2254 del 2007). Quanto all'elaborazione giurisprudenziale in tema di c.d. falso innocuo, infine, la stessa ha riguardo all'ipotesi in cui il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti sostanziali richiesti, e nel contempo, però, la lex specialis non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle prescrizioni da essa recate sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, ma faccia solo un generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. E' solo a queste condizioni, quindi, che l'omissione non produrrebbe alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma ma ricorrerebbe un'ipotesi di mero falso innocuo, in quanto tale insuscettibile di fondare l'esclusione (CdS, Sez. V, 26.1.2012, n. 334).

«::::::::: GA :::::::::»

SOLO LA REALE ESISTENZA DI CONDANNE PENALI E NON LA MANCATA ALLEGAZIONE DI AUTOCERTIFICAZIONE SULLA LORO ESISTENZA DETERMINA L'ESCLUSIONE DALLA GARA

L'esclusione dalla gara può essere disposta laddove sia constatata la reale esistenza di condanne penali, piuttosto che per la mancata allegazione di autocertificazione sulla esistenza delle predette condanne. Ciò in quanto il combinato disposto dei coo. 1 e 2 dell'art. 38 d. lgs n. 163/2006 deve essere inteso nel senso che anche in caso di radicale omissione della dichiarazione di cui al co. 1, solo ove sussistano in concreto le ragioni ostative alla partecipazione l'impresa non va ammessa a gara (CdS, Sez. III, 26.1.2012, n. 00349).

«::::::::: GA :::::::::»

DIVIETO DI COMMISTIONE FRA CRITERI SOGGETTIVI DI QUALIFICAZIONE E CRITERI OGGETTIVI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA AI FINI DELL'AGGIUDICAZIONE

Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. Tuttavia si deve aver presente che spesso il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore è particolarmente sottile, stante la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Tale commistione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il principio astratto fin qui enucleato, viene tuttavia in rilievo quante volte la lex specialis valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata (cfr. CdS, Sez. V, 28.8.2009 n. 5105; Sez.VI, 15.12.2010, n. 8933). Allo stato degli atti la censura viene

dunque a coincidere con quella di difetto di criteri motivazionali, potendo, allo stato degli atti, la Commissione individuare criteri distintivi nell'ambito del generico richiamo quale parametro valutativo alle certificazioni di qualità aziendale possedute dalle concorrenti (CdS, Sez. V, 23.1.2012, n. 266).

«::::::::: GA :::::::::»

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO NON PUÒ INGERIRSI NEGLI AMBITI RISERVATI ALLA DISCREZIONALITÀ TECNICA DELL'ORGANO VALUTATORE SOSTITUENDO IL PROPRIO GIUDIZIO A QUELLO DELLA COMMISSIONE DI GARA

Le valutazioni tecniche relative alle offerte presentate nelle gare d'appalto sono caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione. Gli apprezzamenti in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte dei vari partecipanti alla gara, dunque, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle suddette valutazioni tecnico-discrezionali (CdS Sez. V, 8.3.2011, n. 1464); e, in sede giurisdizionale, parimenti, sono sindacabili solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà ictu oculi rilevabile, rientrando tipicamente nel potere valutativo quello di ritenere migliore un'offerta rispetto ad un'altra (cfr CdS, Sez. V, 1.10.2010 , n. 7262). Ne consegue che il giudice amministrativo non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione (CdS, Sez. III, 19.1.2012, n. 249).

«::::::::: GA :::::::::»

MODULISTICA ERRATA DELLA STAZIONE APPALTANTE: IL GIUDICE AMMINISTRATIVO ABILITA IL *FAI DA TE*

L'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione, atteso che nessun addebito poteva a detta impresa essere contestato per essere stata indotta in errore, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dal negligente comportamento della stazione appaltante, che aveva mal predisposto la relativa modulistica (CdS, Sez. V, 10.1.2012, n. 00031)

«::::::::: GA :::::::::»

IL DIVIETO DI AVVALIMENTO PARZIALE NON SI ESTENDE AGLI APPALTI DIVERSI DA QUELLI DI LAVORO

Il divieto di avvalimento parziale non si estende agli appalti diversi da quelli di lavoro. Invero la Commissione europea, con la nota C(2008)0108 del 30.1.2008 aveva aperto una procedura di infrazione verso l'Italia, ritenendo configurabile un'incompleta trasposizione delle direttive comunitarie nel codice degli appalti ed esprimendo, in particolare, perplessità sulla compatibilità comunitaria dell'art. 49 del codice appalti, che consente ad un concorrente di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, sembrando, al contrario, riconoscere la possibilità anche di cumulare frazioni del requisito. Per conformarsi alla contestazione comunitaria di un recepimento eccessivamente restrittivo dell'istituto in esame, il terzo decreto correttivo (d. lgs. 11.9.2008, n. 152) ha novellato il co. 6, il quale, nel testo attuale, prevede dunque che solo per i lavori si applica il divieto legale di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione (TAR Lazio, Sez. III quater, 29.3.212, n. 3006).

«::::::::: GA :::::::::»

LE STAZIONI APPALTANTI POSSONO DECIDERE DI NON PROCEDERE ALL'AGGIUDICAZIONE SE NESSUNA

OFFERTA RISULTI CONVENIENTE O IDONEA IN RELAZIONE ALL'OGGETTO DEL CONTRATTO

L'art. 81, co. 3, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 prevede che le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Si rende in proposito necessario precisare che la o collocata tra conveniente ed idonea ha significato e valore disgiuntivo e non congiuntivo, il che comporta che, al fine di decidere nel senso della non aggiudicazione, non si richiede che si presentino entrambe le condizioni: non convenienza e non idoneità delle offerte, essendo invece a tal fine sufficiente la sussistenza di una sola (TAR Lazio, Sez. I quater, 23.3.2012, n. 2769).

«::::::::: GA :::::::::»

QUALORA IL NUMERO DELLE OFFERTE AMMESSE ALLA GARA SIA INFERIORE A CINQUE NON TROVA APPLICAZIONE IL CRITERIO D'INDIVIDUAZIONE DELLE OFFERTE ANOMALE

Nel caso di specie la parte ricorrente si duole che l'offerta aggiudicataria non è stata assoggettata alla verifica di anomalia, ancorché caratterizzata da un ribasso assai più elevati rispetto a quello della ricorrente. Il Collegio ha rigettato l'eccezione atteso che avendo partecipato solo due concorrenti, l'ATI ricorrente e il RTI aggiudicatario non ricorrono i presupposti per la verifica obbligatoria dell'anomalia. Come noto, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 86, co. 4, del codice dei contratti, nel caso in cui il numero delle offerte ammesse alla gara sia inferiore a cinque non trova applicazione il criterio d'individuazione delle offerte anomale previste dal co. 1 dello stesso art. 86, ma, la più flessibile disciplina di cui al co. 3 del medesimo articolo sopra riportato, che, invece, con norma di chiusura, prevede: In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Tanto precisato, osserva il Collegio che nessun appunto può essere mosso all'operato della Commissione di gara che non ha ritenuto di ricorrere al potere di controllo dell'offerta più bassa, e dunque da considerarsi senz'altro la migliore secondo la disciplina di gara, tenuto conto del metodo di aggiudicazione prescelto, cui il seggio di gara era vincolato, del prezzo più basso, inferiore a quello a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari. Ed invero, la facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità del ribasso, ai sensi dell'art. 86, terzo comma, del codice dei contratti pubblici presuppone un giudizio tecnico della stazione appaltante circa il sospetto di anomalia dell'offerta in base ad elementi specifici, come ricordato dal legislatore. Solo in tale ipotesi, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia deve essere aperto dalla stazione appaltante che, sulla base di elementi oggettivi, procede a richiedere chiarimenti da parte dell'impresa. Tale attività costituisce, indubbiamente, espressione della discrezionalità riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile solo in presenza di macroscopica irragionevolezza, che nella specie non sussiste (TAR Lazio, Sez. III ter, 23.3.2012, n. 2750).

«::::::::: GA :::::::::»

PER IL RICONOSCIMENTO DEL BENEFICIO DELLA RIDUZIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ DEVE ESSERE RELATIVA ALL'OGGETTO DELL'APPALTO

L'art. 75, co. 7, d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000; per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. La riduzione della cauzione configura un beneficio riconosciuto ad un'impresa in considerazione di una sua particolare condi-

zione soggettiva, attestata dal possesso della certificazione di qualità, per cui questa è ritenuta particolarmente affidabile sia come concorrente sia come potenziale affidataria dell'appalto. Ne consegue – essendo la riduzione dell'importo cauzionale giustificata dalla maggiore affidabilità strutturale ed operativa dell'impresa – la necessità che il requisito sia posseduto con riferimento all'oggetto specifico dell'appalto, dovendo pertanto esservi corrispondenza tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità. Non può assumere rilievo che l'art. 75, co. 7, d. lgs. n. 163 del 2006 faccia riferimento alla certificazione del sistema di qualità senza ulteriori specificazioni, atteso che deve ritenersi implicito, in ragione della sua ratio, che la certificazione di qualità, ai fini del beneficio della dimidiazione, deve essere relativa all'oggetto dell'appalto (TAR Lazio, Sez. II ter, 21.3.2012, n. 2716).

«::::::::: GA :::::::::»

NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA LE COMMISSIONI DI GARA DEBBONO ESSERE COMPOSTE CON UN NUMERO DISPARI DI COMPONENTI

L'art. 84 del nuovo codice dei contratti pubblici approvato con il d. lgs. n. 163 del 2006, in recepimento delle direttive comunitarie, ha disciplinato in modo uniforme la composizione della Commissione di gara per ogni procedura ad evidenza pubblica. Il Collegio, sulla scorta di una giurisprudenza amministrativa da cui non ha motivo di discostarsi rileva, nel caso in esame, l'illegittima composizione della Commissione di gara i cui membri risultano in numero pari (quattro), mentre le Commissioni stesse debbono necessariamente essere composte di un numero dispari onde assicurare la funzionalità del principio maggioritario per la formazione del quorum strutturale ai fini del calcolo della maggioranza assoluta dei componenti (cfr. CdS, Sez. V, 6.4.2009 n. 2143; Sez. VI, 22.11.2007 n. 5502) (TAR Lazio, Sez. I bis, 9.3.2012, n. 1321).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

LA FASE DI VERIFICA E VALIDAZIONE DEL PROGETTO ALLA LUCE NEL NUOVO REGOLAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

del Dott. Ing. Andrea Di Stazio

La fase di verifica e validazione del progetto costituisce uno dei momenti essenziali del procedimento di approvazione del progetto stesso. La corretta fase di verifica e validazione del progetto protegge la pubblica amministrazione dalle richieste delle imprese sugli aspetti progettuali.

The verification and validation phase of the project is one of the essential moments of the procedure for approval of the project. Proper testing and validation phase of the project protects the public administration from the demands of enterprises on design aspects.

Sommario: . Premessa. - 2. Verifica e Validazione. - 3. Procedimento di Verifica e Validazione. - 4. Conclusioni.

1.Premessa.

La fase di verifica e validazione del progetto è una fase che si svolge all'interno della stazione appaltante nel corso dell'iter di approvazione del progetto. Prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice dei contratti tale fase era disciplinata dagli artt. 16 co. 1 e co. 2 e 30 co. 6 della l. 11.2.1994 n. 109 e s.m.i. e dagli artt. 46, 47 e 48 del d.P.R. 21 12.1999, n. 554. Nell'attuale quadro normativo la validazione del progetto trova le sue fonti negli artt. 93 co. 6 e 112 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 e negli artt. 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 57 del d.P.R. 5.10.2010, n. 507. Nel corso del presente articolo cercheremo di rispondere ai seguenti quesiti riguardanti la verifica e la validazione:

1) in quale fase dell'*iter* d'approvazione del progetto si svolge;

2) chi è l'organo deputato ad effettuare la verifica e la validazione;

3) in cosa consiste la verifica e la validazione del progetto;

4) cosa può accadere in caso di validazione manchevole o incompleta.

2.Verifica e validazione.

Per quanto riguarda il punto 1) occorre premettere la differenza che intercorre tra verifica e validazione; per verifica s'intende il controllo della documentazione progettuale, per ciascuna fase (preliminare, definitivo ed esecutivo), con riferimento ai seguenti aspetti di controllo: affidabilità, completezza ed adeguatezza, leggibilità, coerenza e ripercorribilità, compatibilità. Per validazione del progetto (posto a base di gara) s'intende l'atto formale che riporta gli esiti delle verifiche eseguite e fa riferimento rapporto conclusivo redatto dal soggetto preposto alla verifica.

Quindi la verifica deve essere eseguita in ogni fase progettuale mentre la validazione è il momento conclusivo della verifica e deve essere eseguita prima dell'appalto dei lavori, tanto è vero che gli estremi della validazione devono essere riportati sul bando di gara.

Il soggetto incaricato del procedimento di verifica, in ogni fase di progettazione, e validazione finale del progetto è il responsabile unico del procedimento. Per quanto riguarda il punto 2) il codice dei contratti prevede che

per lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, la verifica debba essere effettuata da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, mentre per i lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, la verifica possa essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità, ovvero da altri soggetti autorizzati secondo i criteri stabiliti dal regolamento. Il d.P.R 207/2010 distingue tra le verifiche eseguite dalle strutture tecniche della stazione appaltante e le verifiche eseguite attraverso strutture tecniche esterne alla stazione appaltante. Preliminarmente le verifiche devono essere eseguite dalla struttura interna della stazione appaltante, premesso che per verifiche interne s'intendono sia quelle eseguite attraverso strutture e personale tecnico della propria amministrazione che quelle eseguite tramite strutture tecniche di altre amministrazioni delle quali la stazione appaltante può avvalersi; esse sono i Provveditorati Interregionali alle Opere Pubbliche, le amministrazioni provinciali, le centrali di committenza alle quali i Comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti affidano obbligatoriamente l'acquisizione di lavori, servizi e forniture. Le verifiche eseguite dalla struttura tecnica della stazione appaltante si distinguono in base all'importo; per lavori d'importo pari o superiore a 20 milioni di euro tali verifiche sono eseguite dall'unità tecnica della stazione appaltante accreditata, ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020, quale Organismo di ispezione di tipo *B*. Per lavori d'importo inferiore a 20 milioni di euro le verifiche sono eseguite gli uffici tecnici delle stesse stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni, ovvero, nel caso in cui tale progetto sia stato redatto da progettisti interni, dagli uffici tecnici delle stesse stazioni appaltanti, qualora siano dotate di un sistema interno di controllo di qualità coerente con i requisiti della norma UNI EN ISO 9001[1].

Per importi ancora inferiori il legislatore ha introdotto una duplice soglia legata alla tipologia di opera; qualora le opere siano del tipo a *rete* e d'importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, pari a 5 milioni di euro, le verifiche sono eseguite o dal responsabile del procedimento, qualora non sia stato anche progettista, o dagli uffici tecnici della stazione appaltante anche non dotati di un sistema interno di controllo di qualità. Tale disposizione si applica anche alle verifiche delle opere puntuali, qualora d'importo inferiore a 1 milione di euro[2]. Il ricorso alle verifiche di organi esterni alla stazione appaltante può essere eseguito in caso di impossibilità di poter effettuare la verifica interna nonché in caso di carenza di organico della stazione appaltante, accertata dal dirigente competente. In tale evenienza il responsabile del procedimento affida l'appalto di servizi avente ad oggetto la verifica della progettazione[3] .

Per quanto riguarda le verifiche tecniche eseguite da *organi esterni* alla stazione appaltante il regolamento anche in questo caso distingue per importo dei lavori; per opere d'importo pari o superiore a 20 milioni di euro, dette verifiche sono eseguite da Organismi di ispezione di tipo A e di tipo C, accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 da enti partecipanti all'*European cooperation for accreditation* (EA) secondo le disposizioni previste da apposito decreto del Ministero Infrastrutture e Trasporti, ad oggi non emanato. Tali Organismi devono garantire l'assoluta separazione, sul piano tecnico, procedurale, amministrativo e finanziario, tra le attività ispettive ed altre attività con queste potenzialmente conflittuali. I predetti Organismi devono aver costituito al proprio interno una struttura tecnica autonoma dedicata all'attività di verifica dei proget-

[1] La norma UNI EN ISO 9001:2008 definisce i requisiti di un sistema di gestione per la qualità per una organizzazione. I requisiti espressi sono di carattere generale e possono essere implementati da ogni tipologia di organizzazione.

[2] Esemplificando potremo dire che strade, acquedotti, fognature, canali di irrigazione sono opere a rete, mentre edifici, pubblici, ospedali, palestre sono opere puntuali.

[3] Per le procedure di affidamento degli incarichi vedi anche: A. Di Stazio, *Le procedure di affidamento di incarichi di importo inferiore a € 100.000,00 alla luce del d.P.R 207/2010*, in *Gazzetta Amministrativa n. 03/2011.*

ti, in cui sia accertata mediante l'accreditamento, l'applicazione di procedure che ne garantiscano l'indipendenza e l'imparzialità.

Per lavori d'importo inferiore a 20 milioni di euro le verifiche sono eseguite, oltre che dagli Organismi accreditati, da:

- liberi professionisti singoli od associati;
- società di professionisti;
- società d'ingegneria;
- prestatori di servizi di ingegneria ed architettura stabiliti in altri Stati membri dell'UE;
- consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria;
- raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti precedentemente elencati.

Tali soggetti devono disporre al loro interno di un sistema interno di controllo di qualità, dimostrato attraverso il possesso della certificazione di conformità alla norma UNI EN ISO 9001, rilasciata da Organismi di certificazione accreditati da enti partecipanti all'*European cooperation for accreditation* (EA); siffatta certificazione è emessa secondo le disposizioni previste da apposito decreto del Ministero Infrastrutture e Trasporti, ad oggi non emanato. I predetti soggetti devono garantire l'assoluta separazione sul piano tecnico e procedurale tra le attività ispettive ed altre attività con queste potenzialmente conflittuali e devono aver costituito al proprio interno una struttura tecnica autonoma dedicata all'attività di verifica dei progetti, in cui sia accertata mediante certificazione, l'applicazione di procedure che ne garantiscano indipendenza ed imparzialità.

I soggetti precedentemente elencati, per opere puntuali di importo inferiore a 1 mln di euro ovvero per opere a rete d'importo inferiore a 5 mln di euro sono esentati dal possesso della certificazione UNI EN ISO 9001.

Nel caso in cui la verifica debba essere eseguita da organi esterni è determinante conoscere l'importo presunto della corrispettivo per il servizio, al fine dell'individuazione della corretta procedure da seguire. La stima dell'importo della parcella deve essere effettuata facendo riferimento alla tab. B 6 del d.m. 4.4.2001 ove è prevista per la validazione del progetto l'aliquota del 30% delle attività di supporto al responsabile del procedimento.

3. Procedimento di verifica e validazione.

Venendo ora al punto 3) ci domandiamo in cosa consista la verifica e la successiva validazione del progetto. Il codice dei contratti stabilisce che oggetto di verifica e validazione sia la completezza degli elaborati progettuali e la loro rispondenza alla normativa vigente. Il regolamento precisa che le verifiche sono condotte sulla documentazione progettuale per ciascuna fase, in relazione al livello di progettazione, con riferimento ai seguenti aspetti del controllo:

- affidabilità, intendendosi per affidabilità la verifica dell'applicazione delle norme specifiche e delle regole tecniche di riferimento adottate per la redazione del progetto e la verifica della coerenza delle ipotesi progettuali poste a base delle elaborazioni tecniche ambientali, cartografiche, architettoniche, strutturali, impiantistiche e di sicurezza;
- completezza ed adeguatezza, intendendosi per completezza ed adeguatezza la verifica della corrispondenza dei nominativi dei progettisti a quelli titolari dell'affidamento e la verifica della sottoscrizione dei documenti per l'assunzione delle rispettive responsabilità, la verifica documentale mediante controllo dell'esistenza di tutti gli elaborati previsti per il livello del progetto da esaminare, la verifica dell'esaustività del progetto in funzione del quadro delle esigenze, la verifica dell'esaustività delle informazioni tecniche ed amministrative contenute nei singoli elaborati, la verifica dell'esaustività delle modifiche apportate al progetto a seguito di un suo precedente esame e la verifica dell'adempimento delle obbligazioni previste nel disciplinare di incarico di progettazione;
- leggibilità, coerenza e ripercorribilità, intendendosi per leggibilità, coerenza e ripercorribilità la verifica della leggibilità degli elaborati con riguardo alla utilizzazione dei linguaggi convenzionali di elaborazione, la verifica della comprensibilità delle informazioni contenute negli ela-

borati e della ripercorribilità delle calcolazioni effettuate e la verifica della coerenza delle informazioni tra i diversi elaborati;

- compatibilità, intendendosi per compatibilità la rispondenza delle soluzioni progettuali ai requisiti espressi nello studio di fattibilità ovvero nel documento preliminare alla progettazione o negli elaborati progettuali prodotti nella fase precedente e la rispondenza della soluzione progettuale alle normative assunte a riferimento ed alle eventuali prescrizioni, in relazione agli aspetti di inserimento ambientale, di impatto ambientale, di funzionalità e fruibilità, di sicurezza delle persone connessa agli impianti tecnologici, di igiene, salute e benessere delle persone, di superamento ed eliminazione delle barriere architettoniche, di sicurezza antincendio, di durabilità e manutenibilità, di coerenza dei tempi e dei costi e sicurezza ed organizzazione del cantiere.

Per quanto riguarda i singoli elaborati progettuali il regolamento definisce le seguenti modalità di verifica:

- per le relazioni generali occorre verificare che i contenuti siano coerenti con la loro descrizione capitolare e grafica, nonché con i requisiti definiti nello studio di fattibilità ovvero nel documento preliminare alla progettazione e con i contenuti delle documentazioni di autorizzazione ed approvazione facenti riferimento alla precedente fase progettuale;
- per le relazioni di calcolo è necessario verificare che le ipotesi ed i criteri assunti alla base dei calcoli siano coerenti con la destinazione dell'opera e con la corretta applicazione delle disposizioni normative e regolamentari pertinenti al caso in esame, che il dimensionamento dell'opera, con riferimento ai diversi componenti, sia stato svolto completamente, in relazione al livello di progettazione da verificare, e che i metodi di calcolo utilizzati siano esplicitati in maniera tale da risultare leggibili, chiari ed interpretabili, che i risultati dei calcoli siano congruenti con il contenuto delle elaborazioni grafiche e delle prescrizioni prestazionali e capitolari, che il dimensionamento per gli elementi ritenuti più critici sia stato correttamente eseguito e che le scelte progettuali costituiscano una soluzione idonea in relazione alla durabilità dell'opera nelle condizioni d'uso e manutenzione previste;
- per le relazioni specialistiche occorre verificare che i contenuti presenti siano coerenti con le specifiche fornite dalla committenza, con le norme cogenti[4] , con le norme tecniche applicabili, anche in relazione alla completezza della documentazione progettuale;
- per gli elaborati grafici è necessario verificare che ogni elemento, identificabile sui grafici, sia descritto in termini geometrici e che, ove non dichiarate le sue caratteristiche, esso sia identificato univocamente attraverso un codice ovvero attraverso altro sistema di identificazione che possa porlo in riferimento alla descrizione di altri elaborati, ivi compresi documenti prestazionali e capitolari[5];
- per i capitolati, i documenti prestazionali, e lo schema di contratto occorre verificare che ogni elemento, identificabile sugli elaborati grafici, sia adeguatamente qualificato all'interno della documentazione prestazionale e capitolare, che venga eseguito il coordinamento tra le prescrizioni del progetto, le clausole dello schema di contratto, del capitolato speciale d'appalto e del piano di manutenzione dell'opera[6];
- per la stima economica dell'opera è necessario verificare che costi parametrici as-

[4] Per le relazioni geotecniche - a puro titolo esemplificativo - occorre verificare che le analisi di laboratorio sui terreni e sulle rocce siano state eseguite presso un laboratorio concessionato presso il Servizio Tecnico Centrale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici; per le relazioni idrologico - idrauliche è necessario verificare che l'impostazione dei calcoli sia coerente con le diretttive tecniche contenute nei vigenti PAI.

[5] A puro titolo esemplificativo – anche se può sembrare banale – occorre verificare la coerenza degli elementi strutturali in pianta, prospetto e sezione.

[6] Nel CSA è di fondamentale importanza verificare l'assenza di antinomie; altresì è necessario controllare che le norme che regolano le sospensioni dei lavori, le modalità di misurazione delle opere, i pagamenti in acconto siano chiare e coerenti con la normativa vigente e l'aggiornata giurisprudenza e che non si prestino ad interpretazioni equivoche.

sunti alla base del calcolo sommario della spesa siano coerenti con la qualità dell'opera prevista e la complessità delle necessarie lavorazioni, che i prezzi unitari assunti come riferimento siano dedotti dai prezzari della stazione appaltante siano regolarmente aggiornati[7], che siano state sviluppate le analisi per i prezzi di tutte le voci per le quali non sia disponibile un dato nei prezzari, che i prezzi unitari assunti a base del computo metrico estimativo siano coerenti con le analisi dei prezzi e con i prezzi unitari assunti come riferimento, che gli elementi di computo metrico estimativo comprendano tutte le opere previste nella documentazione prestazionale e capitolare e che corrispondano agli elaborati grafici e descrittivi, che i metodi di misura delle opere siano usuali o standard, che le misure delle opere computate siano corrette, anche alla luce di verifiche a campione eseguite, che i totali calcolati siano corretti, che il computo metrico estimativo e lo schema di contratto individuino la categoria prevalente, le categorie scorporabili e subappaltabili a scelta dell'affidatario, le categorie con obbligo di qualificazione e le categorie di opere di notevole contenuto tecnologico[8], che i piani economici e finanziari siano tali da assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico e finanziario;

- per il piano di sicurezza e di coordinamento è necessario verificare che sia redatto per tutte le tipologie di lavorazioni da porre in essere durante la realizzazione dell'opera ed in conformità dei relativi magisteri e che che siano stati esaminati tutti gli aspetti che possono avere un impatto diretto e indiretto sui costi e sull'effettiva cantierabilità dell'opera;
- per il quadro economico occorre verificare che l'articolazione del costo complessivo preveda la distinzione tra lavori a misura, a corpo, in economia e oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta; quanto alle somme a disposizione della stazione appaltante è necessario accertare la presenza di fondi per i lavori in economia, previsti in progetto ed esclusi dall'appalto, per rilievi, accertamenti e indagini, per allacciamenti ai pubblici servizi, per imprevisti, per acquisizione aree o immobili e pertinenti indennizzi, per spese tecniche di progettazione, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza, per collaudo statico e tecnico-amministrativo (qualora necessario), per attività di supporto al responsabile unico del procedimento[9], per la remunerazione delle commissioni giudicatrici, per pubblicità (laddove necessario), per eventuali accertamenti di laboratorio[10], per IVA ed altre imposte dovute per legge;
- per le approvazioni ed autorizzazioni occorre verificare l'acquisizione di tutte quelle previste dalla legge per il livello di progettazione in questione.

Il responsabile del procedimento pianifica l'attività di verifica in funzione del piano di sviluppo della progettazione, degli adempimenti di approvazione, autorizzazione ed affidamento.

Si precisa che le verifiche, effettuate su tutti i livelli di progettazione e contestualmente allo sviluppo degli stessi, devono essere adeguate al livello progettuale in esame e

[7] Il codice dei contratti prescrive l'aggiornamento annuale dei prezziari da parte delle stazioni appaltanti; in caso di inadempienza da parte delle predette stazioni appaltanti, i prezzi sono aggiornati dai competenti Provveditorati Interregionali alle Opere Pubbliche, di concerto con le regioni interessate.

[8] Il codice dei contratti stabilisce che per le opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, i soggetti affidatari possano utilizzare il subappalto, qualora non siano in grado di realizzare le predette componenti.

[9] L'attività di verifica e validazione è propriamente attività di supporto al responsabile del procedimento.

[10] Qualora il capitolato speciale d'appalto (CSA) abbia posto l'onere di detti accertamenti a carico della stazione appaltante; normalmente il CSA pone a carico dell'appaltatore l'onere delle prove di laboratorio sui materiali; è buona regola di prudenza che la stazione appaltante preveda tra le somme a disposizione una somma per eventuali ulteriori prove di laboratorio sui materiali; tale somma infatti può venire utile in caso di contenzioso in corso d'opera con l'appaltatore (es. insufficienti caratteristiche meccaniche del calcestruzzo che richiedano carotaggi o prove non distruttive specialistiche quali l'ago di windsor).

che possono essere semplificate ovvero integrate dalla stazione appaltante in relazione alla natura e alla complessità dell'opera; in ogni caso in presenza di elevata ripetitività di elementi progettuali possono essere adottati metodi di controllo a campione. Ovviamente in caso di verifiche precedentemente espletate, l'attività di controllo successiva può essere svolta sulle parti costituenti modifica o integrazione della documentazione progettuale già esaminata. L'attività di verifica consta, dal punto di vista pratico, nella compilazione di appositi verbali redatti in contraddittorio con il progettista ed in rapporti del soggetto preposto alla verifica. Il rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica riporta le risultanze dell'attività svolta e accerta l'avvenuto rilascio da parte del direttore lavori della dichiarazione con la quale lo stesso attesta:

- l'accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali;
- l'assenza di impedimenti sopravvenuti rispetto agli accertamenti effettuati prima dell'approvazione del progetto;
- la conseguente realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori.

La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti delle verifiche eseguite; tale validazione è sottoscritta dal responsabile del procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo redatto dal soggetto preposto alla verifica.Il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori contengono gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara. Il responsabile del procedimento può avvalersi del soggetto preposto alla verifica anche per l'esame delle offerte anomale in sede di gara e per l'approvazione delle perizie di variante in corso d'opera.

4. Conclusioni.

Per rispondere al punto n. 4) relativo a cosa può accadere in caso di validazione manchevole o incompleta, si premette che innanzi tutto l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha sempre ribadito (delibere n. 48 del 17.3.2004, n. 359 del 18.10.2001, n. 69 del 21.3.2001, n. 22 del 18.3.2009, n. 21 del del 11.3.2009) che non è conforme alla legge l'operato del responsabile del procedimento che non effettua le verifiche in contraddittorio con il progettista e che il progetto deve essere sottoposto a verifica prima della sua approvazione ed in ogni caso prima di porre lo stesso in gara; inoltre le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di procedere all'affidamento di appalti di lavori sulla base di progetti esecutivi redatti e validati in conformità alla vigente normativa. Il Responsabile Unico del Procedimento ha l'obbligo di verificare, in contraddittorio con le parti, che il progetto esecutivo sia conforme alla normativa vigente e al documento preliminare della progettazione. L'AVCP ha inoltre ribadito che la validazione del progetto esecutivo costituisce un atto formale, essenziale ai fini della successiva approvazione e dell'avvio delle procedure di affidamento dei lavori; la validazione conclude il procedimento delle verifiche che devono esser condotte sulla documentazione progettuale al fine di accertare, tra l'altro, la rispondenza degli elaborati progettuali e la loro conformità alla normativa vigente. Inoltre la predetta Autorità con la recente pronuncia n. 24 del 23.2.2011 ha evidenziato il contrasto con l'art. 47 del d.P.R. 554/99 di un progetto validato, approvato ed anche appaltato *in carenza dell'acquisizione di tutte le prescritte autorizzazioni di legge al fine della effettiva cantierabilità dei lavori*. Infine il Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 6207/2011, ha confermato la sentenza del TAR del Lazio, Lt, I, n. 1891/2010, che aveva disposto l'annullamento di un provvedimento di approvazione di un progetto definitivo - pur validato - ma manchevole di elaborati previsti dalla normativa tecnica vigente[11].

[11] Nella fattispecie concreta il progetto definitivo di un parcheggio interrato era stato validato in assenza di relazione geologica.

INDICAZIONI OPERATIVE INERENTI LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA DOPO LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE 12.7.2011, N. 106

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 8 del 14.12.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture: indicazioni per gli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Determination No. 8 of 14.12.2011 the Supervisory Authority for Public Contracts of Works, Services and Supplies: directions for public contracts in amounts below the EU threshold.

Sommario: - Premessa. - 1. Gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore ad un milione di euro. - 1.1 Il limite di importo. - 1.2 Gli operatori economici da invitare. - 1.3 I principi comunitari: in particolare, la pubblicità. - 1.4 Subappalto e subcontratto. - 1.5 L'obbligo di motivazione. - 2. Affidamenti diretti. - 3. Le modifiche alla procedura negoziata ex artt. 56 e 57 del Codice.- 4. La procedura negoziata per i lavori sui beni culturali.

Premessa.

Facendo seguito alla determinazione n. 2 del 6.4.2011 con cui sono state delineate le linee guida per l'esecuzione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, l'Autorità affronta, nella determinazione in commento, le novità più significative apportate con l'introduzione del d.l. n. 70 del 2011 (di seguito, decreto Sviluppo), poi convertito con l. n. 106 del 2011.

1. Gli appalti di lavori pubblici di importo inferiore ad un milione di euro.

1.1 Il limite di importo.

Una delle innovazioni più rilevanti riguarda proprio la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara espletata per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici sotto soglia di cui all'art. 122 del d. lgs. n. 163 del 2006 (di seguito, Codice). In particolare, a seguito dell'abrogazione del comma 7 *bis* e con l'introduzione del nuovo co. 7 della norma citata, è stata innalzata la soglia massima stabilita per l'espletamento della procedura *ex* art. 57, co. 6, del Codice da 500.000 euro ad un milione di euro.

Lo scopo di tale allargamento, chiarisce l'Autorità, deve rinvenirsi nell'esigenza di semplificare ed alleggerire le procedure di affidamento dei contratti pubblici e, d'altronde, è bilanciato con l'aumento del numero minimo di operatori economici che devono essere invitati, come a breve si dirà.

In relazione alla nuova soglia fissata dal legislatore, l'Autorità ricorda il divieto di artificioso frazionamento sancito all'art. 29, co. 4, del Codice, la cui violazione, peraltro, secondo la più recente giurisprudenza, costituisce un indice sintomatico del c.d. *danno alla concorrenza*.

1.2 Gli operatori economici da invitare.

La nuova formulazione del co. 7 citato richiede un diverso numero minimo di operatori economici da invitare a seconda dell'importo del lavoro da affidare: per i contratti di valore pari o superiore a 500.000 euro e fino ad un milione, l'invito deve essere rivolto ad almeno dieci soggetti; per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, invece, è

sufficiente l'invito presentato a cinque operatori economici.

Si osservi, innanzitutto, come la disposizione in parola abbia esteso l'obbligo dell'invito a cinque soggetti anche per i contratti di valore inferiore a 100.000 euro, per i quali nulla era disposto nella vigenza dell'abrogato co. 7 *bis*.

Inoltre, la norma in disamina deroga alla disposizione generale dell'art. 57, co. 6, che impone l'invito di soli tre operatori economici, avendo innalzato, per quel che riguarda i contratti di lavori pubblici sotto soglia, il numero minimo richiesto.

L'Autorità affronta un particolare aspetto problematico inerente il meccanismo dell'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia; come noto, tale facoltà non è esercitabile quando il numero di offerte ammesse è inferiore a dieci, ai sensi dell'art. 122, co. 9, del Codice nonché dell'art. 121, co. 8, del d.P.R. n. 207 del 2010 (di seguito, Regolamento).

Ne consegue che la stazione appaltante che affidi, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, un lavoro per un importo inferiore a 500.000 euro, ben potrà invitare solo cinque operatori economici ma, se vorrà eventualmente avvalersi della facoltà di esclusione automatica, dovrà opportunamente invitare un numero maggiore di soggetti, in modo che, anche nel caso in cui alcuni di questi presentino un'offerta in modo scorretto o non la presentino affatto, sia comunque raggiunto il numero minimo di dieci offerte richiesto dalla legge.

1.3 I principi comunitari: in particolare, la pubblicità.

In riferimento ai principi generali, l'Autorità evidenzia come il nuovo co. 7 dell'art. 122 cit., nel disciplinare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di lavori sotto soglia, richiami espressamente il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e chiarisce, altresì, come il rispetto del principio di rotazione, non espressamente menzionato, sia comunque invocabile in virtù del rinvio generale all'art. 57, co. 6, del Codice.

In particolare, l'Autorità si sofferma sulla portata pratica del principio di pubblicità, esplicitazione del principio della trasparenza.

Nella procedura in disamina non è previsto per le stazioni appaltanti alcun obbligo di pubblicità preventiva, mentre particolari nuove prescrizioni sono intervenute relativamente all'avviso di post-informazione sull'esito della procedura. Tale avviso, obbligatorio per appalti di qualsiasi importo, viene predisposto secondo lo schema di cui all'allegato IX A, quinto punto (*Avviso relativo agli appalti aggiudicati*) del Codice e deve contenere, in particolare, l'indicazione dei soggetti invitati; inoltre l'avviso deve essere trasmesso per la pubblicazione entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura deve essere effettuata sul profilo del committente, ove istituito, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture di cui al d.m. ll.pp. 6.4.2001, n. 20 nonché sul sito informatico presso l'Osservatorio.

L'avviso relativo all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro deve essere pubblicato, inoltre, sulla G.U. della Repubblica italiana – serie speciale relativa ai contratti pubblici e, non oltre cinque giorni lavorativi dopo, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. Invece, l'avviso relativo all'affidamento di lavori di importo inferiore a 500.000 euro deve essere pubblicato nell'Albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante.

Tale disciplina è derogatoria rispetto alla disposizione di cui all'art. 65, co. 1, del Codice.

1.4 Subappalto e subcontratto.

Mentre le disposizioni sin qui commentate sono state introdotte con il d. l. n. 70 del 2011 e, quindi, si applicano solo alle procedure i cui inviti sono stati diramati dopo il 14.5.2011 (data di entrata in vigore del decreto legge cit.), la legge di conversione n. 106

del 2011 ha successivamente introdotto un'ulteriore disposizione dell'art. 122, co. 7, cit. relativa all'affidamento di lavori sotto soglia tramite subappalto o subcontratto; tale ultima disposizione è applicabile dal 13.7.2011 (data di entrata in vigore della legge di conversione cit.).

Il disposto in parola prevede che i lavori affidati secondo la procedura negoziata in disamina e relativi alla categoria prevalente possono essere affidati a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria. Tale limite, rileva l'Autorità, è maggiore e speciale rispetto a quello generale fissato al 30% dall'art. 170, co. 1, del Regolamento che, quindi, nella procedura negoziata in oggetto, è derogato.

Per le categorie specialistiche di cui all'art. 37, co. 11, del Codice, restano ferme le disposizioni ivi previste. Ciò significa, specifica l'Autorità, che nel caso siano presenti tali categorie di importo singolarmente superiore al 15% dell'importo totale dell'appalto, le stesse possono essere subappaltate nei limiti del 30%.

Per quanto concerne gli appalti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, agli stessi non si applicano le disposizioni in materia di categorie generali e specializzate, di categorie a qualificazione obbligatoria, di categorie a qualificazione non obbligatoria, di divieto di subappalto e, di conseguenza, di obbligo di prevedere nei bandi di gara le categorie scorporabili. Ciò in quanto gli appalti non sono soggetti alle disposizioni sul sistema unico di qualificazione. Le stazioni appaltanti, nella predisposizione dei bandi di gara relativi ad appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, riportano l'indicazione delle categorie, ai soli fini dell'individuazione del rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli da affidare. In questi casi, pertanto, i concorrenti (soggetti singoli o associazioni orizzontali) partecipano alle relative gare se in possesso degli speciali requisiti previsti dalle norme (art. 90 del Regolamento); rimane, quindi, fermo che gli aggiudicatari possono eseguire direttamente tutte le lavorazioni previste nell'appalto ed hanno la facoltà di subappaltarne il 30%.

1.5 L'obbligo di motivazione.

L'autorità ritiene, poi, che la delibera a contrarre, deve essere motivata la scelta di procedere all'affidamento tramite la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, non essendo sufficiente la sterile ripetizione dei presupposti indicati negli artt. 56 e 57 del Codice.

2. Affidamenti diretti.

Un ulteriore ambito, oggetto di recente modifica da parte del Decreto Sviluppo, è quello relativo alla procedura di affidamento diretto. Infatti, è stata innalzata la soglia al di sotto della quale è consentito l'affidamento diretto di servizi e forniture, da 20.000 euro a 40.000 euro (cfr. art. 125, co. 11, del Codice).

A tal proposito, l'Autorità affronta un peculiare aspetto problematico.

L'art. 267 del Regolamento, contenuto nella parte relativa ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, dispone che per tali servizi l'affidamento diretto è consentito, secondo le modalità di cui all'art. 125, co. 11, del Codice, per importi inferiori a 20.000 euro. La disposizione riporta la soglia vigente prima della modifica apportata dal legislatore del 2011. Ebbene, l'Autorità risolve tale mancato coordinamento di norme affermando la necessità di interpretare la disposizione regolamentare alla luce della norma di rango primario contenuta nel Codice, con la conseguenza che anche per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria l'affidamento diretto deve ritenersi ammesso per importi inferiori a 40.000 euro.

3. Le modifiche alla procedura negoziata *ex* artt. 56 e 57 del Codice.

Le recenti modifiche hanno riguardato anche gli artt. 56 e 57 del Codice, eliminando il limite di un milione di euro prima previsto per l'affidamento di lavori mediante procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara *ex* art. 56, co.1, lett. a), nonché per l'affidamento di lavori mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex* art. 57, co. 2, lett. a).

L'Autorità analizza poi i vari passaggi della procedura negoziata di cui all'art. 56 del

Codice, che possono così riassumersi:

1) pubblicazione del bando, contenente gli elementi essenziali del contratto che si intende aggiudicare;

2) richieste di invito avanzate dalle imprese interessate;

3) inoltro degli inviti ai diversi operatori economici da parte della stazione appaltante;

4) presentazione delle offerte;

5) aggiudicazione del contratto secondo il criterio stabilito nel bando.

Nel caso di gara deserta o di offerte irregolari non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli artt. da 34 a 45 del Codice che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara *ex* art. 57 del Codice è, invece, assoggettata a regole procedimentali minime, quali l'obbligo di motivazione, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Tra le ipotesi in cui è consentito ricorrere a tale procedura vi è il caso in cui, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Orbene, tale fattispecie, chiarisce l'Autorità, è diversa da quella disciplinata all'art. 56, co. 1, lett. a), posto che presupposto di applicabilità di quest'ultima disposizione è che vi siano state offerte presentate in gara ma che tutte siano state irregolari o inammissibili, avuto riguardo, rispettivamente, ai requisiti prescritti per le offerte (requisiti di forma e di validità delle stesse, posti a tutela della *par condicio* dei concorrenti) e per gli offerenti; presupposto di applicabilità, invece, dell'art. 57, co.2, lett. a), è che non sia stata presentata alcuna offerta o che tutte le offerte presentate siano state giudicate inappropriate, intendendosi per tali le offerte formalmente valide ma irrilevanti sul piano economico, assimilate dal legislatore alle offerte non presentate.

4. La procedura negoziata per i lavori sui beni culturali.

Infine, il legislatore è intervenuto anche in materia specifica di lavori sui beni culturali, innalzando la soglia massima al di sotto della quale è consentito l'affidamento mediante procedura negoziata da 500.000 euro a un milione di euro (cfr. art. 204 del Codice).

Le specificità di tale procedura rispetto a quella di cui all'art. 122, co. 7, del Codice sono così riassumibili:

1) l'invito deve essere rivolto ad un numero minimo di almeno quindici operatori economici;

2) la lettera di invito deve essere trasmessa all'Osservatorio, che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico;

3) l'elenco degli operatori economici invitati deve essere trasmesso all'Osservatorio.

«::::::::: GA :::::::::»

I BENI COMUNI E IL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO. NAPOLI RIPARTE DALL'A.B.C.

della Dott.ssa Angela Turchiano

Brevi note a margine della recente modifica dell'art. 2 dello Statuto del Comune di Napoli del 22 settembre 2011 in merito alla pubblicizzazione del servizio idrico integrato che ha fatto seguito, tra polemiche e implicazioni pratiche, ai risultati referendari dello scorso giugno, relativi tra l'altro al concetto di acqua intesa come bene comune.

Brief notes on the sidelines of the recent amendment of Art. 2 of the Statute of the City of Naples on 22 September 2011 on the advertising of the water service that followed, including controversies and practical implications, the results of the referendum last June, including also the concept of water as a common understanding.

Sommario: 1. Premessa. - 2. I beni comuni. - 3. L'esempio di Napoli. - 4. L'ABC di Napoli. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

In un periodo di tensioni sociali ed economiche dovute alle ripercussioni della crisi finanziaria internazionale e nazionale e sulla scia dell'esito della tornata referendaria dello scorso giugno 2011, emerge l'esigenza diffusa di assicurare, comunque, a tutti i consociati la fruizione di determinati beni, anche nel rispetto delle generazioni future. Per detti beni, com'è accaduto in Italia per l'acqua, si cerca di ottenere lo *status* di *bene comune,* soprattutto per tentare di sottrarli alla più stringente logica del mercato. E il problema ha implicazioni tali da travalicare i confini dei singoli Stati. A nessuno sfugge, infatti, che il processo di integrazione economica, politica e socioculturale che oggi riguarda ormai quasi ogni regione della Terra, di fatto, ha generato una interdipendenza pressoché globale anche del sistema delle risorse, oltre che delle relazioni politiche, sociali ed economiche.

In questo articolato contesto, tutto in divenire, tenuto conto delle disposizioni introdotte e poi abrogate a seguito dei sopracitati referendum, si è trovato ad operare il Comune di Napoli, deliberando la modifica dell'art. 2 del proprio Statuto, con l'espresso obiettivo di ripubblicizzare il servizio idrico integrato di competenza comunale. Ma forse non è irrilevante, per una maggiore comprensione dell'economia complessiva di questo articolo, fare emergere che la Giunta comunale e l'intero Consiglio comunale di Napoli, si stanno proponendo come un laboratorio che lavora intorno a queste questioni e i cui sviluppi appaiono oggi imprevedibili. Emblematiche suonano, a proposito, alcune delle affermazioni fatte dal Sindaco della città partenopea.

Durante la seduta del Consiglio comunale del 26.10.2011, infatti, Luigi De Magistris sostanzialmente afferma: *…Alberto Lucarelli, l'assessore, ha parlato solamente di acqua pubblica ovviamente, ma noi abbiamo cominciato a lavorare su altri beni comuni e, attenzione, il concetto di bene comune, a nostro avviso, ha una valenza di modello politico,… anzi di modello politico e laboratorio politico perché per noi bene comune è il sapere, la conoscenza, la cultura, il mare, il territorio, è internet! Quindi noi dobbiamo lavorare affinché questi patrimoni non solo non appartengano alle multinazionali e ai privati, ma che non appartengano in fin dei conti se ci pensiamo bene nemmeno ai governi, nemmeno agli stati, nemmeno ai municipi, nemmeno ai governatori, appartengano alle cittadine e ai cittadini di questo mondo,…. Per questo il nostro… non è solo un lavoro politico, ma è*

l'elaborazione di un modello alternativo da un punto di vista culturale, sociale ed economico perché vogliamo provare da Napoli a portare avanti modelli sociali alternativi con la democrazia partecipativa….

2. I Beni comuni.

Con queste premesse, credo sia doveroso un approfondimento epistemologico seguendo l'*excursus* della produzione normativa e dottrinale generata nel tempo intorno al concetto di *bene comune*. In ambito dottrinale, sono stati definiti beni comuni quei beni pubblici a fruizione collettiva ai quali corrispondono strutture organizzative diverse[1]; in sostanza, sono beni comuni tutti quei beni storicamente considerati come *res communes omnium*.

Con il d. lgs. 7.8.1997, n. 279 è stata disposta, all'art. 14, l'introduzione di una classificazione dei beni e dei diritti dello Stato in grado di consentire l'individuazione dei beni suscettibili di utilizzazione economica[2].

Allargando lo sguardo oltre i confini nazionali, è possibile evidenziare differenze sostanziali nella disciplina di tali beni nei diversi ordinamenti.

In particolare, negli ordinamenti angloamericani, i beni pubblici sono beni che possiedono caratteristiche proprie quanto alla circolazione limitata, ai diritti dei terzi e alla tutela, per cui godono di un regime di favore. Sostanzialmente sussiste il binomio beni pubblici come beni privilegiati, tale da consentire varianti e varietà nella legislazione.

Negli Stati collettivisti, invece, i beni pubblici sono tutti i beni di produzione e la dottrina si è limitata a definire i beni pubblici come la proprietà in mano pubblica a disposizione della collettività. In tali ordinamenti la natura pubblica di questi beni di produzione è sancita da norme costituzionali ovvero dalla loro interpretazione, c.d. costituzione materiale.

Pertanto, vi è una sorta di riserva originaria di detti beni allo Stato che si traduce in riserva di appartenenza e in riserva di disposizione, e i diritti parziali sul bene ci sono solo se espressamente disposti dal potere pubblico.

Ad ogni modo, indipendentemente dall'area geo-politica considerata, i beni pubblici, comuni e collettivi, hanno come tratto comune l'appartenenza non privata.

Vi rientrano beni da sempre considerati poveri ed abbondanti in natura, come l'etere, l'aria, l'acqua e più in particolare il mare.

Lo sviluppo tecnologico e demografico, da un lato, e la c.d. globalizzazione, dall'altro, hanno determinato problemi in ordine alla loro conservazione, all'appartenenza, alla fruibilità generale, nonché al mutuo rispetto, accrescendone la loro importanza.

Tuttavia, essendo beni in via di deperimento, in quanto troppo spesso sottoposti ad un uso selvaggio e indiscriminato, si pone il problema della loro commerciabilità.

Difatti, com'è già stato autorevolmente evidenziato, i veri conflitti sono intorno alla possibilità di considerare alcuni beni dentro o fuori del mercato: la risoluzione di questi conflitti determinerà sia il modo in cui noi ricostruiamo la teoria dei beni sia la costruzione di una nozione di proprietà[3].

Questo interrogativo riguarda molte categorie di beni, a partire dalla gestione dell'etere[4] e del mare[5], e poi anche della ge-

[1] Per tale definizione di beni comuni, M.S. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, ed. Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 91 – 96.

[2] Tale esigenza era stata già avvertita nel 1985 dall'allora Segretario generale del Consiglio, Giuliano Amato, il quale aveva incaricato una Commissione presieduta da Sabino Cassese di operare una ricostruzione del patrimonio immobiliare dello Stato. I lavori della Commissione si sono conclusi dopo due anni e i risultati di quella ricerca sono visionabili in S. CASSESE, *Relazione conclusiva*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 1, 1988, pp. 171 – 251.

[3] S. RODOTÀ, *Linee guida per un nuovo codice dei beni comuni*, in U. MATTEI – E. REVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, ed. Il Mulino, Bologna, 2007, p. 357 – 365.

[4] Per garantire il rispetto ed evitare problemi di fruizione e sovrapposizione, è stato riconosciuto a livello internazionale il principio della libertà dell'etere, assegnando di fatto ad ogni Stato dei canali televisivi e di radiodiffusione.

[5] Studi in tema di mare si rinvengono a partire da B. CONFORTI, *Mare e Mare territoriale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXV, a seguito della Conferenza di Ginevra del 1958 sulla conservazione delle risorse marine. Ancora per un quadro delle fattispecie di utilizzazione abusiva dei beni demaniali e in particolare del demanio marittimo e idrico, si veda G. COLOMBINI, *La fenomenologia dell'uso privato*

stione dell'aria, disciplinati in un primo momento solo in sede internazionale e successivamente anche nei singoli ordinamenti nazionali. Queste tipologie di beni comuni naturali trovano tutela nel diritto ambientale[6], che le racchiude un pò tutte, per lo più in quanto strettamente legate al problema delle immissioni[7] di sostanze inquinanti nell'ambiente, tanto da comprometterne la fruibilità da parte di altri consociati, con risvolti anche sulla salute[8] degli esseri viventi.

Tale materia è in continua evoluzione, in quanto si adatta di volta in volta agli effetti inquinanti del progresso tecnologico e, in alcune zone, dello sviluppo demografico, e ha dirette conseguenze economiche; si pensi ad esempio agli ingenti costi sopportati per smaltire e eliminare le cause di inquinamento, anche passate.

Parallelamente, emerge la difficoltà di innalzare la resa dell'acqua, già sfruttata oltre la capacità di rigenerazione delle falde acquifere sotterranee, evitando gli sprechi e la dispersione di questa risorsa e, nel contempo, migliorando le tecniche del suo utilizzo[9].

A ciò aggiungasi che fino agli anni '90 l'assetto dei beni pubblici era notevolmente polverizzato tra le competenze amministrative del Ministero, che li deteneva in consegna o in uso gratuito, e gli uffici tecnici erariali, territoriali, del registro, le Ragionerie provinciali, e così via; tale quadro amministrativo estremamente complesso, rendeva sempre più difficile una chiara e definita individuazione delle specifiche competenze e relative responsabilità[10].

Tuttavia, l'attenzione per i beni ambientali, sviluppatasi in particolare negli ultimi decenni, ha portato anche a rivedere il riparto di competenze legislative in tale materia[11], non-

nella gestione delle coste, in Amministrazione e contabilità di Stato ed enti pubblici, 1980, n. 1 – 2.

[6] La tutela dell'ambiente è esplicitamente menzionata nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui si dispone che il miglioramento della sua qualità deve essere integrato nelle politiche dell'U.E. e garantito conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.

[7] In proposito sono state individuate ed adottate delle c.d. soglie di tollerabilità. Per una lettura sistematica delle immissioni si veda M. COMPORTI, *La proprietà*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, ed. Giappichelli, Torino, 1997, pp. 352 – 354.

[8] La Corte Costituzionale più volte si è trovata a sottolineare nella propria giurisprudenza lo stretto connubio tra tutela dell'ambiente e tutela della salute, anzi individuando proprio nell'art. 32 Cost. un parametro per assicurare, prima della riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, un'adeguata tutela al bene ambiente. Non stupisce, inoltre, che la legislazione di settore ponga ambiente e salute spesso in correlazione. Si vedano da ultimo, a titolo esemplificativo: d. lgs. 11.5.1999, n. 152 (Tutela delle acque dall'inquinamento – c.d. Testo Unico sulle acque); L. 22.2.2001, n. 36 (Legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico); L. 15.12.2004, n. 308 (Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione); d.lgs. 3.4.2006, n. 152 e s.m.i (Norme in materia ambientale in attuazione della delega contenuta nella legge n. 308 del 2004 – c.d. Codice dell'ambiente); d.lgs. 3.12.2010, n. 205 (Attuazione della dir. 2008/98/CE relativa ai rifiuti);d.lgs. 10.12.2010, n. 219 (Attuazione della dir. 2008/105/CE in materia di acque).

[9] I crescenti bisogni di acqua delle industrie, dell'agricoltura e delle città necessitano per contrappeso, come minimo, l'impegno a gestire con sistemi efficienti questa risorsa non illimitata. Non è un caso che le più moderne e innovative tecniche di irrigazione nel settore agricolo, quali l'irrigazione a goccia e i c.d. *water-bubbles*, provengono da Israele, un paese caratterizzato da scarsità di acqua. Per un'analisi compiuta delle possibili soluzioni, anche in termini di innalzamento della produttività dell'acqua, si veda S. LUCCI – S. POLETTI, *Lo sviluppo sostenibile*, ed. Alpha Test, Milano, 2004, p. 102.

[10] Si veda il contributo di E. BANI, *Le strutture per la gestione delle dismissioni immobiliari dello Stato e per la valorizzazione del patrimonio pubblico*, in G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pisa, ed. Giuffrè, Milano, 2008. Per quanto attiene alla crescente attenzione per il patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici, anche in conseguenza del Patto di stabilità e crescita con il Trattato di Maastricht in chiave europea, si veda G. GUARINO, *Gestione del Patrimonio pubblico ed Eurosistema*, Convegno Accademia Nazionale dei Lincei – *Gestione del patrimonio pubblico, proprietà privata e proprietà pubblica*, Roma, 6 giugno 2006, p. 73 e ss..

[11] Con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, operata dalla L. cost. 18.10.2001, n. 3, la *tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali* è stata attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., mentre la *valorizzazione dei beni culturali e*

ché a riscrivere in un unico testo normativo, il d. lgs. 3.4.2006, n. 152 e s.m.i., le norme in materia ambientale.

Il nuovo impianto normativo del c.d. Codice dell'ambiente è stato oggetto di contestazioni sin dalla sua approvazione e di modifiche, tanto è vero che si registra negli ultimi anni un incremento delle pronunce della Corte costituzionale in materia ambientale[12], anche in riferimento a numerose disposizioni regionali, il che attesta un persistente e irrisolto conflitto tra Stato e regioni sul relativo riparto di competenze legislative[13].

3. L'esempio di Napoli.

Da un certo punto di vista, Napoli può essere considerata uno degli esempi più dinamici del panorama italiano in ordine ad una riscrittura della gestione pubblica del bene acqua, ispirata da una esplicita responsabilità verso le generazioni future.

Il nuovo *Caso Napoli*, nato con le azioni poste in campo dalla Giunta e dal Consiglio comunale di Napoli in merito alle questioni sollevate intorno al concetto dell'acqua intesa come bene comune, ha già attirato l'attenzione di numerosi studiosi, economisti e giuristi. Credo che il caso meriti un'attenzione particolare sia perché la questione in sé solleva non poche problematiche con implicazioni non facilmente districabili, ma anche perché tutto il processo sembra fondato su basi estremamente solide anche per i contributi tecnico - professionali delle persone presenti nella Giunta e nel Consiglio comunale di Napoli. In particolare, il riferimento va alle presenze di Luigi de Magistris, magistrato e neo sindaco della città; di Alberto Lucarelli, docente universitario e neo assessore ai beni comuni, informatizzazione e democrazia partecipata; di Riccardo Realfonzo, docente universitario e neo assessore al bilancio con una conoscenza approfondita dei problemi del Comune di Napoli per essere già stato per circa un anno assessore del ramo con la precedente Giunta dell'*ex* Sindaco Rosa Russo Iervolino. Per cercare di comprendere lo stato dell'opera a Napoli, credo sia utile ripercorrere e fotografare i fatti come si sono venuti determinando negli ultimi mesi.

È il 7.7.2011 che con la delibera n. 797 la Giunta comunale di Napoli propone al Consiglio comunale una modifica dello Statuto comunale. La proposta consiste nell'inserimento nell'art. 3, dopo il co. 1, del seguente co. 2: *Il Comune di Napoli, anche al fine di tutelare le generazioni future, garantisce il pieno riconoscimento dei beni comuni in quanto funzionali all'esercizio di diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico* e, conseguentemente, numerare con il n. 3 il preesistente co. 2. Il Consiglio comunale, il 30.7.2011, delibera una mozione di accompagnamento alla delibera n. 1064 del 30.6.2009 del Consiglio comunale. Detta mozione che, tra l'altro, dà ulteriore forza alla delibera di Giunta n. 797/2011, conclude per il riconoscimento dell'acqua come bene comune pubblico, non assoggettabile al mercato, e del servizio idrico integrato quale servizio pubblico essenziale[14].

ambientali alla competenza legislativa concorrente Stato – regioni, *ex* art. 117, co. 3, cost..

[12] A seguito della riforma del 2001, la Consulta ha prima definito la tutela ambientale come materia trasversale (v. C. cost. 26.7.2002, n. 407) e poi come materia limite (v. C. cost. 23.7.2009, nn. 225, 232, 233, 234, 235, 246, 247, 250, 251, 254). Nelle c.d. undici sentenze gemelle, la Corte ha statuito la legittimità dell'impianto normativo del Codice e la ripartizione delle competenze legislative, regolamentari e amministrative, riconducendo la tutela ambientale alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Per una disamina dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia ambientale dopo la riforma, si veda D. PORENA, *L'ambiente come materia nella recente ricostruzione della Corte costituzionale: solidificazione del valore ed ulteriore giro di vite sulla competenza regionale* in *federalismi.it*, 2, 2009, p. 23.

[13] Cfr. R. VALICENTI, *La tutela dell'ambiente e il risarcimento del danno ambientale tra Stato e regioni*, in G.A., 2010, n. 1, p. 68.

[14] Ecco il testo della suddetta mozione, che così recita: *Il Consiglio comunale di Napoli - omissis - approva la seguente mozione di accompagnamento, che impegna il Sindaco, la Giunta e l'Amministrazione comunale tutta: a. Nell'ambito della procedura di affidamento della gestione del servizio idrico integrato da parte dell'ATO 2, il Comune di Napoli - e, nel caso, per esso i rappresentanti designati dal Sindaco nell'Assemblea e nel Consiglio di Amministrazione del consorzio - si conforma al seguente indirizzo: il soggetto giuridico cui dovrà essere affidato, secondo la vigente normativa, il servizio idrico integrato dovrà essere totalmente pubblico, escludendo anche per il futuro la possibilità*

Nella seduta del 22.9.2011, il Consiglio comunale, recependo la proposta di Giunta del 7.7.2011, che viene emendata contestualmente, delibera la modifica dello Statuto. Conseguentemente nell'art. 3 viene inserito il nuovo co. 2, nel quale si afferma che: *Il Comune di Napoli, anche al fine di tutelare le generazioni future*[15]*, riconosce i beni comuni in quanto funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico e ne garantisce il pieno godimento nell'ambito delle competenze comunali*[16].

Il 23 settembre, la Giunta comunale delibera di proporre al Consiglio comunale la modifica dello Statuto della società Arin S.p.A. avente il ruolo di gestire, anche attraverso la propria controllata Net Service, la captazione e la distribuzione dell'acqua, oltre che il recupero, la depurazione e lo sversamento dei liquami reflui, nell'ambito del comprensorio Ato 2 Napoli-Volturno. L'Arin è una società con capitale totalmente pubblico di proprietà del Comune di Napoli.

La proposta della Giunta comunale è stata approvata dal Consiglio comunale di Napoli con delibera del 26.10.2011.

Appare evidente che le delibere della Giunta comunale come quelle del Consiglio comunale, fin qui esaminate, hanno come obiettivo preliminare quello di riconoscere all'acqua lo *status* di bene comune, ma hanno come finalità quella di evitare che qualsiasi operatore privato possa inserirsi nei segmenti del ciclo integrato dell'acqua.

Tutta l'operazione si muove, ovviamente, al di sotto dell'ombrello aperto dall'esito del *referendum* del 12 e 13.6.2011 che ha portato all'abrogazione con il:

- d.P.R. n. 113/2011: dell'art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, convertito nella l. 6.8.2008, n. 133, il quale prevedeva la privatizzazione della gestione dei servizi idrici[17], nonché dell'art. 150, co.1, d.lgs. n. 152/2006, che definiva l'affidamento del servizio idrico[18];
- d.P.R. n. 116/2011: dell'art. 154, co. 1, d. lgs. n. 152/2006 sulla tariffa intesa come corrispettivo del servizio idrico integrato[19].

di ingresso a soci privati. b. La Giunta si impegna a presentare un piano di fattibilità per istituire - anche nell'ambito della generale politica di agevolazioni tariffarie per le fasce di popolazione meno abbienti - il minimo vitale idrico, finalizzato, cioè, a garantire tendenzialmente a tutti i cittadini la disponibilità domestica gratuita di un quantitativo minimo vitale giornaliero di acqua potabile per persona. c. Il Consiglio - alla stregua delle considerazioni svolte nella parte narrativa della presente mozione - si impegna a modificare lo Statuto comunale introducendo il riconoscimento dell'acqua come bene comune pubblico e l'accesso all'acqua come diritto umano fondamentale non assoggettabile ai meccanismi di mercato. In tal senso, la modifica dello Statuto dovrà riconoscere il servizio idrico integrato quale servizio pubblico essenziale.

[15] Per approfondire queste tematiche si può consultare R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, ed. FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 27 – 33, in cui si ricomprende l'ambiente tra gli ambiti della responsabilità intergenerazionale; pp. 91 – 103, sulla responsabilità intergenerazionale nell'ordinamento internazionale contemporaneo, con particolare riferimento alla tutela dei beni naturali e alla tutela degli elementi dell'ecosistema; p. 179 e ss., sulla responsabilità intergenerazionale come problema di giustizia sociale. Ed ancora, R. BIFULCO – A. D'ALOIA, (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. ed. Jovene, Napoli, 2008.

[16] Il corsivo evidenzia l'emendamento al testo della Giunta deliberato dal Consiglio comunale nello scorso settembre.

[17] L'art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, così come convertito nella legge 6.8.2008, n. 133, prevedeva, appunto, la privatizzazione della gestione dei servizi idrici attraverso un progressivo abbassamento sotto il 50% delle quote azionarie che ancora i Comuni detengono nelle società *ex* municipalizzate.

[18] Il citato art. 150, co. 1, del Codice dell'ambiente, definiva l'affidamento del servizio idrico con la gara o tramite società per azioni a capitale misto ovvero interamente pubblico, logica che si è voluto contrastare, in quanto le s.p.a. devono remunerare il capitale e fare profitto indipendentemente dalla qualità d'offerta dei servizi alla collettività. La materia disciplinata dal predetto co. 1, è regolata attualmente dall'art. 4, Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea, del d.l. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011, che ha anche integrato i commi 2 e 3 dello stesso art. 150. Come espressamente previsto dal punto n. 34 del sopracitato art. 4, da tale normativa sono, tuttavia, esclusi: il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, nonché la gestione delle farmacie comunali.

[19] L'art. 154, co. 1, del Codice dell'Ambiente così recitava: La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei co-

4. L'ABC Napoli.

Nell'ambizioso disegno degli amministratori del Comune di Napoli di intercettare e neutralizzare ogni ipotesi di profitto sulla gestione dell'acqua, si inserisce la modifica dello Statuto dell'Arin S.p.A., la quale, da società per azioni avente scopo il lucro, si trasforma in un'altra società di diritto pubblico, con finalità speciali. È così che nasce l'ABC Napoli, acronimo che sta per *Acqua Bene Comune*. In questa operazione, l'assessore al bilancio Realfonzo ha avuto modo di precisare che si passa da una logica utilitaristica a un'altra con la finalità del pareggio di bilancio. Gli utili andranno in investimenti, le tariffe saranno modulate su criteri di reddito e livelli di consumo, garantendo un quantitativo minimo giornaliero alle famiglie meno abbienti.

A ben guardare la *ratio* del nuovo Statuto dell'ABC si evince *in nuce* nel Preambolo, laddove si afferma che …*I beni comuni, in primis l'acqua, sono direttamente legati a valori che trovano collocazione costituzionale e che informano lo Statuto del Comune di Napoli. Essi vanno collocati fuori commercio perché appartengono a tutti e non possono in nessun caso essere privatizzati. L'acqua bene comune è radicalmente incompatibile con l'interesse privato al profitto e alla vendita.*

La natura della nascente azienda speciale è tratteggiata dall'art. 2 come …*ente pubblico dotato di personalità giuridica pubblica, capacità imprenditoriale, proprio statuto, soggettività fiscale e autonomia patrimoniale. Non ha finalità di lucro e persegue il pareggio di bilancio.*….

Con l'art. 4, dopo avere precisato che gli scopi sono quelli previsti dall'art. 112, co.1, d. lgs. n. 267/2000, se ne esplicita la natura affermando che ... *l'azienda provvede al servizio idrico integrato e cioè:*

a) alla captazione, adduzione e distribuzione di acqua per usi civili;

b) alla raccolta, depurazione e smaltimento di acque reflue;

c) ai servizi di fognatura.

Il nuovo Statuto impegna la gestione aziendale a perseguire l'obbligo del pareggio di bilancio attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, dei trasferimenti, e l'equilibrio finanziario, nonché, in presenza di costi sociali, si deve in ogni caso assicurare la copertura del costo medesimo, a norma degli artt. 25 e 26. Infine, con l'art. 27 viene prevista *l'erogazione gratuita del quantitativo vitale di acqua per le utenze domestiche*, sulla base dei parametri indicati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e nel rispetto della capacità finanziaria aziendale e del Comune.

Se questo è il quadro che l'operazione ABC Napoli sostanzialmente presenta, ci si chiede se esso possa reggere un esame di compatibilità rispetto alla normativa che disciplina la materia.

I provvedimenti del Comune di Napoli, anzitutto, appaiono perfettamente in linea con la dir. 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che dispone che l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale.

Tale quadro, peraltro, trova ulteriore ancoraggio nel principio comunitario relativo alla distinzione tra servizi di interesse economico-generale e servizi di interesse generale, ovvero alla differenza tra servizi orientati al mercato e servizi non orientati al mercato di cui all'art. 14 del Trattato del funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e al protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona.

Difatti, l'art. 14 del TFUE afferma che fatti salvi l'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea e gli artt. 93, 106 e 107 del presente Trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi fun-

sti di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio chi inquina paga. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo.

zionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.

E il Consiglio dell'Unione Europea, poi, in data 15.4.2008 ha pubblicato la versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del TFUE, in cui:

- se con l'art. 1 del Protocollo n. 26 afferma che: *I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del TFUE comprendono in particolare: a) il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; b) la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; c) un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.*
- con il successivo art. 2 ribadisce che: *Le disposizioni dei Trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*.

In questa cornice normativa europea[20], allora, si inseriscono armonicamente i principi costituzionali nazionali e, in particolare, l'art. 43 cost. quando afferma che nella gestione dei servizi pubblici essenziali deve essere riconosciuto un ruolo centrale all'impresa pubblica; e l'art. 41 cost. che si sofferma sul riconoscimento dell'attività economica pubblica.

Ed ancora, gli artt. 117 e 5 cost. che disciplinano, rispettivamente, il riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni e il principio autonomistico di autodetermina-zione dei Comuni, in relazione alle esigenze locali e nel rispetto dei principi costituzionali[21].

5. Conclusioni.

L'ambizioso progetto messo in atto dal Comune di Napoli, che si va concretizzando nella gestione pubblica del servizio idrico integrato comunale per il tramite della ABC Napoli, è la conferma che si può realizzare, pur nei ristretti parametri del diritto dell'Unione, una amministrazione dei beni comuni da parte degli enti pubblici. E tuttavia, le molteplici implicazioni evidenziate e le oggettive difficoltà riscontrate[22] potrebbero essere attenuate, almeno dal punto di vista giuridico, da una ricostruzione sistematica dei beni giuridici, di cui al Libro terzo del Codice civile non più in grado di rispondere ad un mercato in continuo evolversi, in cui anche il concetto di proprietà assume diverse connotazioni. Già sul finire degli anni '70, in letteratura il Giannini osservava se il vario concorrere di norme internazionali e interne, ed il fatto che i pubblici poteri si siano assunti rilevanti attività di polizia in ordine ai beni comuni, ha spinto taluni a chiedersi se non si sia modificata la natura giuridica di tali beni, o se l'intera teoria dei beni giuridici non richieda una revisione generale. Il dibattito è appena all'inizio[23]. In ogni caso, l'analisi di questa realtà e il coraggioso modello di gestione del servizio idrico da parte di Napoli è un esempio, sicuramente di incentivo, per considerare la ripubblicizzazione di determinati servizi

[20] La normativa comunitaria in tema di appalti pubblici consente ai Paese membri di prevedere la gestione *in house* dei servizi idrici seppur nel rispetto delle condizioni stabilite dalla sentenza Teckal (C-107/98) della Corte di Giustizia.

[21] Il decentramento dei poteri e il riconoscimento e la promozione delle autonome locali, di cui all'art. 5 cost, letti alla luce del carattere unitario della Repubblica, richiede che le relazioni tra i diversi livelli territoriali siano improntati al rispetto del principio di leale collaborazione, che si concretizza in pareri, intese e diverse forme di coordinamento. Si veda, in proposito, R. BIFULCO, *Leale collaborazione (principio di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), ed. Giuffrè, Milano, 2006, IV, p. 3336 e ss.

[22] L'*iter* di rimunicipalizzazione è spesso frenato da possibili sanzioni e contenziosi con operatori privati.

[23] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, ed. Il Mulino, Bologna, 1977, p. 96.

pubblici essenziali possibile ed auspicabile | anche in altre realtà dello stivale d'Europa

«:::::::::GA:::::::::»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Tiziana Molinaro

Consiglio di Stato, Sez. III, 4.1.2012, n. 3
Affidamento appalto di servizi - clausola bando - possesso centro di cottura apposito per le emergenze e dotato di apposita autorizzazione sanitaria - esclusione - legittimità - possesso autorizzazione servizio di ristorazione *in loco* - insufficienza.
Gara - esclusione - mancanza di uno dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa - conseguenze - art. 48, co. 1, Codice contratti - escussione della cauzione provvisoria prestata e segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza.
1. Qualora il bando di gara per l'affidamento di un servizio di ristorazione richieda la disponibilità a titolo di proprietà, o per avvalimento o per convenzione, di un centro di cottura che possa essere utilizzato in caso di emergenza, che si trovi a una distanza non maggiore di 50 Km. dalla città in cui deve essere svolto il servizio, che risulti al momento dell'offerta dotato di autorizzazione sanitaria intestata alla ditta concorrente ausiliaria o convenzionata e che debba assicurare, attraverso il suddetto centro di cottura, l'erogazione del servizio senza soluzione di continuità anche qualora sopravvenissero impedimenti di qualsiasi natura, è legittima l'esclusione dell'impresa che ha partecipato alla gara senza possedere tale requisito.
In tal senso non risulta sufficiente il possesso di autorizzazione per il servizio di ristorazione in loco, poiché è richiesta un'autorizzazione per un servizio di ristorazione da asporto oppure per cibi preparati e confezionati con specifiche modalità e cautele, quest'ultima costituendo una tipologia di autorizzazione distinta.
Qualora un concorrente venga escluso dalla gara per mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale si ha l'automatica escussione della cauzione provvisoria ex art. 48, co. 1 del Codice dei contratti Pubblici. Qualora non si volesse riconoscere l'automaticità della misura di incameramento della cauzione successivo al provvedimento di esclusione dalla gara, la stessa non si può comunque escludere se viene accertata la carenza sostanziale dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di cui si richiedeva il possesso per partecipare alla gara. Tuttavia, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici può autonomamente determinare le ulteriori conseguenze della esclusione, anche di tipo sanzionatorio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.12. 2011, n. 6625
Appalti di forniture - bando - lettera d'invito - clausola che prevede la preventiva effettuazione di un sopralluogo presso le sedi delle PPAA. interessate a pena di esclusione - Mancata effettuazione del sopralluogo.
Esclusione - allegazione elenco personale addetto sedi interessate - irrilevanza.
Qualora il bando di gara contenga una clausola la quale prevede testualmente che la validità dell'offerta è soggetta all'effettuazione di un sopralluogo obbligatorio presso i vari Enti/Comandi interessati, con rilascio di attestazione da parte di ogni Ente/Comando interessato di avvenuto sopralluogo, da allegare all'offerta, è illegittima l'aggiudicazione a favore della ditta che non ha proceduto al sopralluogo. Non ha rilevanza il fatto che la ditta stessa insieme all'offerta abbia prodotto un elenco nel quale sono indicate le firme del personale addetto ad alcune delle sedi delle PP.AA. destinatarie della fornitura, non potendosi qualificare come sopralluogo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.12.2011, n. 6558
Gara - offerta - ribasso - sui costi sicurezza -

legittimità esclusione - potere di soccorso - impossibilità.
Deve considerarsi legittima l'esclusione da una gara pubblica di una ditta che ha presentato un'offerta che contiene, nella lista delle lavorazioni, anche il ribasso sui costi di sicurezza non consentito dal bando e dalla legge. Inoltre, non potendosi applicare l'art. 90 del d.P.R. n. 554 del 1999 e procedere alla richiesta di integrazioni poiché si tratta di un vizio non suscettibile di sanatoria o di correzione.

Consiglio di Stato Sez. VI,13.12.2011, n. 6523
Gara - operazioni effettuate dal responsabile del procedimento - previsione *lex specialis* - competenza *commissione giudicatrice* - illegittimità.
Qualora un bando di gara di appalto preveda che alcune operazioni debbano essere svolte da una commissione giudicatrice e invece queste vengono svolte unicamente dal responsabile del procedimento, le operazioni svolte in violazione del bando sono da ritenersi illegittime. Pertanto, se il bando di una gara prevede che alcune operazioni devono essere svolte da una commissione giudicatrice, la formulazione usata nella lex specialis non può in alcun modo prestarsi a dubbi interpretativi giacché con l'espressione commissione bisogna intendere inevitabilmente un organo a struttura collegiale e mai monocratico.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.112011, n.6053
Gara - dichiarazione insussistenza cause esclusione - unico rappresentante legale - possibilità sottoscrivere dichiarazione anche con riferimento a soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato - sussistenza condizioni - individuazioni.
1. Nelle gare d'appalto è consentito ad un unico rappresentante legale di rendere e sottoscrivere la dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici con riferimento agli altri soggetti nei cui confronti va dimostrato il possesso del requisito a condizione che questa contenga l'indicazione analitica e nominativa dei predetti soggetti al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare le dovute verifiche. Pertanto, la mancata indicazione di nominativi di soggetti diversi dal dichiarante dei quali si attesta l'insussistenza di cause ostative sul piano della moralità comporta la mancata assunzione di responsabilità qualora la dichiarazione dovesse risultare non veritiera.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 23.1.2012 n. 251
Appalti di servizi - proroga - contratto di appalto contenente una clausola di Impegno dell'appaltatore ad effettuare il servizio sino subentro del nuovo affidatario - legittimità.
Il provvedimento con cui una stazione appaltante, in seguito all'inutile esperimento di una nuova gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti urbani, ha disposto, di autorità, la proroga del contratto di appalto, è legittimo se una clausola del capitolato speciale prevede espressamente che al termine dell'appalto, fino alla nuova gestione o all'entrata in servizio del nuovo affidatario, e comunque non oltre i 12 mesi dalla scadenza del presente appalto, la ditta appaltatrice si impegna ad effettuare il servizio alle stesse condizioni economico-gestionali. In questo caso deve ritenersi che la stazione appaltante non ha proceduto ad un rinnovo o ad una novazione di un rapporto esaurito, ma si è avvalsa della facoltà, prevista fin dall'inizio dal c.s.a., di estendere la durata del rapporto negoziale per un ridotto lasso temporale al fine di consentire la conclusione della nuova procedura di selezione.

TAR Lazio, sez. II *ter* 16.1.2012, n. 442
1. Gara - regolarità contributiva - in riferimento a tutto il tempo svolgimento gara.
2. Avvalimento *ex* art. 49 del codice contratti - limiti - dimostrazione requisito soggettivo personalissimo - impossibilità.
3. Partecipazione - avvalimento - presupposti - presentazione dichiarazione di avvalimento - mancanza - necessità.
1. Nelle gare di appalto il requisito della regolarità contributiva è un presupposto per partecipare alla procedura concorsuale e deve quindi sussistere al momento di scadenza del termine di partecipazione ed essere mantenuto per tutto il tempo di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione.
2. Nell'appalto pubblico l'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del codice dei

contratti pubblici non è ammessa qualora sia richiesto il possesso di un requisito soggettivo personalissimo, come il capitale sociale minimo preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa partecipante.
3.Qualora si intenda partecipare ad un appalto mediante l'utilizzo dell'istituto di avvalimento non è possibile prescindere dalla dichiarazione di avvalimento ex art. 49 co. 2 lett.a) del codice dei contratti pubblici vista la non derogabilità al principio della personalità dei requisiti di qualificazione. In assenza della suddetta dichiarazione la commissione di gara non può accertare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica di altre imprese che sono solo genericamente indicate dal partecipante così da attribuire quei requisiti al patrimonio di qualificazione dell'impresa concorrente in virtù dell'avvalimento.

TAR Sicilia, Pa, Sez III, 7.12.2011 n. 2304
Contratti della PA. - modalità di presentazione dell'offerta - clausola del bando che prevede che il plico debba essere ermeticamente sigillato con ceralacca e controfirmato sui lembi di chiusura - presentazione offerta con i lembi di chiusura sigillati con ceralacca ma privi della controfirma del legale rappresentante – esclusione - ragioni.
Qualora in un bando di gara sia previsto espressamente come modalità di offerta e a pena di esclusione che …il plico deve essere ermeticamente sigillato con ceralacca e firmato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta o dal suo procuratore…, deve essere esclusa dalla gara la ditta che ha presentato il plico che contiene l'offerta con i lembi di chiusura sigillati con ceralacca, ma privi della controfirma del legale rappresentante. Tale previsione all'interno della lex specialis ha l'obiettivo di garantire dal rischio di compromissione dei plichi che contengono le offerte, costituendo strumento di garanzia maggiore rispetto a frodi o indebite violazioni del segreto a tutela dell'interesse della p.a. e dei partecipanti sì che le buste non possano essere in alcun modo manomesse, tenuto conto che l'apposizione della ceralacca e della firma sono modalità facilmente osservabili con la dovuta attenzione.

TAR Abruzzo, Sez. I, 23.11.2011, n.642
Ricorso giurisdizionale - proposto da una ditta classificatasi seconda in una gara di appalto - contro provvedimento di approvazione del collaudo tecnico amministrativo dei lavori eseguiti dalla società aggiudicataria - ragioni dell'inammissibilità.
Il ricorso proposto dalla ditta classificatasi seconda nella graduatoria di una gara di appalto è inammissibile qualora sia presentato avverso la determinazione con cui la stazione appaltante, in seguito all'aggiudicazione, ha approvato il collaudo tecnico amministrativo dei lavori eseguiti dalla società vincitrice, ove la società ricorrente contesti la difformità dei lavori rispetto a quelli previsti nell'offerta progettuale presentata in sede di partecipazione alla gara e richieda, per questo motivo, la dichiarazione da parte del G.A. dell'obbligo della PA. di provvedere alla revoca dell'aggiudicazione; infatti, conclusasi in via definitiva la fase dell'evidenza pubblica, la ditta istante deve considerarsi priva di legittimazione attiva relativamente all'impugnazione dell'atto gravato in quanto con la stipulazione del contratto di appalto si instaura fra la PA. e la ditta vincitrice un vincolo negoziale iure privatorum. La ditta classificatasi seconda risulta quindi titolare di un interesse di mero fatto in quanto l'atto gravato appartiene alla fase dell'esecuzione di un contratto stipulato tra altri soggetti.

TAR Campania, Na, Sez. I, 23.11.2011 n.5486
Esclusione dalla gara - produzione due referenze bancarie - inidoneità di una delle referenze a dimostrare l'effettiva solvibilità della ditta - legittimità.
Qualora nel bando di gara siano richieste espressamente e a pena di esclusione la presentazione di due idonee dichiarazioni bancarie al fine di dimostrare il possesso del requisito della capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti, viene legittimamente esclusa dalla gara la ditta che ha presentato due dichiarazioni bancarie di cui una non idonea a comprovare l'effettiva solvibilità della ditta stessa relativamente all'importo complessivo dell'appalto in quanto non contiene nessuna dichiarazione e/o precisazione al riguardo tale da poter dedurre la chiara ed inequivoca solvibilità del concorrente.

TAR Veneto, Sez. I, 22.11. 2011, n. 1720
Gara - offerta della concorrente - oneri per la sicurezza - omissione dell'indicazione di tali oneri nell'offerta - illegittimità dell'esclusione dalla gara.
Nel caso in cui la *lex specialis* non preveda nulla in proposito e il modello disposto dalla PA. per formulare l'offerta economica non preveda alcuno spazio per l'inserimenti relativo ai dati - riferimento al principio del *favor partecipationis*.
Se una ditta viene esclusa da una gara di appalto per non aver indicato nell'offerta gli oneri che intende sopportare relativamente alla sicurezza sul lavoro, tale esclusione è illegittima laddove la lex specialis non preveda nulla al riguardo e il modello predisposto dalla P.A. da utilizzare ai fini delle formulazione dell'offerta economica, non presenti alcuno spazio per inserire i dati relativi ai detti oneri. Infatti, è la stessa modulistica presentata dalla stazione appaltante ad indurre in errore i concorrenti e a originare la mancanza che si è poi rivelata determinante per la partecipazione alla gara. Dunque, la disposta esclusione è da considerarsi illegittima in applicazione del principio generale del favor partecipationis.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 18.11.2011 n. 2802.
1. Aggiudicazione - criterio offerta economicamente più vantaggiosa - *ex* art. 83 codice di contratti - esclusione - unico concorrente - offerta con punteggio sotto il minimo - legittimità.
2. Appalti - offerta - valutazione delle offerte in forma numerica - nel caso di criteri molto dettagliati - legittimità.
1. L'esclusione da una gara, per l'affidamento di un appalto di servizi da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è legittima se l'offerta presentata dall'unico concorrente partecipante non ha raggiunto il punteggio minimo previsto dal bando.
In effetti, sono da considerarsi legittime le clausole del bando che prevedono la valutazione dell'offerta economica esclusivamente nel caso di un punteggio minimo raggiunto dall'offerta medesima, considerata la rilevanza che può avere l'elemento della qualità tecnica per l'amministrazione aggiudicatrice.
2.Qualora i criteri di valutazione siano estremamente dettagliati, la considerazione del solo punteggio numerico può considerarsi sufficiente motivazione in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del codice dei contratti pubblici.

TAR Veneto, Sez. I, 8.11. 2011, n. 1659
Contratti - esclusione gara - presentazione cauzione provvisoria - importo inferiore rispetto a bando - evidente errore materiale - illegittimità - principio del *favor partecipationis* a causa dell'incertezza dell'art. 46, co. 1 *bis* Codice dei Contratti.
L'esclusione di una ditta da una gara di appalto è illegittima qualora la presentazione di una cauzione provvisoria che rechi l'indicazione di un importo garantito inferiore a quello indicato nel bando sia dovuta a un evidente errore materiale confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore. In tal caso, considerando l'incertezza interpretativa dell'art. 46, co. 1 bis del d. lgs. n. 163 del 2006 relativo al principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, è possibile invocare il principio di favor partecipationis ai fini delle legittima ammissione alla gara della stessa ditta.

«::::::::: GA :::::::::»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte Costituzionale, 21.3.2012, n. 62
Servizio idrico integrato - competenza esclusiva dello Stato.
Posto che la disciplina dell'affidamento della gestione del SII attiene, come più volte affermato da questa Corte, alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, sono costituzionalmente illegittimi, per violazione del principio della proprietà pubblica delle reti, gli artt. 2, c. 1 e 9, c. 1, della Legge Regione Puglia 11/11, la quale può essere interpretata solo nel senso che essa stessa provvede all'affidamento diretto della gestione del SII all'AQP. Infatti detta legge, nel disporre che la gestione del SII è affidata ad un'azienda pubblica regionale con particolari caratteristiche e nell'istituire contestualmente una specifica azienda con tali caratteristiche (a quanto consta, l'unica del genere) con il fine di gestire il SII, individua proprio in tale azienda (l'AQP) l'affidataria della gestione del servizio e – attraverso la determinazione delle caratteristiche generali degli affidatari – anche le forme di gestione utilizzabili, inibendo così all'Autorità idrica pugliese di procedere alla scelta, previa valutazione comparativa delle modalità di gestione e degli affidatari. In tal modo la L.R. 11/11 risulta incompatibile con l'art. 2, c. 2, lett. f), della L.R. 9/11 – secondo il quale è, invece, l'Autorità idrica pugliese a provvedere all'affidamento della gestione del SII – e ne ha perciò determinato, in quanto lex posterior incompatibile, l'abrogazione tacita.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.3.2012, n. 1574
Impresa pubblica - art. 3, co. 27, l. 244/07 - portata.
Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico - differenze.
L'art. 3, co. 27, della L. 244/07 pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico.
La società pubblica deve, pertanto, essere assoggettata, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche quali, ad esempio, quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti (Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806). L'applicazione di questo statuto implica, altresì, che, in ossequio alle prescrizioni imposte dal diritto europeo per tutelare la concorrenza (in particolare artt. 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), deve essere assicurato il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione – al di fuori dei casi in cui si debba garantire la «missione pubblica» (art. 106, co. 2) nel settore dei servizi pubblici – di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali.
Elementi comuni tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico attengono all'impiego dello strumento societario e dunque alla fase di costituzione nonché all'esigenza di perseguire l'interesse pubblico. Le differenze tipologiche riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell'attività – economica e non economica – e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro. Esiste poi un elemento costituito dall'influenza dominante che si atteggia diversamente a seconda della specificità della fattispecie: mentre per l'organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell'ente, per l'impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall'art. 2449 c.c., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.2.2012, n. 640
Art. 23 *bis*, co. 9, d.l. 112/08 - portata.
In caso di società affidatarie dirette di più servizi pubblici locali, l'art. 23 bis, c. 9, d.l.

112/08 non ha imposto la cessazione di tali affidamenti come condizione per partecipare alla prima gara, ma si è limitato a consentire tale partecipazione a condizione, appunto, che fosse la prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. Deve ritenersi maggiormente coerente con la ratio della disciplina all'epoca vigente l'interpretazione, secondo cui la partecipazione alla prima gara per l'affidamento dello stesso servizio già affidato è possibile anche in presenza di altri affidamenti in corso, comunque destinati a nuove anticipate scadenze. Una diversa interpretazione condurrebbe a ritenere che le società affidatarie dirette di più servizi non possano partecipare alle nuove gare, anche se gli affidamenti stanno progressivamente scadendo, finché tale condizione non si realizzi per tutti gli affidamenti, rispetto ai quali è anche dubitabile che le società possano unilateralmente sciogliersi dai vincoli contrattuali (solo il vigente art. 4 del d.l. n. 138/11 ha previsto, come condizione per la partecipazione degli affidatari diretti alle nuove gare, che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura).

Corte dei Conti, Sez. Riun. contr. reg., 2/3.3.2012, nn. 3 e 4

Reinternalizzazione servizio pubblico locale - personale precedente affidataria - assunzione tramite concorso pubblico.

L'ente locale, in caso di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni nonché di trasferimento al medesimo del personale assunto direttamente dalla società affidataria di servizi, non può derogare alle norme in materia di contenimento della spesa per il personale né al principio costituzionale del pubblico concorso di cui è espressione anche l'art. 35 d.lgs. 165/01.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.12.2011, n. 6985

Appalto di servizi e concessioni - distinzione. Società mista - subentro di altro comune - conseguenze.

Il subentro di altro comune nelle quote di partecipazione è potenzialmente idoneo a mutare radicalmente la forma di controllo sulla società partecipata, facendo ad esempio cessare la partecipazione totalitaria che è presupposto per gli affidamenti in house o, per le società miste, facendo perdere al Comune la maggioranza del capitale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.12.2011, n. 6974

Art. 13 d.l. 223/06 - portata.

L'enunciato dell'art. 13 d.l. 223/06, rende evidente che la qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione dei servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici, essendo posto, come sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 328/08, al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali essa possa godere in quanto pubblica amministrazione.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 1.3.2012, n. 464

Trasporto disabili - servizio trasporto pubblico locale - rientra - competenza comunale.

Il servizio di trasporto dei disabili essendo una peculiare species del servizio di trasporto pubblico locale, caratterizzato dalla qualificante natura socio-assistenziale, è di competenza dei comuni, per ciò a loro carico sono le relative spese (con tale pronuncia il TAR Puglia nega l'esistenza di principio per il quale se la prestazione socio-assistenziale abbia il fine esclusivo (o prevalente) di consentire al disabile di ricevere tutela sanitaria (ad es. trasporto in ospedale o altra struttura socio-sanitaria) il suo costo dovrebbe essere sopportato dal servizio sanitario nazionale, laddove se la medesima prestazione socio-assistenziale sia resa per fini non sanitari (es. trasporto a scuola), il costo della prestazione deve essere integralmente posto a carico dell'Ente locale).

TAR Liguria, Sez. II, 29.2.2012, n. 347

Società miste - socio privato - impugnazione autonoma atti lesivi - legittimazione - non sussiste.

La società privata di minoranza, e a maggior ragione il socio di quest'ultima, di una società mista partecipata da un comune avente quale scopo sociale la gestione di un servizio pubblico non può essere in alcun modo legittimata ad impugnare in via autonoma gli atti adottati dall'amministrazione comunale, poiché, a differenza di quanto può avvenire nei raggruppamenti temporanei d'imprese, il socio non è legittimato ad agire in giudizio contro atti che ledono interessi della società, essendo la società un soggetto distinto dai soci che ha la disponibilità esclusiva delle posizioni giuridiche facenti capo ad essa.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 23.2.2012, n. 599

Società miste - scelta del socio privato - partenariato istituzionale - obbligo di procedura selettiva - sussiste.

Nei casi in cui la scelta del socio privato sia finalizzata alla costituzione di un rapporto di partenariato, la relativa procedura è in toto assimilabile a quella di affidamento di un servizio pubblico.

Trattandosi di una gara volta alla costituzione di un cd. partenariato istituzionale deve applicarsi ad essa il d.P.R. 533 del 1996 che, appunto, disciplina le procedure di gara per la scelta del socio privato nelle società miste, a nulla rilevando che, sotto il profilo privatistico, l'ingresso del socio industriale nella compagine sociale sia avvenuto mediante aumento di capitale senza diritto di opzione, anziché attraverso la cessione diretta di quote da parte degli enti pubblici controllanti. Infatti, ciò che importa, ai fini della individuazione della disciplina applicabile alla gara, è la sostanza dell'operazione che si è inteso realizzare (partenariato) e non gli strumenti tecnici con cui essa è stata attuata.

TAR Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 9.2.2012, n. 60

Art. 4, co. 33, d.l. 138/11 - portata.

Ai sensi dell'art. 4, co. 33, d.l. 138/11, è legittimo il provvedimento con cui il comune ha revocato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio di raccolta, trasporto smaltimento e recupero dei rifiuti urbani nei confronti di una ATI, la cui mandante svolgeva il servizio di gestione del centro comunale di raccolta rifiuti di un altro ente locale mediante affidamento diretto.

TAR Liguria, Sez. II, 18.1.2012, n. 111

Società mista - affidamento diretto - presupposti.

Il comune appaltante, per non eludere le regole del confronto concorrenziale, nell'affidare direttamente il servizio ad una società mista, fin dall'indizione della gara per l'individuazione del socio privato, deve specificare l'oggetto sociale perseguito dalla costituenda società in quella determinata composizione sociale, in guisa tale che la realizzazione, la modifica o il venire meno dell'oggetto e/o della sua composizione sociale condizionano non solo l'operatività della società ma, a monte, la partecipazione stessa del socio privato.

TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 13.1.2012, n. 44

Affidamento *in house* - vocazione commerciale società - esclusione.

E' illegittimo l'affidamento in house ad una società consortile interamente pubblica qualora da alcune previsioni statutarie emerga la vocazione commerciale della società consortile, vocazione commerciale che, rende precario il controllo (analogo) dell'ente pubblico.

TAR Puglia, Ba, sez. I, 5.1.2012, n. 24

Servizio pubblico locale privo di rilevanza economica - forme di gestione.

I comuni possono organizzare la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica anche con forme differenti da quelle previste nell'art. 23 bis d.l. 112/08 (compresa la fondazione)

TAR Veneto, Sez. I, 14.12.2011, n. 1823

Affidamento *in house* - caratteri.

L'istituto dell'in house providing, che rappresenta il tentativo di conciliare il principio di auto-organizzazione amministrativa con i principi di tutela della concorrenza e del mercato, trova pacifica giustificazione a livello comunitario, e la trova nella nozione sostanziale di contratto. La Corte di Giustizia, infatti, ha evi-

denziato che la nozione di contratto implica l'esistenza di una relazione intersoggettiva, ove coesistono almeno due soggetti sostanzialmente distinti. Non c'è pertanto contratto - e non si applicheranno allora le regole comunitarie a tutela della concorrenza nella scelta del contraente - laddove l'Amministrazione si rivolga, per reperire una determinata prestazione, ad un soggetto che, pur essendo formalmente dotato di personalità giuridica diversa dall'amministrazione, è tuttavia sottoposto ad un controllo gerarchico così intenso da parte dell'Ente che può essere assimilato al controllo che l'amministrazione esercita sulle proprie strutture interne. In presenza di tali condizioni, quindi, c'è non già un contratto (manca, infatti, una relazione intersoggettiva), ma, difettando la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario, c'è soltanto un rapporto organico (o di delegazione interorganica), ed è per questo motivo che lo svolgimento della prestazione si configura una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione In altre parole, l'affidamento in house non è una fattispecie contrattuale eccezionalmente sottratta all'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, ma è, al contrario, una fattispecie non contrattuale che, come tale, per sua stessa natura si sottrae al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

«::::::::: GA:::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Art. 92, co. 5, d. lgs. n. 163/2006: corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti. Dubbi Interpretativi (Parere del 25.3.2010 prot. 105479, AL 35662/09, Avv. Verdiana Fedeli)

RISPOSTA

I. *In risposta alla nota del 13.10.2009, con cui viene richiesto un parere sul termine prescrizionale e sulla relativa decorrenza con riferimento all'incentivo correlato alla progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti, di cui all'art. 18 della l. n. 109/1994 – successivamente modificato dalle l. nn. 216/95, 127/97, 191/98, 415/98 e 144/99, attualmente trasfuso nell'art. 92, del d. lgs. n. 163 del 2006 – a fronte di prestazioni lavorative effettuate nel periodo dal 6.3.1994 al 9.5.2003, si evidenzia quanto segue. Il suindicato art. 92, co. 5, prescrive "Una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'art. 93, co. 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie. I soggetti di cui all'art. 32, co. 1, lett. b) e c), possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri". Tale norma è stata da ultimo modificata dall'art. 18, co. 4 sexies, del d.l. n. 185/2008, convertito in l. n. 2/2009, che ha introdotto il co. 7 bis dell'art. 61 del d.l. n. 112/2008, che dispone "A decorrere dal 1.1.2009, la percentuale prevista dall'art. 92, co. 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d. lgs. 12.4.2006 n. 163, e successive modificazioni, è destinata nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, è versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere destinata al fondo di cui al co. 17 del presente articolo". Codesta Amministra-*

zione, nella nota che si riscontra, sembra preferire la tesi che all'incentivo ex art. 92 sopra menzionato sia applicabile il termine di prescrizione decennale, a tal uopo allegando il precedente favorevole del Tribunale di Napoli (sentenza n. 73 del 2007). Secondo l'indicato Tribunale l'incentivo ex art. 92 d. lgs. n. 163 del 2006 costituisce "un'indennità a contenuto risarcitorio e non retributivo, non facendo parte del trattamento stipendiale", con conseguente applicabilità del termine di prescrizione decennale. Tale interpretazione non sembra condivisibile per le seguenti considerazioni. In primo luogo, si sottolinea che nella materia del lavoro la prescrizione ordinaria decennale, di cui all'art. 2946 c.c., ha carattere residuale, in quanto "il diritto del lavoratore alla retribuzione è assoggettato unicamente alle prescrizioni ex art. 2948, n. 4 e 5, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c. c., come modificati a seguito della parziale illegittimità dichiaratane dalla corte costituzionale, e, pertanto, in nessun caso può ritenersi soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, decorrente dalla nascita del credito (Cass. civ., 4.3.1983, n. 1604)". In secondo luogo si evidenzia che l'incentivo, di cui all'art. 92 del suindicato d. lgs. 2006, n. 163, non ha natura risarcitoria. Non deriva, infatti, da responsabilità del datore di lavoro, né tantomeno può essere diretto a risarcire alcun danno, non esistendo alcun danno risarcibile. Pertanto, il premio incentivante, in quanto compensa i dipendenti dell'amministrazione, che abbiano in concreto concorso o comunque contribuito alle attività di progettazione, affidamento, esecuzione e collaudo dei lavori, sembra rientrare nel concetto di retribuzione, come ha affermato il Tribunale, Sezione Lavoro di Roma, con sentenza n. 12107 del 2009, anch'essa allegata alla nota che si riscontra. Va a tal uopo sottolineato che la Corte di Cassazione (Cass., 19.7.2004, n. 13384), nel sostenere che la norma in esame impone all'amministrazione: a) l'obbligo di costituire un fondo interno; b) l'obbligo di ripartire detto fondo tra il personale degli uffici tecnici dell'amministrazione; c) l'obbligo di emanare un regolamento per determinare le modalità di erogazione del fondo, ha così affermato "dalla norma di legge sopra trascritta si ricava altresì che tutti i predetti obblighi dell'amministrazione sono previsti in relazione a rapporti di lavoro in corso con i propri dipendenti; essi pertanto trovano la loro correlazione in un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva spettante ai dipendenti specificamente indicati nella norma. A nulla rileva che i predetti diritti siano quantitativamente indeterminati fino alla specificazione con regolamento delle modalità di ripartizione del fondo: infatti non osta all'esistenza del diritto retributivo del lavoratore la necessità di una successiva determinazione del quantum. D'altro canto l'emanazione del regolamento non può essere configurata come condizione di esistenza del diritto, poichè una siffatta condizione null'altro sarebbe che una condizione meramente potestativa, da ritenersi invalida a norma dell'art. 1355 c.c.".

Analogamente la Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, nella delibera n. 5/2009 ha sostenuto che "il compenso incentivante dipende dal rapporto di lavoro, poiché l'art. 92, co. 5, del d. lgs. 163 del 2006 precisa che l'importo ivi stanziato deve essere distribuito tra i dipendenti dell'ufficio tecnico e, rientra, pertanto, fra le somme riconducibili alle voci accessorie della retribuzione". Inoltre, va osservato che l'art.1, co. 207, della l. 23.12.2005 n. 266, ha così disposto "L'art. 18, co. 1, della l. 11.2.1994, n. 109, e successive modificazioni, che prevede la possibilità di ripartire una quota percentuale dell'importo posto a base di gara tra il responsabile unico del progetto e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori, si interpreta nel senso che tale quota percentuale è comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione". Alla luce di tali principi, sembra corretto affermare che l'incentivo de quo, rientrando nel concetto di retribuzione, soggiace alla prescrizione quinquennale ex artt. 2948, n. 4, c.c., secondo cui "Si prescrivono in cinque anni gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi".

Risultano, infatti, soggetti al regime della prescrizione dei crediti di lavoro, non solo gli emolumenti corrisposti in funzione dell'esercizio dell'attività lavorativa, ma anche tutti

gli importi che, pur senza trovare riscontro in una precisa prestazione lavorativa, costituiscono adempimento di obbligazioni pecuniarie imposte al datore di lavoro da leggi o da convenzioni nel corso del rapporto ed aventi origine e titolo nel contratto di lavoro, mentre ne restanoescluse le sole erogazioni originate da cause autonome ovvero da responsabilità del datore di lavoro " (cfr. Cass., 25.1.2001, n. 1018; Cass., 10.11.2004, n. 21377). Alla stregua del suesposto principio la Suprema Corte ha quindi ritenuto che soggiacciono alla prescrizione quinquennale i crediti di lavoro per ferie annuali e riposi settimanali non goduti (Cass., n. 927 del 1989), festività infrasettimanali (Cass., n. 108 del 1988), indennità di trasferta e lavoro straordinario (Cass., n. 862 del 1988). Anche il Consiglio di Stato (CdS, Sez. IV; 15.7.2008, n. 3559) ha affermato che tutti i crediti di lavoro dei pubblici dipendenti soggiacciono alla prescrizione quinquennale, senza che sia più possibile introdurre alcuna distinzione per l'ipotesi che il credito retributivo sia contestato o, comunque, richieda un formale atto di accertamento da parte dell'amministrazione (tra le più recenti, CdS, Sez. IV, 12.3.2001, n. 1411; 5 aprile 2003, n. 1788; 30.12.2003, n. 9174; 5.10.2005, n. 5339). Sulla base della citata giurisprudenza, deve, pertanto, ritenersi che l'incentivo in oggetto, avendo natura retributiva e non risarcitoria, è soggetto alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c., a prescindere dalla periodicità della prestazione, atteso che il requisito della periodicità, annuale o inferiore all'anno, che giustifica l'applicabilità della prescrizione quinquennale, deve essere riferito alla retribuzione nel suo complesso e non già alle singole voci che di volta in volta la compongono (Cass., 10.11.2004, n. 21377).

***II.** Per quanto concerne la decorrenza del termine di prescrizione, atteso che l'art. 2935 c.c. prevede che "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere", si ritiene che la prescrizione debba iniziare a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento (9.5. 2003). Infatti, l'art. 18 della l. n. 104/92, come modificato dalla legge dall'art. 6, co. 13, della l. n. 127 del 1997, così statuiva "L'1 per cento del costo preventivato di un'opera o di un lavoro ovvero il 50 per cento della tariffa professionale relativa a un atto di pianificazione generale, particolareggiata o esecutiva sono destinati alla costituzione di un fondo interno da ripartire tra il personale degli uffici tecnici dell'amministrazione aggiudicatrice o titolare dell'atto di pianificazione, qualora essi abbiano redatto direttamente i progetti o i piani, il coordinatore unico di cui all'art. 7, il responsabile del procedimento e i loro collaboratori. 1-bis. Il fondo di cui al co. 1 è ripartito per ogni singola opera o atto di pianificazione, sulla base di un regolamento dell'amministrazione aggiudicatrice o titolare dell'atto di pianificazione". Dall'art. 18, come modificato nel 1997, si evince, pertanto, che il diritto del dipendente alla ripartizione del fondo incentivante non assume contenuto certo e determinato sino a quando non venga emanato l'apposito regolamento che fissa la misura spettante a ciascuno e le relative modalità applicative concrete. Nelle fattispecie in esame, nelle quali la prestazione lavorativa è stata effettuata nel periodo dal 6.3.1994 al 9.5.2003, il termine prescrizionale è iniziato a decorrere dal momento dell'entrata in vigore del regolamento del Ministero della Difesa, ossia del decreto 7.2.2003, n. 90, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 24.4.2003, n. 95, recante norme per la ripartizione del fondo di cui al co. 1 dell'art. 18 della l. 11.2.1994, n. 109, e successive modificazioni e integrazioni. Codesta Direzione Generale, nel richiedere l'avviso di questa Avvocatura in proposito, evidenzia altresì che il regolamento attuativo adottato dal Ministero della Difesa ha omesso di dettare il regime transitorio per le annualità 1994-1999, per le quali le quote di ripartizione sono state individuate da codesta Direzione soltanto con la circolare interpretativa del 2006. Si chiede, conseguentemente, se l'adozione di tale ultimo documento debba considerarsi quale dies a quo per la decorrenza dei diritti relativi alle annualità precitate, anche al fine di evitare i contenziosi che seguirebbero all'eventuale diniego di pagamento delle competenze pregresse e ponderare correttamente il rischio di soccombenza nei medesimi. In relazione agli incentivi inerenti il periodo dal 6.3.1994 al 22.5.1999, si osserva che il Direttore Genera-*

le dei Lavori e del Demanio nella circolare del 7.1.2004, a pag. 7, espressamente stabiliva "Date le successive versioni dell'art. 18, intervenute con le modifiche alla legge quadro sui LL.PP. (allegato G), l'individuazione della data di decorrenza, nonché dei percettori dell'incentivo sarà oggetto di apposito quesito agli Organi Consultivi preposti. Nelle more, la corresponsione degli incentivi dovrà avvenire esclusivamente a favore di quelle attività per le quali l'incarico è stato affidato a far data dal 9.5.2003". Successivamente con la circolare del 19.4.2006, codesta Amministrazione, acquisito il parere del Consiglio di Stato n. 7735 del 19.10.2004, che, per un verso, ha stabilito la decorrenza dei compensi de quo alla data di entrata in vigore della l. n. 104/94 e, per altro verso, l'efficacia retroattiva del d.m. n. 90/03, ha precisato a pagina 1, punto 3 "che devono essere oggetto di corresponsione dell'incentivo tutte quelle prestazioni iniziate dopo l'entrata in vigore della legge n. 109/94 (6.3.1994)". Invero, facendo decorrere la prescrizione dal momento dell'adozione della circolare, verrebbero sovvertite le ordinarie regole secondo cui i regolamenti sono atti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente normativi, mentre le circolari sono mere norme interne. Come sostenuto dalla Corte dei Conti nella citata delibera n. 5/2009 "I tempi di erogazione di questa forma di compenso e il collegamento con la rea lizzazione dell'opera pubblica o con le varie fasi di realizzazione della stessa devono essere stabiliti in sede di contrattazione collettiva e di successivo regolamento. Ovviamente, la disciplina contrattuale e il regolamento stabiliscono i criteri generali che devono essere applicati in ogni singola fattispecie, con la conseguenza che possono verificarsi due diverse situazioni. La prima riguarda la realizzazione di opere in assenza del regolamento. In questo caso l'aspettativa al compenso dei dipendenti interessati si tramuterà in diritto azionabile solo quando sarà raggiunto l'accordo in sede decentrata e adottato l'atto regolamentare.
La seconda riguarda le situazioni nelle quali l'ente abbia già adottato il regolamento. In quest'ipotesi il diritto al compenso si perfeziona con la conclusione delle attività inerenti la realizzazione dell'opera pubblica, vale a dire con il collaudo della stessa ovvero con la sua ultimazione. Semprechè, in sede di contrattazione integrativa le parti, nell'ambito della loro autonomia, non abbiano stabilito tempi e modalità diverse di erogazione".
Pertanto, assume rilevanza nella liquidazione dell'incentivo, con relativi accessori, la sola adozione del regolamento da parte dell'amministrazione. Sulla base di quanto sopra esposto, la tesi più rigorosa e preferibile, impone di ritenere che la prescrizione inizi a decorrere dal momento dell'entrata in vigore del regolamento. Peraltro, si fa rilevare che essendo state adottate dalle articolazioni periferiche di codesta amministrazione entro il termine del 30.9.2006 (cfr. circolare del 19.4.2006, n. 20506, punto 5) le schede di ripartizione, comprovanti il diritto dei singoli interessati alla corresponsione degli incentivi, che attestano il progetto, le attività e l'importo dovuto, la prescrizione è interrotta nei confronti degli aventi diritto, ai quali la scheda è stata comunicata. La redazione della documentazione comprovante il diritto dei singoli interessati alla corresponsione degli incentivi, si configura, infatti, in termini di atto interruttivo della prescrizione, in quanto ricognitivo del debito, con l'effetto che da quel momento inizia a decorrere un nuovo termine di prescrizione (quinquennale). Contrariamente a quanto sostenuto da codesta Amministrazione, invece, l'adozione della circolare amministrativa non può configurarsi in termini di atto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2944 c.c., in quanto il riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere, deve consistere in una ricognizione chiara e specifica del diritto altrui (Cass., sent. n. 8888 del 14.4.2009) e tale ricognizione non può ritenersi sussistere in una circolare, che reca l'interpretazione di un regolamento, senza alcuna indicazione sui soggetti nei cui confronti l'amministrazione è debitrice, né dei relativi importi. In conclusione, codesta Direzione Generale potrà procedere alla liquidazione degli incentivi per le prestazioni lavorative effettuate nel periodo dal 6.3.1994 al 9.5.2003, atteso che il termine prescrizionale quinquennale è stato interrotto nel 2006 con la predisposizione delle schede riepilogative (degli importi dovuti e dei rela-

tivi creditori), purché le stesse siano state portate a conoscenza dei creditori. Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità". (A.G.S. – del 25.3.2010 prot. 105479, AL 35662/09).

«::::::::: GA :::::::::»

DOMANDA

"Applicabilità della normativa in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori ai sensi dell'art. 125 d. lgs. 12.4.2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Parere del 12.7.2010 prot. 228103 - Avv. Stato Carmela Pluchino" .

RISPOSTA

Codesta Avvocatura Distrettuale ha sottoposto alla valutazione della Scrivente la richiesta di parere avanzata dall'Università degli Studi di (omissis), relativamente alla necessità del D.U.R.C. anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori di cui all'art. 125 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, effettuate mediante procedure di "cottimo fiduciario". Al riguardo si osserva quanto segue.

L'Università, premesso che "sta ottemperando agli adempimenti in tema di DURC risultanti dal combinato disposto: dell'art. 2, co. 1, d.l. 25.9.2002 n. 210, convertito dalla l. 22.11.2002 n. 266; dell'art. 38, co. 2 (rectius 1) lett. "i" e c. 3, dell'art. 118, co. 6, d. lgs. 12.4.2006 n. 163; dell'art. 16 bis, c. 10, d.l. 29.11.2008 n. 185, convertito dalla l. 28.1.2009 n. 2; attenendosi all'interpretazione dell'applicabilità di tali norme anche alle fattispecie contrattuali di cui all'oggetto avanzata – limitatamente al cottimo fiduciario – dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali con nota prot. n. 25/I/0002599 del 20.2.2009 in risposta a istanza di interpello n. 10/2009 avanzata dall'Università degli Studi di (omissis)"; evidenziando l'allungamento dei tempi dei procedimenti di spesa anche di modesta entità causato dai suddetti adempimenti, a scapito dell'esigenza di maggiore celerità di cui all'art. 9, co. 1, del d.l. 1.7.2009 n. 78, convertito dalla l. 3.8.2009 n. 102, ha chiesto parere in ordine all'applicabilità del succitato art. 38, co. 1 lett. "i" e co. 3, anche alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori effettuate mediante procedura di "cottimo fiduciario" Il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, con la nota del 20.2.2009 sopra richiamata, ha chiarito che "per quanto riguarda i contratti sotto soglia comunitaria, tra i quali rientrano le acquisizioni in economia, l'art. 121 dispone che si applicano, se non derogate, le norme della parte II del Codice. L'art.125 – che disciplina per l'appunto le acquisizioni in economia – non contiene alcuna deroga espressa all'art. 38, co. 3 (contenuto nella parte II del Codice), secondo il quale "resta fermo per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2, del d.l. 25.9. 2002, n.210, convertito dalla l. 22.11.2002, n. 266 e di cui all'art. 3, co. 8, del d. lgs. 14.8.1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni"; … Tutto ciò premesso si ritiene che il DURC debba essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità. Rispetto a tali acquisti, evidentemente, il DURC sarà richiesto solo nel caso di cottimo fiduciario ex art. 125, co. 1 lett. b), d. lgs. n.163/2006 – attraverso il quale le prestazioni avvengono mediante affidamento a terzi – e non anche nel caso di ricorso all'amministrazione diretta, attraverso la quale le acquisizioni "sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione (…)". La Scrivente ritiene condivisibile l'interpretazione offerta dal Ministero succitato per le considerazioni che seguono. Innanzitutto, l'importo del contratto è irrilevante ai fini della verifica dei requisiti di ordine generale relativi alla materia previdenziale e consente solo una semplificazione della procedura di individuazione del contraente rispetto a quella ordinaria. La ratio della normativa in materia di DURC è invero di verificare che le imprese che operano nel settore pubblico rispettino la normativa previdenziale, a prescindere dall'importo del contratto e dalla procedura di selezione adottata, nonché la trasparenza e la parità di condizioni tra i concorrenti. D'altra parte, nella Circolare INPS n. 92 del 26.7.2005 vie-

ne espressamente ribadito che il DURC riguarda tutti gli appalti pubblici nonché i lavori privati in edilizia soggetti al rilascio di concessione ovvero a denuncia di inizio attività (DIA). Il Consiglio di Stato (cfr. sez. V, sentenza n. 4273 del 1.8.2007) ha ulteriormente sottolineato l'ampia portata del requisito di "regolarità contributiva" chiarendo che "Non si può ritenere che il requisito di regolarità contributiva di cui all'art. 2 d.l. n. 210/2002 possa coincidere con quello di cui all'art. 75, co. 1, lett. e), del d.P.R. n. 554/1999. Quest'ultimo, infatti, facendo unicamente riferimento a gravi infrazioni debitamente accertate risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici, fa emergere un concetto di irregolarità legata solo ad infrazioni contributive che hanno dato luogo a contenzioso e che siano state portate a conoscenza dell'Osservatorio. Il requisito, invece, previsto dall'art. 2 d.l. n. 210/2002, dispone un più ampio ambito di applicazione, prevedendo l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali (iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato). Tale requisito, quindi, non riferendosi solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle (non frequenti) ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione, determina l'esclusione, dalla contrattazione con le amministrazioni, di quelle imprese che non siano corrette in relazione agli obblighi previdenziali, anche con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque ritardare il pagamento". Nè può ritenersi che tale obbligo contrasti con la ratio dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, volta ad introdurre elasticità nel sistema, per far fronte a situazioni di imprevedibilità, indifferibilità ed urgenza; in quanto ciò non può comunque consentire di prescindere dall'accertamento dei requisiti prescritti in materia previdenziale, pena un evidente "vulnus" alle finalità perseguite dalla relativa disciplina. D'altra parte, il richiamo contenuto nel comma 12 del suddetto art. 125 ai "requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente", richiesti all'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia è da intendersi come comprensivo anche del requisito di "regolarità contributiva", al lume delle considerazioni che di seguito si espongono. Come sottolineato dal TAR Lazio sez. II, nella sentenza del 5.11.2009, n.10877, "Sotto un profilo sistematico, va osservato che la regolarità contributiva - contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente - è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. TAR Umbria 12.4.2006, n. 221; TAR Abruzzo, Pescara, 7.4.2005, n. 173; Consiglio di Stato, sez. IV, 27.12.2004, n. 8215). Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara… La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione a tutti i periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti (TAR Basilicata, Potenza, 27.8.2001, n. 667). Giova ulteriormente precisare che (cfr. TAR. Veneto sez. I 17.5.2007, n. 1507) soltanto l'accertamento della regolarità nel tempo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, quindi, della capacità dell'impresa di far fronte alle relative obbligazioni è idoneo a soddisfare l'interesse pubblico "primario" che viene in rilievo nelle gare d'appalto, incentrato sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico-produttiva (con il conseguente condivisibile rilievo secondo il quale la regolarità contributiva "…non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di af-

fidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale": cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 7.3.2001, n. 227). Trasparente è, nello stesso tempo, il coordinamento della disposizione comunitaria e nazionale all'interesse pubblico secondario relativo alla più piena e penetrante tutela della posizione assicurativa previdenziale e assistenziale dei lavoratori dipendenti delle imprese assicurate alla partecipazione alle gare d'appalto, anche in una chiave volta ad assicurare l'effettività della concorrenza, che sarebbe frustrata qualora talune di esse potessero "giovarsi" della propria posizione d'irregolarità contributiva per proporre prezzi più bassi rispetto alle altre in regola, conseguendo "economie" di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi contributivi e assistenziali…". D'altro canto, la regolarizzazione successiva non elimina l'irregolarità riscontrata e le sue conseguenze sul piano della correttezza ed affidabilità dell'impresa aggiudicataria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22.5.2007 n. 5574). Per quanto riguarda la prospettata esigenza di celerità, si rappresenta che la recente l. n. 2/2009, all'art. 16 bis, co. 10 ha previsto che, in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge, il DURC debba essere acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti pubbliche. L'acquisizione può avvenire anche attraverso strumenti informatici, che dovrebbero consentire una maggiore rapidità nell'espletamento dei suddetti adempimenti. Diversamente opinando, ossia ritenendo la non necessità del DURC nel caso delle acquisizioni in economia mediante procedura di "cottimo fiduciario", si esporrebbe la stazione appaltante al rischio di travolgimento "successivo" delle procedure espletate, in quanto per giurisprudenza consolidata le irregolarità contributive dell'aggiudicatario, seppure rilevate in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, costituiscono elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto; sicchè, l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa, pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto, emessa in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare alla procedura selettiva, non può che implicare, a seconda dei casi, l'impossibilità per la stazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima e la conseguente esclusione, ovvero la risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30.1.2006 n. 288). Si ritiene pertanto, secondo un interpretazione sistematica e letterale delle disposizioni succitate, necessaria l'acquisizione e verifica del DURC anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori, mediante procedure di "cottimo fiduciario". Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità in data 8.7.2010. Si invita a darne comunicazione all'amministrazione interessata. A.G.S. - Parere del 12 luglio 2010 prot. 228103.

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PER I DIRIGENTI E FUNZIONARI DELLA PA. ARRIVANO NUOVE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E AMMINISTRATIVO-CONTABILE CHE IL DECRETO SULLA SEMPLIFICAZIONE DEMANDA ALL'ACCERTAMENTO DELLA CORTE DEI CONTI

Nuovi compiti alla Corte dei Conti alla quale verranno trasmesse in via telematica tutte le sentenze non più impugnabili con le quali il giudice ha accolto il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione. E' questo quanto emerge dall'art. 1 del decreto in materia di semplificazione e di sviluppo che sostituisce i commi 8 e 9 dell'art. 2 della l. n. 241/1990 e ciò al fine di procedere alla valutazione delle performance individuale e della responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario in caso di mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini stabiliti dalla legge. Inoltre entro il 30 gennaio di ogni anno il responsabile con potere sostitutivo in caso di inerzia dovrà comunicare all'organo di governo tutti procedimenti, suddivisi per tipologia e strutture amministrative competenti, nei quali non e' stato rispettato il termine di conclusione previsti dalla legge o dai regolamenti. (Art. 1, d.l. 9.2.2012, n. 5 - G.U. n. 33 del 9.2.2012, Suppl. Ord. N. 27)

«::::::::: GA :::::::::»

L'INPS DICE BASTA ALLE RICHIESTE DI VISITE MEDICHE A MEZZO FAX E DIRAMA ISTRUZIONI OPERATIVE SULLE MODALITÀ DI ATTIVAZIONE DEL CANALE TELEMATICO PER LA RICHIESTA DELLE VISITE MEDICHE DI CONTROLLO DOMICILIARE E/O AMBULATORIALE DA PARTE DEI DATORI DI LAVORO

La Direzione generale dell'INPS a fronte delle numerose richieste provenienti da datori di lavoro pubblici e privati in merito all'attivazione del canale telematico per la richiesta all'Istituto delle visite mediche di controllo domiciliare e/o ambulatoriale da parte dei datori di lavoro e sulle indicazioni fornite con la circolare n. 118/2011 ha inteso diramare chiarimenti precisando che la suddetta modalità di richiesta – che regolamenta unicamente il servizio offerto da Inps - è offerta ai datori di lavoro nel rispetto della normativa già esistente che riconosce all'Inps la titolarità all'effettuazione dei controlli medico legali ai lavoratori assenti per malattia anche nel caso in cui si tratti di soggetti non tenuti al versamento della relativa contribuzione all'Istituto. Resta ferma la possibilità per i datori di lavoro pubblici di far riferimento alle ASL territorialmente competenti, secondo le modalità previste da tali Strutture. L'obiettivo, infatti, della circolare in questione è unicamente quello di disciplinare le modalità di richiesta del servizio nel caso in cui, invece, il datore di lavoro pubblico opti per l'utilizzo della prestazione fornita dall'Inps. Inoltre viene precisato, con particolare riferimento ai lavoratori del settore pubblico, che il servizio fornito dall'Inps non potrà coprire - allo stato attuale - l'intero orario di reperibilità previsto dalle disposizioni vigenti per tali lavoratori (9.00-13.00/15.00-18.00) essendo possibile infatti effettuare le visite mediche di controllo unicamente nelle fasce di reperibilità relative ai lavoratori del settore privato (10.00-12.00/17.00-19.00). Con il nuovo sistema di richiesta on line sarà possibile per il datore di lavoro inoltrare richieste

in qualsiasi momento nell'arco delle 24 ore; tuttavia, saranno elaborate e smistate giornalmente ai medici di competenza le richieste pervenute entro le ore 9.00 per la fascia antimeridiana e ore 12.00 per quella pomeridiana. Per consentire il controllo medico legale domiciliare, è di fondamentale importanza che il lavoratore verifichi, con la massima attenzione e precisione, l'inserimento nel certificato telematico dei dati riferiti all'indirizzo per la reperibilità. E' stato segnalato poi da diverse Strutture territoriali che continuano a pervenire richieste di visite mediche domiciliari da parte dei datori di lavoro mediante utilizzo del fax. Come è noto ai sensi del d.l. 78 del 31.5.2010 convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122 - recepito dall'Istituto con la determinazione Presidenziale n. 75 del 30.7.2010 – l'Inps ha facoltà di definire termini e modalità per l'utilizzo esclusivo dei propri canali telematici…anche per l'utilizzo dei servizi…resi. Pertanto, le istanze di visite mediche di controllo che pervengono via fax potranno essere accolte SOLO in eventuali possibili casi di interruzione del servizio telematico connessi a problematiche di tipo tecnico. Sarebbe opportuno, dunque, avvertire il datore di lavoro che eventualmente inoltri richieste con le pregresse modalità, circa l'esigenza di utilizzare esclusivamente il canale telematico, non potendo più accettare richieste di diversa tipologia. Del pari, sono abolite tutte le pregresse modalità informative circa l'esito delle Visite domiciliari (invio per lettera della copia per il datore di lavoro) poiché di tale esito ne saranno informati sempre per via telematica, utilizzando l'apposita sezione a loro disposizione sul Portale. Resta salva ogni altra comunicazione resa disponibile dalla procedura a seguito dell'apposizione di specifici codici di trattazione (ad es. per sanzioni, giustificazioni ecc.) (INPS, istruzioni operative e chiarimenti alla circolare n. 118/2011, messaggio prot. 4344 del 12.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

PENSIONI 2012: PUBBLICATE DALL'INPS LE FASCE DI RETRIBUZIONE E REDDITO PENSIONABILI

Con la circolare n. 38 del 14 marzo l'Inps fornisce le tabelle, aggiornate con la perequazione automatica del 2,7 per cento comunicata dall'Istat ad inizio anno, relative alle fasce di retribuzione e di reddito pensionabili per le pensioni con decorrenza nell'anno 2012, minimali e massimali per l'accredito dei contributi ai fini del diritto a pensione e i limiti di reddito per la riduzione della percentuale delle pensioni ai superstiti e degli assegni di invalidità (INPS, circolare del 14.3.2012, n. 38).

«::::::::: GA :::::::::»

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TRATTAMENTI PENSIONISTICI E DI TRATTAMENTI DI FINE SERVIZIO E FINE RAPPORTO PER GLI ISCRITTI ALLE CASSE GESTITE DALL'*EX*-INPDAP

L'Inps ha diramato la circolare n. 37 del 14.3.2012 con la quale vengono fornite le indicazioni per quanto concerne le disposizioni in materia di trattamenti pensionistici e di trattamenti di fine servizio e fine rapporto per gli iscritti alle casse gestite dall'ex-Inpdap. In particolare, sono descritte in dettaglio le nuove disposizioni legislative che regolamentano il riconoscimento dell'equo indennizzo e delle pensioni privilegiate, i requisiti per il diritto alla pensione di vecchiaia e alla pensione anticipata e i termini di pagamento dei trattamenti di fine servizio e di fine rapporto in relazione a cessazioni dal servizio connesse a pensionamenti con 40 anni di anzianità (INPS, circolare del 14.3.2012, n. 37).

«::::::::: GA :::::::::»

CHIARIMENTI DELL'INPS SULLA PRESCRIZIONE DEI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI

I ripetuti e contrastanti orientamenti giurisprudenziali intervenuti sulla l. 8.8.1995, n. 335, entrata in vigore il 17.8.1995, all'art. 3, coo. 9 e10, in materia di nuovo regime di prescrizione della contribuzione di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle gestioni pensionistiche nonché di tutte le altre contribuzioni di previdenza e di assi-

stenza obbligatoria, hanno indotto l'INPS ha emanare precipua circolare volta a definire l'esatta applicazione della norma. Più precisamente con la circolare in commento si forniscono le istruzioni specifiche alla luce dei mutati orientamenti giurisprudenziali a tenore dei quali la denuncia del lavoratore deve avvenire prima dello spirare della prescrizione quinquennale per consentire il meccanismo del raddoppio della prescrizione da cinque a dieci anni previsto dall'art. 3, co. 9, lett.a) ultimo periodo, della l. n. 335/95. Inoltre in tema di prescrizione viene delineato il seguente quadro: a) i contributi relativi a periodi precedenti al 17.8.1995, si prescrivono in cinque anni dal 1.1.1996. Qualora siano intervenuti atti interruttivi o siano state poste in essere procedure di recupero prima del 17.8.1995, continua ad applicarsi, agli effetti del computo del più ampio termine prescrizionale (13 anni), la sospensione prevista dall' art. 2, co. 19, del d.l. 12.9.1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla l. 11.11.1983, n. 638. Diversamente, qualora gli atti o le procedure di recupero siano stati compiuti entro il 31.2.1995, permane il termine decennale di prescrizione. b) i contributi dovuti per il finanziamento del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e di tutte le altre Gestioni pensionistiche obbligatorie in scadenza successivamente al 17 agosto 1995, conservano una prescrizione decennale fino al 31 dicembre 1995. A decorrere dal 1° gennaio 1996, la prescrizione è ridotta a cinque anni; c) la denuncia del lavoratore o dei suoi aventi causa effettuata, successivamente al 1° gennaio 1996, entro cinque anni dalla scadenza del termine previsto per il versamento della contribuzione non denunciata, consente la conservazione della prescrizione decennale per i contributi dovuti a favore del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e di tutte le altre Gestioni pensionistiche obbligatorie; d) i contributi dovuti ai Fondi per le prestazioni previdenziali e assistenziali in scadenza successivamente al 17.8.1995, si prescrivono da tale data in cinque anni (INPS, circolare 2.3.2012, n. 31).

«::::::::: GA :::::::::»

NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TRATTAMENTI PENSIONISTICI

Dal 1.1.2012, le pensioni di vecchiaia, di vecchiaia anticipata e di anzianità, sono sostituite dalla pensione di vecchiaia e dalla pensione anticipata introdotte dal decreto l. 201/2011, convertito nella l. 214/2011. Le nuove prestazioni spettano alle lavoratrici e ai lavoratori iscritti all'assicurazione generale obbligatoria ed alle forme sostitutive ed esclusive della medesima, nonché alla Gestione separata, che, nei regimi misto e contributivo, maturano i requisiti a decorrere sempre dal 1° gennaio 2012. La circolare n. 35 del 14 marzo 2012, oltre ad illustrare i requisiti anagrafici e contributivi in base ai quali sono conseguite le predette prestazioni pensionistiche, descrive nel dettaglio tutte le disposizioni in materia, dall'introduzione del sistema contributivo per le anzianità maturate dal 1.1.2012 all'opzione per la liquidazione della pensione con le regole del sistema contributivo, fino alle disposizioni particolari previste per alcune categorie di lavoratori (INPS, circolare del 14.3.2012, n. 35).

«::::::::: GA :::::::::»

CONCORSI PUBBLICI: LA COMMISSIONE DEVE PREVIAMENTE FISSARE I CRITERI E LE MODALITÀ DELLE PROVE CONCORSUALI NELLA SUA PRIMA RIUNIONE O TUTT'AL PIÙ PRIMA DELLA CORREZIONE DELLE PROVE SCRITTE

L'art. 12 del d.P.R. 9.5.1994, n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), al primo comma stabilisce che Le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuire alle singole prove. Esse, immediatamente prima dell'inizio di ciascuna prova orale, determinano i quesiti da porre ai singoli candidati per ciascuna delle materie di esame. Tali quesiti sono proposti a ciascun

candidato previa estrazione a sorte. E' stato rilevato che il principio della previa fissazione dei criteri e delle modalità delle prove concorsuali che, secondo la previsione del ricordato articolo, devono essere stabiliti dalla commissione nella sua prima riunione (o tutt'al più prima della correzione delle prove scritte), deve essere inquadrato nell'ottica della trasparenza dell'attività amministrativa perseguita dal legislatore, che pone l'accento sulla necessità della determinazione e verbalizzazione dei criteri stessi in un momento nel quale non possa sorgere il sospetto che questi ultimi siano volti a favorire o sfavorire alcuni concorrenti, con la conseguenza che è legittima la determinazione dei predetti criteri di valutazione delle prove concorsuali, anche dopo la loro effettuazione, purché prima della loro concreta valutazione (CdS, Sez. IV, 22.9.2005 , n. 4989). In altri termini la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove scritte costituisce lo strumento indispensabile per poter apprezzare poi il giudizio della commissione esaminatrice ed il corretto esercizio del suo potere tecnico – discrezionale, sintetizzato dal voto numerico (CdS, Sez. V, 4.3.2011 n. 8439) (CdS, Sez. V, 25.5.2012, n. 3062).

«::::::::: GA :::::::::»

IL SOGGETTO CHE INTENDA CHIEDERE L'ACCERTAMENTO DELLA SUSSISTENZA DI UN RAPPORTO DI PUBBLICO IMPIEGO DEVE IMPUGNARE NEL TERMINE DECADENZIALE DI LEGGE I SINGOLI ATTI DI CONFERIMENTO DELL'INCARICO

Nel giudizio in esame il ricorrente chiede l'accertamento del rapporto di pubblico impiego alle dipendenze del Comune in qualità di autista di scuolabus, V qualifica funzionale, con decorrenza dalla data del contratto di lavoro autonomo, successivamente prorogato numerose volte con il quale assumeva l'incarico di autista; o in subordine dalla data in cui la Giunta comunale deliberava la trasformazione del rapporto in quello di pubblico impiego, in posizione non di ruolo. Domandava inoltre il riconoscimento del suddetto inquadramento, in luogo della II qualifica attribuitagli dall'amministrazione in seguito alla suddetta trasformazione, nonché la condanna di quest'ultima al pagamento delle conseguenti differenze retributive. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza resa dal TAR con la quale venivano respinte tutte le domande, rilevando l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione degli atti amministrativi adottati dalla medesima amministrazione nell'ambito del rapporto intercorso con il ricorrente. Infatti, per incontrastato principio di diritto il soggetto che intenda chiedere l'accertamento della sussistenza di un rapporto di pubblico impiego deve impugnare nel termine decadenziale di legge i singoli atti di conferimento dell'incarico a pena di irricevibilità di qualsiasi successiva richiesta di declaratoria giudiziale di un simile rapporto. Si tratta di un principio risalente, espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con la decisione 9.9.1992 n. 10, dal quale il Collegio non ravvisa elementi per discostarsi, in quanto fondato sull'incontrovertibile dato della natura autoritativa degli atti costitutivi di rapporti con la pubblica amministrazione o con cui questa abbia determinato lo status giuridico ed economico di un soggetto che svolga attività lavorativa in suo favore, donde il corollario della loro immediata lesività e la conseguenza pratica che essi devono essere impugnati nel termine decadenziale stabilito in via generale per la tutela degli interessi legittimi, anche per quanto concerne la domanda con cui si invocano emolumenti retributivi in contrasto con le determinazioni adottate dall'amministrazione. Detto principio risulta costantemente applicato dalla giurisprudenza amministrativa, anche di questa Sezione, da ultimo in una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella oggetto del presente giudizio, in cui la ricorrente aveva svolto attività lavorativa per conto di un Comune dapprima in virtù di contratti di locatio operis prorogati e quindi trasformati in rapporti di pubblico impiego non di ruolo (sentenza 31.3.2010, n. 1879; in precedenza, si vedano sez. V , 4.3.2008 n. 916; sez. IV, 22.9.2005, n. 4953; sez. V, 11.2.2005 n. 373; Id., 20.10.2004 n. 6815; 21.11.2003 n. 7601;

7.11.2002 n. 6141; 30.10.2002 n. 5971; 11.1.2002 n. 126). Anche in questo caso, infatti, l'odierno appellante deduce di avere svolto attività lavorativa in qualità di autista di scuolabus inizialmente in forza di contratti di lavoro autonomo successivamente trasformati in rapporti di pubblico impiego non di ruolo, il tutto in virtù di delibere di giunta, l'ultima delle quali risalente al 1988, a fronte di un'impugnativa giurisdizionale promossa solo nel 2000 (prima del promuovimento dell'azione in giudizio vi è agli atti unicamente una diffida stragiudiziale notificata all'amministrazione il 20.3.1997, prodotta in primo grado, contenente una mera pretesa di riconoscimento di differenze retributive) (CdS, Sez. V, 25.5.2012, n. 3075).

«::::::::: GA :::::::::»

LE QUESTIONI ATTINENTI IL PERIODO DI LAVORO PUBBLICO ANTERIORE AL 30.6.1998 RESTANO ATTRIBUITE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SE PROPOSTE ENTRO IL 15.9.2000 AVUTO RIGUARDO ALLA NOTIFICA DEL RICORSO E NON AL SUO DEPOSITO

Rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo che considera il termine del 15.9.2000, in questione, non come limite temporale della persistenza della giurisdizione ma come termine di decadenza della proponibilità della domanda, affermando debba farsi riferimento alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio Con la sentenza impugnata innanzi al Consiglio di Stato, la Sezione autonoma di Bolzano del T.R.G.A. ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso volto alla condanna del Comune al pagamento di somme a titolo di corrispettivo di prestazioni non retribuite, di rimborso spese, di risarcimento danni. Il giudice di primo grado, sul presupposto che le controversie relative a questioni attinenti il periodo di lavoro pubblico anteriore al 30.6.1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposte entro il 15.9.2000, ha ritenuto discriminante, per l'individuazione della giurisdizione, la data del 19.9.2000 di deposito del ricorso, reputando ad essa doversi riferire la pendenza della lite. Il ricorrente ha proposto appello che è stato accolto dal Consiglio di Stato concordando con la tesi di parte appellante che reputa maggiormente condivisibile la predominante giurisprudenza, anche di questa Sezione (v., recentemente, CdS, Sez. IV, 27.1.2011, n. 625; id., Sez. V, 26.1.2011, n. 554; Sez. IV, 27.11.2010, n. 8257; id., Sez. VI, 4.6.2010, n. 3554; id. Sez. V, 18.2.2009, n. 946; id., Sez. VI, 8.8.2008, n. 3909 e 13.6.2008, n. 2939), che considera il termine del 15.9.2000, in questione, non come limite temporale della persistenza della giurisdizione ma come termine di decadenza della proponibilità della domanda, affermando debba farsi riferimento alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio e non a quello successivo del perfezionamento del rapporto processuale, che si realizza con il deposito del ricorso. L'art. 69, co. 7, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, che ha riprodotto l'art. 45, co. 17, d. lgs. n. 80 del 1998, ha stabilito il termine di decadenza per la proposizione davanti al giudice amministrativo delle controversie riguardanti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (con esclusione dei rapporti non privatizzati), purché relativi a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore alla data del 30.6.1998. La norma parla, appunto, di proposizione di controversie entro il 15.9.2000 e non di instaurazione di giudizi volti a far valere spettanze attinenti al rapporto di lavoro pubblico e, quindi, la notifica del ricorso è l'atto sostanziale e recettizio che determina l'effetto interruttivo della decadenza (CdS, Sez. VI, 23.4.2012, n. 2374).

«::::::::: GA :::::::::»

RECUPERO DELLE SOMME STIPENDIALI NEI CONFRONTI DEI DIPENDENTI PUBBLICI: IL CONSIGLIO DI STATO MUTA ORIENTAMENTO INDIVIDUANDO IPOTESI DI CONCRETA GIUSTIZIA CHE IMPEDISCONO AL COMUNE IL RECUPERO DELLE SOMME INDEBITAMENTE CORRISPOSTE

Il Collegio rileva come nella materia del recupero di somme stipendiali nei confronti dei pubblici dipendenti si sia formata negli ultimi anni una giurisprudenza costante che ritiene non ostative le situazioni di affidamento o di buona fede del percipiente all'effettuazione del recupero medesimo: esse semmai possono condurre ad un'equa rateizzazione del recupero, ma questo ultimo è sempre giustificato dal fatto che le amministrazioni sono portatrici dell'interesse a rimediare ad un'indebita spendita di pubblico denaro. Il Collegio, pur condividendo in linea generale i principi ora espressi, ritiene però che una soluzione di concreta giustizia debba essere rapportata alle singole fattispecie dedotte in giudizio (CdS, Sez. V, 15.10.2003 n. 6291); per cui non si possono sottacere una serie di elementi come, ad esempio, ove risieda l'errore che ha portato alla corresponsione delle somme in controversia e cioè se di esso si possa fare carico alla sola Amministrazione, il lungo lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, l'eventuale tenuità delle somme corrisposte anche in riferimento ai servizi resi, la complessità della macchina burocratica dalla quale è scaturito l'errore di conteggio. Nel caso di specie il Collegio rileva come la vicenda appare del tutto paradigmatica di cattiva amministrazione, tanto da apparire al di là del credibile: il Sindaco ha continuativamente riscontrato il sistema di retribuzione delle ore di reperibilità pur partecipando alla riunioni di Giunta con le quali veniva deliberato un metodo retributivo affatto diverso e ciò è accaduto per anni, anche a fronte del controllo del segretario comunale. Se poi si rileva che trattasi di un comune al di sotto dei 15.000 abitanti e dunque dotato di una macchina amministrativa del tutto priva di complessità, appare logico che l'affidamento maturato nel dipendente non può essere portato alla stregua di quanto può accadere in un capoluogo di Regione o ancor più in strutture di complessità macroscopica, come ad esempio il Ministero dell'Istruzione o della Difesa, oppure ancora l'Inps o quant'altro di simile, soprattutto in dipendenza del fatto che le somme in questione riguardavano solo due dipendenti (CdS, Sez. V, 13.4.2012, n. 2118).

«::::::::: GA :::::::::»

CONCORSI PUBBLICI: L'AMMINISTRAZIONE GODE DI UN AMPIO POTERE DISCREZIONALE NELL'INDIVIDUAZIONE DEI TITOLI DI STUDIO RITENUTI INDISPENSABILI PER L'AMMISSIONE AD UN CONCORSO PUBBLICO

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha affermato che sussiste in capo all'amministrazione un ampio potere discrezionale nell'individuazione dei titoli di studio ritenuti indispensabili per l'ammissione ad un concorso pubblico, potere sindacabile sotto il profilo della legittimità solo nell'ipotesi di manifesta inadeguatezza, irragionevolezza, illogicità o arbitrarietà di tale scelta rispetto alle funzioni inerenti al posto messo a concorso, fattispecie che non si rinviene nel caso di specie. Inoltre quando un bando richieda il possesso di un determinato titolo di studio per l'ammissione ad un pubblico concorso, senza prevedere il rilievo del titolo equipollente, non è consentita la valutazione di un titolo diverso, salvo che l'equipollenza non sia stabilita da una norma di legge. Il principio poggia sul dovuto riconoscimento in capo all'Amministrazione che indice la procedura selettiva di un potere discrezionale nella individuazione della tipologia del titolo stesso, da esercitare tenendo conto della professionalità e della preparazione culturale richieste per il posto da ricoprire (CdS, Sez. VI, 3.5.2010, n. 2494; 19.8.2009, n. 4994) (CdS, Sez. V, 13.4.2012, n. 2098).

«::::::::: GA :::::::::»

INQUADRAMENTO DI PUBBLICI DIPENDENTI: NON È AMMISSIBILE UN'AZIONE VOLTA ALL'OTTENIMENTO DI UN DIVERSO INQUADRAMENTO, SE NON TEMPESTIVAMENTE PROPOSTA AVVERSO IL PROVVEDIMENTO DI ATTRIBUZIONE DELLA QUALIFICA, NÉ È AMMESSO UN AUTONOMO GIUDIZIO DI ACCERTAMENTO PER LA DISAP-

PLICAZIONE DI PROVVEDIMENTI DELL'AMMINISTRAZIONE

I provvedimenti di inquadramento di pubblici dipendenti sono considerati atti autoritativi e, come tali, soggetti al termine decadenziale di impugnazione, con la conseguenza che non è ammissibile un'azione volta all'ottenimento di un diverso inquadramento, se non tempestivamente proposta avverso il provvedimento di attribuzione della qualifica, né è ammesso un autonomo giudizio di accertamento in funzione di disapplicazione di provvedimenti dell'amministrazione, atteso che l'azione di accertamento è esperibile a tutela di un diritto soggettivo, laddove la posizione del pubblico dipendente a fronte della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione è quella di titolare di un mero interesse legittimo (CdS, Sez. V, n. 1251 del 28.2.2011; sez. VI, n. 1049 del 18.2.2011) (CdS, Sez. III, sentenza 29.3.2012, n. 1871).

«::::::::: GA :::::::::»

ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI E DEI SEVIZI DEGLI ENTI LOCALI: LIMITI ALLA SCELTE POLITICHE NELLA RIORGANIZZAZIONE DELL'UFFICIO LEGALE DEGLI ENTI PUBBLICI

L'amministrazione pubblica gode, ai sensi dell'art. 97 della costituzione, di un ampio margine di auto-organizzazione degli uffici e del personale, il che è stato ulteriormente ribadito dalla l. n. 127 del 1997 che , nel modificare l'art. 51 della l. n. 142 del 1990, ha modificato la competenza ad adottare il regolamento degli uffici e dei servizi, attribuendolo (unico fra tutti i regolamenti) alla Giunta, proprio per porre in evidenza che la organizzazione degli uffici degli enti locali è vicenda operativa intrinsecamente collegata con il potere operativo e non può sottostare alle discussioni di un'approvazione assembleare. Ma se ciò è vero, come è indubitabile, è anche vero che l'esercizio in concreto di tale discrezionalità non è senza limiti, altrimenti essa si tramuterebbe in una incondizionata licenza, senza alcun limite e senza alcuna possibilità di controllo. Pertanto, pur nella notevole discrezionalità che caratterizza la materia, essa incontra due limiti: uno è quello della ragionevolezza, nel senso che, qualora si dovessero riscontrare patenti violazione dell'ordine logico e si dovesse individuare una organizzazione che non si presenta rispettosa dei principi di cui all'art. 97 cost., allora l'esame del provvedimento di macro-organizzazione diventa non solo necessario, ma addirittura indispensabile; l'altro limite, si potrebbe dire, naturalmente, è quello del rispetto delle statuizioni esistenti e, in particolare, nel caso che interessa in questa sede, delle guarentigie attribuite a determinate categorie di soggetti operanti nell'ambito della pubblica amministrazione. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha rilevato come la normativa attualmente vigente (con particolare riferimento, oltre alla natura dell'attività tipica di un ufficio legale, ricavabile dal principi generali dell'ordinamento giuridico, dall'art. 3 del r.d. n. 1578 del 1933 e dall'art. 15, co. 2, della l. n. 70 del 1975) prevede che gli uffici legali degli enti pubblici devono godere di autonomia e di indipendenza, per cui, al di là delle scelte politiche, la parte squisitamente tecnica non può essere sottoposta né a condizionamenti, né a valutazioni che possano in qualche modo svilirne il modo di essere. Indubbiamente, l'Ufficio legale è sempre un ufficio dell'amministrazione e non può sottrarsi alle indicazioni degli organi di vertice, nel senso di agire al di fuori di quelle indicazioni, ma tali indicazioni non possono mai intaccare la visione autonoma delle vicende che sono sottoposte alla sua cognizione. Mentre nella vicenda che interessa la presente fattispecie, il Consiglio di Stato ha rilevato come si sia assistito, non tanto all'allontanamento, del dirigente dell'Avvocatura, per il quale non vi è giurisdizione del giudice amministrativo, ma soprattutto allo smembramento dell'Ufficio, che finisce di essere un vero e proprio ufficio legale, sia per la sottoposizione al coordinamento e alla sovrintendenza del direttore generale, sia per la sottrazione dei pareri legali (affidati addirittura ad un ufficio archivio e protocollo), sia per la sottrazione del contenzioso in materia di controversie di lavoro, affidato al settore risorse umane, e sia, ancora, per l'affidamento all'ufficio legale in materia di costitu-

zione in giudizio, di un mero parere amministrativo, mentre la tecnicità dell'ufficio prevederebbe invece un parere di natura tecnico-giuridica. Da ciò consegue a dire del Collegio che il provvedimento di macro-organizzazione posto in essere nel caso di specie dalla Provincia di Salerno, oltre a violare le guarentigie dell'Ufficio legale, si prospetta anche particolarmente perplesso, in ordine al raggiungimento degli interessi pubblici che sono collegati con un'attività di tipo giuridico e non può, conseguentemente, essere considerato legittimo. (CdS, Sez. V, 14.2.2012, n. 730).

«::::::::: GA :::::::::»

SINDACABILITÀ DELLA CORTE DEI CONTI DEGLI ACCORDI RIGUARDANTI LA RISOLUZIONE ANTICIPATA DEI RAPPORTI DI LAVORO

L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali disposta dall'art. 1, comma 1, della l. n. 20 del 1994 (come modificato dall'art. 3, co. 1, del d.l. n. 543/1996 convertito in l. n. 639/1996) non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività amministrativa; verifica da compiersi anche sotto l'aspetto funzionale, ossia in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti (o correlativamente dell'omessa adozione di atti doverosi), rispetto ai fini imposti in modo specifico dal legislatore, anche attraverso un sindacato indiretto quale quello classico dell'eccesso di potere. In sostanza questo Giudice, rispetto agli atti e alle attività discrezionali, può non solo verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'amministrazione interessata, ma altresì sindacare che le concrete iniziative dei soggetti sottoposti al suo giudizio non siano palesemente irrazionali, ovvero manifestazione di assoluta e incontrovertibile estraneità rispetto ai fini del soggetto pubblico. L'esercizio in concreto del potere discrezionale dei pubblici amministratori costituisce espressione di una sfera di autonomia che il legislatore con il citato art. 1 co. 1 della l. n. 20/1994 ha inteso salvaguardare dal sindacato della Corte dei conti; ma detta disposizione va oggi correlata anche con l'art. 1, co. 1, della l. n. 241 del 1990 il quale stabilisce, in via generale, che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità e di efficacia. Detti criteri, specificazione del generale principio contenuto nell'art. 97, primo comma, della costituzione, hanno così acquisito rilievo normativo sotto il profilo della legittimità dell'azione amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. Ne consegue che la verifica della legittimità dell'attività amministrativa (oltre al suddetto sindacato sulla palese irrazionalità delle scelte) non può più ormai prescindere da una valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; con l'ulteriore effetto che la violazione dei criteri di economicità e di efficacia assume specifico rilievo anche nel presente giudizio di responsabilità, considerato che l'antigiuridicità dell'atto amministrativo ed in generale dei comportamenti dei soggetti sottoposti al giudizio di questa Corte, costituisce presupposto necessario (ancorché non sufficiente) della colpevolezza di colui che lo ha posto in essere (cfr., Cass. SS.UU. n. 14488/2003; n. 7024/2006; n. 8096/2007; n. 8097/2007; Corte conti, cfr. da ultimo, Sez. I App. n. 526/10 e Sezione Lazio n. 2379/10). (Corte dei Conti, Sez. Giur. Lazio, sentenza 10.1.2012, n. 22).

«::::::::: GA :::::::::»

NON PUÒ ESSERE LIMITATO IL DIRITTO DI ACCESSO AGLI ATTI DELLA PROCEDURA CONCORSUALE IN QUANTO LE DOMANDE ED I DOCUMENTI PRODOTTI DAI CANDIDATI, I VERBALI, LE SCHEDE DI VALUTAZIONE E GLI STESSI ELABORATI COSTITUISCONO DOCUMENTI RISPETTO AI QUALI DEVE ESSERE ESCLUSA IN RADICE L'ESIGENZA DI RISERVATEZZA A TUTELA DEI TERZI

Ad avviso del giudice amministrativo il ricorrente - avendo partecipato ad una procedura concorsuale - è titolare di un interesse qualificato e differenziato alla regolarità della

procedura che, come tale, concretizza quell'interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti che l'art. 2 del d.P.R. n. 352/1992, in puntuale applicazione dell'art. 22 della l. n. 241/1990, richiede quale presupposto necessario per il riconoscimento del diritto di accesso (ex plurimis CdS, sez VI, n. 6246/2000). Tale interesse è stato puntualmente evidenziato nell'istanza di accesso nella quale il ricorrente ha manifestato l'intenzione di valutare la legittimità degli atti della procedura concorsuale e, se del caso, di tutelare in sede giurisdizionale le proprie ragioni. E' consolidato l'orientamento giurisprudenziale (CdS, sez. VI, n. 260/1997; TAR Campania n. 7538 /1997; Tar Emilia Romagna, Parma, n. 274/2001) per cui le domande ed i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti che, pertanto, non assumono la veste di controinteressati in senso tecnico nel presente giudizio. (TAR Lazio, Sez. I Quater, 30.1.2012, n. 1032).

«::::::::: GA :::::::::»

I LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE VALUTAZIONI ESPRESSE DALLE COMMISSIONI GIUDICATRICI

Le valutazioni espresse dalle commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero (come nel caso in esame) attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico o un errore di fatto. Infatti, selezioni del genere di quella in esame devono necessariamente prevedere l'accertamento del possesso dell'attitudine all'espletamento degli specifici compiti connessi all'inserimento nelle stesse degli aspiranti, anche sotto il profilo psico-attitudinale: precisandosi che le relative indagini, pure tipica espressione di discrezionalità tecnica, attengono al merito dell'azione amministrativa (rimanendo riservato solo agli organi tecnici, come individuati dalle norme applicabili alle stesse procedure selettive, il potere di valutare la sussistenza o meno dell'idoneità indicata dalla legge quale presupposto per l'arruolamento, alla stregua delle cognizioni, pure tecniche, di settore). L'indagine del giudice amministrativo in ordine alla legittimità dei giudizi espressi in relazione all'idoneità psico-attitudinale dei candidati all'arruolamento nelle Forze Armate va limitata alla verifica della sussistenza dei presupposti assunti ad oggetto della valutazione, della logicità di questa e della congruenza delle conclusioni che ne sono scaturite (TAR Lazio, Sez. I ter, sentenza 23.1.2012, n. 691).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

RISARCIBILITÀ DEL DANNO PER RITARDO PROVVEDIMENTALE DELLA PA.

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi

Il privato può invocare la tutela risarcitoria quando il ritardo attenga non soltanto alla adozione di un provvedimento ad esso favorevole ma anche nella ipotesi in cui il provvedimento amministrativo fosse sfavorevole. La inosservanza del termine per la conclusione del procedimento può dare luogo, oltre che al risarcimento del danno patrimoniale subito dal privato, anche a quello del danno biologico.

The individual may claim for the compensation when the delay not only adhere to the adoption of a decision favorable to it but also in cases where the administrative decision was unfavorable. The final date set for the conclusion of the procedure may give rise, in addition to the damages suffered by private capital, including that of the biological damage.

Sommario: 1. Il ritardo provvedimentale è sempre un costo. - 2. La effettiva portata dell'art. 2 bis l.241/90 introdotto dalla l. 69/2009. - 3. Il danno biologico.

1. Il ritardo provvedimentale è sempre un costo.

Recenti approdi giurisprudenziali riconoscono il risarcimento del danno c.d. da mero ritardo provvedimentale, configurabile per il solo fatto dell'inosservanza dal parte della PA. del termine di legge entro il quale concludere il procedimento. Il Consiglio di Stato con la decisione del 3.8.2011, n. 4639 ha ritenuto legittimo il risarcimento liquidato dal Giudice amministrativo di primo grado, in accoglimento di una domanda risarcitoria proposta *ex* art. 2 *bis*, co. 1, l. 241/90, stante la inosservanza del termine di conclusione del procedimento (…) *a prescindere dalla fondatezza o meno della pretesa sostanziale fatta valere ovvero, detto in altri termini, dell'interesse legittimo pretensivo di cui è (o assume di essere) titolare il privato.*

Viene così rafforzata la tutela del privato leso per la tardività con il quale la PA. adita ha adottato il provvedimento dallo stesso richiesto, che ha titolo per chiedere ed ottenere il ristoro dei danni subiti a prescindere dall'accertamento della legittimità o illegittimità del provvedimento laddove *(…) anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo (…)* (CdS, V, 28.2.2011, n. 1271). Al fattore tempo si attribuisce, pertanto, una sostanziale ed autonoma valenza, di guisa che *(…) il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica* (C.G.A.R.S., 4.11.2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2 bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo) (CdS, 1271/11, cit.).

Le richiamate sentenze, superando il contrario orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, CdS, ad. plen., 15.9.2005, n. 7) che esclude la risarcibilità del danno sia nel caso in cui il provvedimento adottato in ritardo fosse di

carattere negativo per colui che presentò la relativa istanza sia nel caso in cui le statuizioni in esso contenute siano divenute intangibili per la omessa proposizione di una qualunque impugnativa, hanno il pregio di dare un contribuito per tentare di chiarire la oggettiva portata dell'art. 2 *bis* della l. n. 241/90 introdotto dalla l. 69/2009. Detta disposizione normativa, infatti, stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1 *ter* debbano risarcire il danno ingiusto cagionato per la inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, non prevede ma neanche esclude espressamente la fattispecie della risarcibilità per il danno da ritardo indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto.

E' per la mancanza di una chiara individuazione dell'ambito di applicazione della norma e per la sua palese sinteticità che il dibattito giurisprudenziale sta assumendo i toni contrapposti (stante l'orientamento giurisprudenziale in commento), proprio in ragione del fatto che il Legislatore, pur nel tentativo di rafforzare l'effettività dell'art. 2 l. 241/90, non ha comunque specificato *(…) se il danno da ritardo sia strutturalmente autonomo rispetto alla fattispecie provvedimentale da cui scaturisce, o sia, al contrario, inscindibilmente legato alla finalizzazione di quest'ultima* (Cfr, Andrea Averardi, Giorn. dir. amm., numero 7/2011, pag. 746).

3. Il danno biologico.

La sentenza 1271/2011 del Consiglio di Stato, merita particolare annotazione anche per aver riconosciuto e liquidato al privato leso dal ritardo nella adozione del provvedimento non soltanto il danno patrimoniale per il pregiudizio economico subito, ma anche il nocumento biologico patito per effetto della patologia clinica causativa di postumi invalidanti (nella specie, forma di disturbo ansioso depressivo reattivo, con somatizzazioni quali l'alopecia che aveva costretto il ricorrente, nella fase di manifestazione più acuta, al ricovero in una casa di cura psichiatrica), insorta in conseguenza della condotta omissiva dell'amministrazione. Profondamente innovando rispetto al passato, pertanto, la pronuncia in commento riconosce come ulteriore componente del danno risarcibile quello biologico, come danno non patrimoniale afferente alla integrità psico-fisica della persona. Da precisare che, qualora fosse stata dimostrata la incidenza sulla capacità del danneggiato di produrre reddito, il danno biologico subito dal privato avrebbe avuto una connotazione patrimoniale andando così a sommarsi a quello non patrimoniale (Cfr. Cass. Civ., III, 13431/2010, in CdS 1271/2011, cit.).

2. La effettiva portata dell'art. 2 *bis* l.241/90 introdotto dalla l. 69/2009.

Ribaltando la sentenza di primo grado - che aveva escluso il risarcimento per mancanza della colpa in capo alla PA e, comunque, per il mancato assolvimento da parte del privato dell'onere probatorio del danno e della dimostrazione della sussistenza del nesso causale - i giudici del gravame hanno riconosciuto, per quel che qui interessa, come il privato avesse invece assolto all'onere probatorio del danno biologico e del rapporto di causalità con la produzione, nel giudizio avanti al TAR, di una idonea perizia medica di parte.

Ritenuta sussistente dal Giudice di appello la colpa dell'amministrazione per il ritardo nel provvedere - a tal riguardo si ricorda come l'orientamento giurisprudenziale in commento concordi proprio nel ritenere che il superamento dei termini procedimentali normativamente previsti costituisca indice presuntivo di colpa della PA - lo stesso Collegio ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio per verificare l'esattezza della quantificazione del danno biologico formulata dal privato e la sussistenza del nesso causale con il colpevole ritardo della amministrazione appellante.

Si osserva come il Consiglio di Stato, con la sentenza 1271/2011, abbia ammesso nel giudizio d'appello la consulenza tecnica sul presupposto che il privato aveva ritualmente ottemperato, in sede di ricorso introduttivo in primo grado, all'onere ineludibile posto a suo carico, della allegazione e della prova dei fatti *ex* art. 2697 c.c.. Se il privato non avesse infatti dimostrato il danno ed indicato i criteri di quantificazione dello stesso (appunto, con il deposito di una idonea perizia di parte), i giudici di Palazzo Spada non avrebbero potuto dare ingresso alla consulenza tecnica

d'ufficio per verificare la correttezza dei criteri e, quindi, provvedere alla liquidazione del danno.

In buona sostanza il Collegio d'appello, aderendo al paradigma aquiliano della responsabilità per danno da ritardo, ribadisce il principio che sia sempre onere del soggetto leso dalla inerzia della PA fornire la prova rigorosa della esistenza del danno senza che a tal fine possa invocarsi il c.d. principio acquisitivo che attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non, appunto, alla allegazione dei fatti.

Di guisa che solo con la dimostrazione del danno subito e della sua entità (pur deducibile anche con il ricorso alle presunzioni semplici *ex* art. 2729 c.c.) è possibile liquidare il danno escludendo, in assenza di detti presupposti, la sua valutazione in via equitativa *ex* art. 1226 c.c..

«::::::::: GA :::::::::»

LA RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE DELLA P.A. PER DANNI DERIVANTI DA COSE IN CUSTODIA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo e Avv. Fiammetta Orsi

La responsabilità delle cose in custodia e il carattere oggettivo. La esclusione della PA. dalla responsabilità ex art. 2051 c.c. e l'apporto causale del danneggiato ex art. 1227 c.c. Le difficoltà per individuare la prova liberatoria. La responsabilità per omessa o insufficiente manutenzione di strade ed autostrade, anche a causa del loro attraversamento da parte di animali.

The liability of the things in custody and the objective character. The exclusion of the PA. from liability under art. 2051 of the Civil Code and the causal contribution of the damaged art. 1227 of the Civil Code The difficulty to identify the test release. The responsibility for failure or poor maintenance of roads and highways, also because of their crossing by animals.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La configurabilità del rapporto di custodia e la responsabilità solidale. - 3. Il caso fortuito come esimente della responsabilità ex art. 2051 c.c.. - 4. La incidenza della condotta del danneggiato nella causazione del danno subito. - 5. La difficoltà nella individuazione della prova liberatoria. - 6. Le conseguenze penali. - 7. L'attraversamento di animali.

1.Premessa.

La declaratoria della giuridica responsabilità civile e penale per i danni cagionati dalle cose in custodia *ex* art. 2051 c.c., rappresenta un area tematica del diritto civile di notevole portata, pienamente compatibile con i beni di proprietà della PA. comprensivi di quelli demaniali in uso alla collettività.

Basti pensare alla dimensione della casistica della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni derivanti alla collettività a causa della omessa o cattiva manutenzione della rete viaria, compresa quella autostradale. La prevalente dottrina e i recenti approdi giurisprudenziali di merito e di legittimità concordano nell'attribuire carattere oggettivo alla responsabilità custodiale *ex* art. 2051 c.c..

2. La configurabilità del rapporto di custodia e la responsabilità solidale.

Custode della cosa non è necessariamente solo il proprietario di essa ovvero chi con la stessa si trova in relazione diretta (Cfr. Cass. Civ. 1769/2012, cit.), ma chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione con un effettivo e non occasionale potere fisico e fattuale sulla cosa.

Il requisito della *fattualità* della relazione - che si sostanzia oltre che con un potere di controllo sulla cosa in senso ampio, nella facoltà di impedire a terzi ogni contatto funzionale con il bene, nell'individuare le modalità di estrinsecazione di tale contatto, nella facoltà di intervenire per neutralizzare situazioni di potenziale pericolo (Cfr. Antonio Salvati, *La responsabilità da cose in custodia*, Ed. Giuf-

frè, 2012) - consente di far ricadere nella nozione di custodia, ad esempio, coloro che hanno il semplice e solo possesso con la cosa (non importa se legittimamente o abusivamente – cfr. Bianca, Diritto Civile, V, Milano, 1994, in A. Salvati, cit.), il detentore (a condizione però che la detenzione non sia né momentanea né sporadica) l'usufruttuario ovvero il proprietario che ha dato in locazione la cosa.

Nell'ipotesi in cui l'effettiva custodia della cosa fosse attribuibile a più soggetti, il fatto dannoso da cui è derivato il danno dovrà essere imputato a quei *custodi* che abbiano con essa il prefato requisito della fattualità.

In tale evenienza, l'istituto della responsabilità solidale *ex* art. 2055 c.c. consente al responsabile evocato in giudizio ai sensi dell'art. 2051 c.c. di formulare domanda di regresso nei confronti di tutti gli altri soggetti che abbiano un effettivo potere fisico e fattuale sulla cosa, a condizione però che detta domanda venga formulata dal convenuto principale nel giudizio di risarcimento incardinato dal danneggiato, nel cui contesto dovrà essere accertata la misura della colpa ascrivibile a ciascuno dei corresponsabili.

Sul punto, la giurisprudenza più recente è concorde nel ritenere che laddove, ad esempio, l'ente pubblico titolare della strada abbia stipulato con una ditta un contratto di appalto per la sua manutenzione, non viene meno in capo all'ente medesimo l'obbligo della sorveglianza e del controllo, quindi la responsabilità *ex* art. 2051 c.c., in quanto … *il contratto d'appalto per la manutenzione stradale (nel caso di specie, di parte del territorio comunale) è solamente uno strumento tecnico-giuridico per ottemperare concretamente al compito istituzionale, proprio dell'ente territoriale proprietario, di provvedere alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade.* (Cass. Civ. III, 2.12/23.1.2009, n. 1691). A maggior ragione, permane in capo al Comune la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. (salvo, come meglio si dirà avanti, la prova della esimente del caso fortuito) quando la rete viaria oggetto dell'appalto per la sua manutenzione sia suddiviso in *zone*, circostanza idonea ad offrire all'ente locale, sul piano fattuale, una maggiore possibilità di sorveglianza e di controllo.

Se invece l'area di cantiere afferente l'intervento manutentivo risultasse essere esattamente identificata e formalmente affidata alla esclusiva custodia dell'appaltatore con conseguente assoluto divieto al traffico veicolare e pedonale, il Comune non avrà alcuna responsabilità essendo l'appaltatore stesso l'unico custode.

Qualora invece quell'area dei lavori continuasse a rimanere aperta al pubblico transito di persone e veicoli (ad esempio per il fatto che l'appaltatore non ha approntato idonea o sufficiente segnaletica di chiusura ovvero le necessarie opere interdittive al transito) sussisterà una responsabilità ex art. 2051 c.c. in via solidale tra l'ente titolare della strada, che ne rimane custode, e l'impresa affidataria (Cfr. Corte App. Potenza, sentenza 19.3.2011, in Carmela Puzzo, Omessa o cattiva manutenzione di strade e autostrade, Ed. EPC, 2011).

Ancora. Cass. Pen., IV, 8.2.2008, n. 6267 ha confermato la condanna dell'appaltatore per omicidio colposo a seguito di sinistro stradale verificatosi su tratto stradale di cui ne aveva la manutenzione, in quanto il relativo contratto di appalto stipulato con il Comune proprietario prevedeva … *espressamente in capo alla ditta appaltatrice, come condizione ineludibile, l'immediato inizio del servizio di sorveglianza ed il conseguente pronto intervento su tutte le superfici stradali ....*

Si sottolinea l'importanza di detta pronuncia radicata esclusivamente sull'obbligo contrattualmente assunto dal titolare della Ditta appaltatrice con il Comune appaltante, atteso come risulti pacifico che, tra le fonti dell'obbligo di garanzia tali da poter fondare la responsabilità omissiva *ex* art. 40 c.p., co. 2, rientrino, oltre alle norme di legge, anche le fonti convenzionali tra le quali è certamente da ricomprendere il contratto di appalto (Cfr. Cass. Pen., 6267/2008, cit.).

3. Il caso fortuito come esimente della responsabilità ex art. 2051 c.c..

Il caso fortuito come esimente della responsabilità ex art. 2051 c.c.;

la incidenza della condotta del danneggiato nella causazione del danno subito;

la casistica.

La responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. è

esclusa solamente dalla prova del caso fortuito, ossia di uno specifico avvenimento inevitabile che ha, da solo, creato le condizioni dell'evento (Cfr. Francesco Galgano, Diritto Civile e Commerciale, Vol. II,1, Ed. Cedam, 1990).

Mentre il soggetto che agisce per il risarcimento del danno subito ha l'onere di dimostrare, … *anche con il ricorso a presunzioni* (Cass. Civ. 19.5.2011, n. 11016) la sussistenza del nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno arrecato a prescindere dalla condotta del custode e l'osservanza o meno di una obbligazione di vigilanza (come avviene invece per il depositario del bene) (Cfr. Cass. Civ. III, 17.1/8.2.2012, n. 1769), il custode convenuto, per liberarsi dalla propria responsabilità, deve dimostrare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere il nesso causale dedotto dal danneggiato nella domanda risarcitoria (ex multis Cfr. Cass. Civ. 11016/2011, Cass. Civ. ord. 5910/2011, Cass. Civ. 8005/2010, in Cass. Civ. 1769/2012, cit.).

In altri termini, il custode deve dimostrare l'esistenza di uno specifico avvenimento che abbia i caratteri della imprevedibilità (quale profilo oggettivo che acclari la eccezionalità del fattore esterno – cfr. Trib. Piacenza, 18.10.2011, n. 781) e della inevitabilità che, da solo, abbia creato le condizioni dell'evento dannoso. Ad esempio, non può essere considerato caso fortuito il fatto che una buca sul manto stradale fosse ricoperta da acqua piovana e non visibile al pedone che per questo ha subito un infortunio. Con sentenza n. 11430 del 24.5.2011, la terza Sezione della Cassazione Civile ha infatti cassato il rigetto pronunciato dai giudici del merito della domanda risarcitoria del danneggiato …*avendo la Corte di Appello confuso un evento, normale e prevedibile che ha contribuito a causare il danno (la pioggia che, nascondendo le asperità del suolo, le ha rese ancora più insidiose) con una causa di interruzione del nesso causale, quasi si trattasse di evento esterno e non controllabile, di per se solo sufficiente a produrre il danno*.

Si ribadisce che il custode sarà liberato dalla responsabilità solo dando la prova positiva del caso fortuito cioè dell'evento interruttivo del rapporto causale, non essendo ad esso richiesta l'assenza della colpa, cioè la prova della propria diligenza, prudenza, perizia (tanto che la dottrina parla al riguardo di *rischio di custodia* più che di *colpa nella custodia* (Trib. Piacenza, cit.): peraltro, l'art. 2051 c.c., sempre agli effetti della liberazione dalla responsabilità, non concede esonero da essa ove la causa del danno sia rimasta ignota, cioè giovandosi dell'ignoranza della cosa o della incertezza circa la causa dell'evento dannoso (Cfr. Galgano, cit.).

4. La incidenza della condotta del danneggiato nella causazione del danno subito.

Fermo restando quanto sopra detto circa la esclusione della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. in presenza di caso fortuito, va evidenziato che l'accertamento giudiziale della condotta negligente o imprudente della vittima ha l'effetto di ridurre il risarcimento a favore del danneggiato in proporzione all'incidenza causale di tale colpa con l'evento dannoso, escludendolo invece per i danni che il creditore/danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (*ex multis*, Cass. Civ., IV, 30.1.2012, n. 1310).

Nella ipotesi di responsabilità da cose in custodia è pertanto sicuramente applicabile l'art. 1227 c.c. *(Concorso del fatto colposo del creditore*) che dispone, al primo comma, la riduzione del risarcimento del danno dovuto dal danneggiante quando riesca a dimostrare che il creditore danneggiato abbia violato un obbligo giuridico ovvero la norma comportamentale della diligenza sotto il profilo della colpa generica. (Cfr. Cass. Civ. 1769/2012, cit.).

L'eventuale sussistenza della incidenza causale *ex* art. 1227 c.c. è circostanza rilevabile *ex officio* dal giudice (anche in grado di appello), a prescindere ed indipendentemente dalla esplicita richiesta dall'ente convenuto, ma sempre che lo stesso abbia comunque offerto in giudizio sufficienti elementi di fatto su cui si fonderebbe il comportamento colposo del danneggiato.

Il comportamento colposo dell'utente danneggiato può escludere la responsabilità dell'ente gestore qualora si tratti di un comportamento idoneo a recidere completamente il nesso di causalità tra causa del danno e danno stesso (art. 1227, secondo comma,

c.c.). In buona sostanza, la ricorrenza della custodia da parte degli enti che esercitano il potere di fatto sulla cosa pubblica, in particolare su strade ed autostrade, non dà luogo tout court ad una presunzione di responsabilità se per le caratteristiche del bene non risulti possibile - all'esito di un accertamento svolto dal giudice di merito - esercitare la custodia intesa, appunto, quale potere di fatto sul bene: e se ricorra o meno il concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c..

E' da sottolineare come siano proprio le peculiarità delle fattispecie oggetto delle richieste risarcitorie, con le loro diverse sfumature, a dare corso, molto spesso, ad una commistione tra le due sostanziali *esimenti* di cui agli artt. 2051 c.c. e 1227 c.c.: commistione spesso di non agevole individuazione soprattutto per quanto concerne il rispettivo grado di incidenza delle due norme nel caso concreto, alla base di una robusta produzione giurisprudenziale di merito e di legittimità per la patente difficoltà (recte, impossibilità) di non poter tipizzare le diverse fattispecie.

Un caso di temperamento della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. con il concorso dell'apporto causale da parte della vittima *ex* art. 1227 c.c. è stato ravvisato con riferimento ad un sinistro mortale a seguito dello sfondamento del *guard-rail* per lo sbandamento di un automobilista dovuto al manto stradale reso sdrucciolevole dalla neve. Il Giudice di appello, ribaltando la sentenza di primo grado, aveva condannato l'ANAS al risarcimento del danno in favore degli eredi della vittima, seppur riconoscendo il concorso di colpa del conducente deceduto.

A seguito di ricorso per Cassazione proposto dall'ANAS, la S.C. ha ribadito la statuizione della Corte d'Appello, confermando la condanna dell'ANAS per non aver provato l'esimente del caso fortuito, non avendo cioè dato prova di aver fatto tutto il possibile per provvedere alla funzionalità della strada innevata espletando, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa in relazione alla situazione concretamente esistente, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione su di essa gravanti in base a specifiche prescrizioni normative (nel caso di specie, art. 14 CdS).

La responsabilità dell'ANAS è stata comunque mitigata dal riconoscimento del concorso di colpa della vittima nella causazione del sinistro, avendo quest'ultima adottato una condotta di guida pericolosa, superando i limiti di velocità indicati nei cartelli stradali e, comunque, per non averla adeguata alla mole dell'automezzo condotto in un tratto di strada in discesa e, come detto, con il fondo stradale sdrucciolevole per la neve (cfr. Cass. Civ., III, 22.2.2012, n. 2562).

In un altro caso sempre originato da un sinistro stradale, è stata invece cassata la sentenza che, nei primi due gradi di giudizio, aveva attribuito alla responsabilità del conducente la morte dello stesso causata per annegamento, essendo finito con la propria autovettura dentro un raccoglitore di acqua piovana posto a lato della carreggiata stradale (autostrada) dopo essere uscito di strada in un tratto sprovvisto di *guard-rail*.

I giudici di merito avevano rigettato la domanda risarcitoria ritenendo sostanzialmente che la velocità che ebbe a cagionare l'uscita di strada non fosse particolarmente moderata e che il raccoglitore d'acqua fosse una cosa inerte e quindi tale da non potersi di per sé ritenere pericoloso.

La Cassazione, con una illuminante sentenza del 2.10.2010 ha ribaltato la decisione di merito, attribuendo invece al custode dell'autostrada (Società Autostrade Spa) la esclusiva responsabilità dell'evento, così dichiarando la sussistenza del presupposto per la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. La S.C. ha considerato un errore di diritto della Corte di Appello di Roma ritenere che, in assenza di valide ragioni, in autostrada si debba tenere una velocità particolarmente moderata, nonché escludere che il raccoglitore di acqua piovana, seppure cosa inerte, possa di per sé ritenersi pericoloso, laddove esso si trovava invece a circa otto metri di distanza laterale da una sede autostradale financo delimitata da *guard-rail*. L'evento dannoso è stato pertanto ritenuto ricollegabile al concorso di più azioni od omissioni che, in virtù dell'art. 41 c.p. (applicabile anche nei giudizi civili di responsabilità) anche se indipendenti dalla omissione del colpevole, non esclude il nesso causale tra cause ed evento che è riconducibile a tutte, tranne nel caso si accerti la esclusiva efficienza cau-

sale di una di esse.

5. La difficoltà nell'individuazione della prova liberatoria.

Come già accennato, rispetto a dinamiche apparentemente simili tra loro su cui si radica la richiesta risarcitoria per danni da cose in custodia, le sfumature e le peculiarità del caso di specie che i giudici di merito sono chiamati a misurare per valutare i presupposti della prova liberatoria richiesta al custode - punto nodale dell'analisi dell'art. 2051 c.c. - portano a decisioni che, non solo impediscono l'affermarsi di un orientamento consolidato, ma vengono puntualmente impugnate avanti la Corte di legittimità che, molto spesso, cassa la stessa decisione di merito.

Ed infatti. In un caso di sinistro stradale avvenuto per ghiaccio sull'asfalto, è stato ritenuto configurabile il rapporto di custodia *ex* art. 2051 c.c. e quindi la responsabilità dell'ente gestore della rete autostradale, in quanto l'evento subito dall'automobilista era derivato dal fondo stradale ghiacciato non adeguatamente segnalato né fatto oggetto di tempestivo intervento per la eliminazione dello stato di pericolo.

Nei primi due gradi di giudizio era stata rigettata la domanda risarcitoria non essendo stata ravvisata la responsabilità delle Autostrade Spa nè ai sensi dell'art. 2051 c.c., per l'impossibilità del controllo della rete autostradale da parte della concessionaria, nè *ex* art. 2043 c.c. in quanto il gelo – in quel tratto di strada e nel periodo in cui si è verificato l'evento (mese di dicembre inoltrato) – non era un fenomeno che potesse essere preventivato come sussistente quotidianamente e perché, della presenza del ghiaccio, la società concessionaria era stata avvertita solo 20 minuti prima rispetto all'evento (in pratica i giudici del merito avevano ritenuto il fondo stradale ghiacciato un evento imprevedibile ed infrequente in una giornata invernale soleggiata).

La Cassazione ha invece ribaltato la decisione di merito ritenendo configurabile il rapporto di custodia *ex* art. 2051 c.c. al gestore di autostrade, dovendosi distinguere le situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura e alle pertinenze dell'autostrada - ragion per cui l'uso generalizzato e l'estensione della res costituiscono dati in via generale irrilevanti in ordine al concreto atteggiarsi della responsabilità del custode – da quelle provocate dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa, che pongano a repentaglio l'incolumità degli utenti e l'integrità del loro patrimonio. Per dette ipotesi dovrà configurarsi il fortuito tutte le volte che l'evento dannoso presenti i caratteri della imprevedibilità e della inevitabilità come accade quando esso si sia verificato prima che l'ente proprietario o gestore, nonostante l'attività di controllo e di diligenza impiegata al fine di garantire un intervento tempestivo, potesse rimuovere o adeguatamente segnalare la straordinaria situazione di pericolo determinatasi, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere (Cfr. Cass. Civ., III, 24.2.2011, n. 4495).

In un caso analogo a quello appena citato, la Corte di Cassazione ha invece rigettato la domanda risarcitoria azionata, nei confronti dell'Ente proprietario della strada, da un automobilista che aveva subito un incidente dopo essere sbandato per neve sull'asfalto (Cass. Civ., III, 16.3.2012, n. 4251).

La S.C. ha così confermato la impugnata sentenza di merito che aveva rigettato la richiesta di condanna *ex* art. 2051 c.c., riconoscendo integralmente in capo al danneggiato la colpa nella causazione dell'incidente e del conseguente danno subito, stante la eccessiva velocità di marcia e l'uso di pneumatici non adatti alla condizione dei luoghi, ritenendo agevole per l'automobilista prevedere che alle sei del mattino durante la stagione invernale ed in località montuosa si potesse formare il ghiaccio che ha poi cagionato lo sbandamento (presenza di ghiaccio di cui peraltro l'ente ne era a conoscenza tanto da provvedere con lo spargimento del sale per il suo scioglimento).

E' stata così negata la ricorrenza della custodia nonchè della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. in ragione della assenza degli estremi della insidia e del trabocchetto e, quindi, di quelle situazioni di pericolo occulto con le relative caratteristiche di imprevedibilità e non visibilità. Con sentenza 27.6/18.10.2011, n. 21508, la S.C. ha ritenuto legittima la applicabilità dell'art. 2051 c.c. con riferimento al danno subito da un motociclista a seguito del-

la caduta causata da fango, sabbia e sterpaglie accumulatesi, sul manto stradale, per le piogge torrenziali.

Il custode … *doveva ritenersi obbligato a controllare lo stato della strada e a mantenerla in condizioni ottimali di impiego, dato che la presenza di fango e detriti a seguito di pioggia torrenziale, rappresentava fattore di rischio conosciuto o conoscibile a priori dal custode* ... (Cass. 21508/2011, cit.).

6. Le conseguenze penali.

Del tutto simile alla fattispecie appena richiamata è quella da cui è derivata la responsabilità penale nei confronti del responsabile alla custodia della rete viaria pubblica di competenza.

Premesso come dalla omessa o cattiva manutenzione delle strade pubbliche possano derivare conseguenze di rilevanza penale - in caso di accertata responsabilità, in capo al soggetto custode della cosa da cui è derivata la morte o le lesioni personali subite da un soggetto - è stata confermata la penale responsabilità, riconosciuta nei precedenti gradi di giudizio, nei confronti del dirigente responsabile del settore viario della Provincia di Latina per non aver esercitato compiutamente i dovuti controlli sull'arteria provinciale Velletri-Anzio, con particolare riferimento alla pulizia dei fossi adiacenti la carreggiata stradale. A seguito della ostruzione di detti fossi, costituita da vegetazione e detriti non rimossi, si creava un accumulo di acqua piovana che, esondando, si riversava sulla sede stradale percorsa dall'automobilista che, sbandando, decedeva.

Da qui il processo penale per omicidio colposo nei confronti del dirigente dell'Ente pubblico, unico soggetto sul quale gravava l'obbligo di controllare la manutenzione della strada e che situazioni di dissesto non fossero causa di pericolo.

A prescindere dal concorso di colpa della vittima del sinistro per il superamento dei limiti di velocità, la Corte di legittimità, ribadendo il proprio orientamento (Cass. Pen. IV, 1.4.2008, n. 21040) ha addebitato la responsabilità penale all'ente pubblico preposto alla manutenzione della sede viaria di propria competenza (*recte*, del dirigente titolare dell'ufficio) secondo gli ordinari criteri di imputazione della colpa e non solo quando il pericolo determinato dal difetto di manutenzione risulti occulto (concretizzandosi nella insidia o nel trabocchetto).

La responsabilità poteva essere esclusa solo nel caso di abnormità ed eccezionalità della condotta dell'utente della strada che, in quanto tale, non fosse risultata prevedibile né evitabile. Di nessun pregio è stata ritenuta la circostanza che il responsabile dell'Ufficio, poi condannato, avesse assunto detta carica solo due mesi prima dell'evento, dal momento che questi era sicuramente nelle condizioni di poter dare quanto meno l'avvio a quel controllo e monitoraggio delle strade che gli avrebbe certamente consentito di conoscere lo stato dei luoghi che hanno cagionato, in maniera determinante, l'evento mortale (Cfr. Cass. Pen., IV, 8.3.2012, n. 9175).

Non si chiede a chi ha la responsabilità della manutenzione e del controllo delle strade di effettuare perlustrazioni o ronde di sorta. E' invece doveroso che essi si attivino per avere, attraverso le articolazioni operative dei competenti uffici, le informazioni necessarie sullo stato delle strade di competenza nonché per adottare i provvedimenti organizzativi generali e dispositivi specifici per la eliminazione dei pericoli accertati o comunque segnalati (Cfr. Cass. Pen. IV, 23.9.2008, n. 36475 che ha confermato la condanna del Sindaco di Taormina con delega assessoriale ai lavori pubblici e del responsabile dell'Ufficio Tecnico comunale - per le lesioni personali subite da un pedone inciampato su un tappeto di mattonelle posto davanti a un pubblico esercizio ma sulla pubblica via, privo di adeguata segnalazione, a nulla valendo la dedotta circostanza difensionale di non essere stati informati dello stato della strada su cui si verificò l'evento lesivo, né che il Sindaco avesse l'obbligo di perlustrare le strade.

Da ultimo, un breve cenno alle conseguenze subite dall'utente della rete stradale (ed a quella autostradale ove è certamente configurabile il rapporto di custodia *ex* art. 2051 c.c. stante il raggiunto progresso tecnologico che, consentendo un controllo capillare su una vasta area, legittima le aspettative di sicurezza da parte della generalità degli utenti) per l'attraversamento di animali.

7. L' attraversamento di animali.

Chiunque subisca un danno riconducibile alla presenza di un animale sulla carreggiata stradale, ha titolo per il risarcimento ex art. 2051 c.c. o 2043 c.c. a meno che il custode dimostri il caso fortuito.

Anche in questi casi la casistica è alquanto variegata.

Ad esempio nel caso di incidente subito da un automobilista in autostrada, finito contro il *guard-rail* per evitare di investire un cane che aveva tagliato la corsia di marcia, è stata riconosciuta la responsabilità dell'ente gestore per non avere questi … dimostrato il caso fortuito come, ad esempio, l'abbandono del cane in autostrada, il taglio vandalico della rete di recinzione, il suo abbattimento causato da un precedente incidente rispetto al quale non era stato possibile intervenire tempestivamente per porvi idoneo rimedio (Cass. Civ. III, 2.2.2007, n. 2308).

In un altro sinistro, sempre verificatosi in autostrada, a seguito dell'impatto tra un automobilista e una volpe ferma sulla corsia di marcia, nei primi due gradi di giudizio era stata rigettata la richiesta risarcitoria stante la inapplicabilità del disposto di cui agli artt. 2051 c.c e 2043 c.c. in quanto i fatti costitutivi della pretesa non erano stati dimostrati.

La Cassazione ha ribaltato completamente la decisione dei giudici di merito, riconoscendo che mentre l'automobilista riuscì a dimostrare il nesso causale tra cosa in custodia e danno stante la (dimostrata) presenza sulla carreggiata di un quadrupede che, proprio in considerazione della caratteristiche dell'autostrada, il danneggiato aveva ragione di non attendersi, l'ente gestore non ha invece dato prova del caso fortuito, cioè della imprevedibilità e della inevitabilità della presenza dell'animale. Né ha dimostrato che trattavasi di specie animale diversa da quella selvatica (l'invasione da parte di un animale selvatico è cosa ben diversa di quella di una animale domestico), ovvero che l'ingresso dell'animale fosse avvenuto attraverso il taglio vandalico della rete di recinzione che non era stato possibile riparare con un intervento tempestivo. Nella ipotesi in cui fosse in concreto impossibile per l'ente proprietario la effettiva custodia del bene e, quindi, la applicabilità della disciplina della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., l'ente medesimo risponde dei danni subiti dall'utente secondo la regola generale dell'art. 2043 c.c., gravando in tal caso in capo al danneggiato l'onere della prova della anomalia del bene (cioè l'invasione della sede stradale da parte di un animale), mentre spetterà al gestore provare che l'utente si era trovato a percepire o prevedere, con l'uso dell'ordinaria diligenza, detta anomalia (Cfr. Cass. Civ. 19.5.2011, n. 11016).

«::::::::: *GA*:::::::::»

LIMITI ALLE ASSUNZIONI DEGLI ENTI LOCALI: CONSIDERAZIONI SUL DECRETO LEGGE N. 16/2012

della Dott.ssa Matilde Esposito

La necessita' di procedere al riequilibrio dei conti pubblici ha indotto il legislatore a preferire l'approccio di tipo finanziario alla materia del pubblico impiego, con una conseguente limitazione dell'autonomia riconosciuta agli enti locali dalla Costituzione; tuttavia, appare dubbio che una simile riduzione di autonomia sia idonea a determinare una razionalizzazione della spesa pubblica, anche attraverso una migliore allocazione delle risorse.

The need 'to rebalance the public finances has led the legislature to prefer the approach to financial matters of public employment, with a consequent limitation of the autonomy granted to local authorities by the Constitution, but it seems doubtful that such a reduction of autonomy is likely to lead to a rationalization of public expenditure, including through improved allocation of resources.

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'Intesa del maggio 2012 e la spending review. - 3. L'art. 4-ter d.l. 16/2012 e l'aumento del limite assunzionale al 40%. 4. La ridotta efficacia della misura in conseguenza del concorso di altre norme limitative. - 5. I rimedi escogitati dalla prassi amministrativa. - 6. La "sanatoria" .

1. Premessa.

Una considerazione preliminare: ‹‹*la normativa più recente in materia di contenimento della spesa per redditi da lavoro dipendente si è rilevata complessa, di difficile attuazione e interpretazione: ai limiti generali alla crescita complessiva si sono sovrapposte specifiche misure riferite all'andamento di singole voci di spesa; norme simili tra loro riguardano differenti platee di destinatari; numerose sono poi le eccezioni, le esenzioni, le misure riferite a singole aggregazioni di enti. Frequenti sono, inoltre, le norme di interpretazione autentica di precedenti istituti aventi, come noto, efficacia retroattiva. Si tratta di misure che, nel loro complesso, delineano un quadro che restringe anche per le Regioni e gli enti locali, i margini di flessibilità organizzativa. E', infatti, previsto l'obbligatorio rispetto di vincoli puntuali alla crescita di singole voci di spesa, quale necessaria garanzia per il conseguimento degli obiettivi del patto di stabilità interno. Ciò priva, tuttavia, inevitabilmente, le amministrazioni del potere di selezionare gli strumenti da attivare*›› (Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, Relazione del mese di maggio 2012 sul costo del lavoro pubblico).

L'acquisita consapevolezza della ‹‹*necessità di procedere, in tempi certi e rapidi, al riequilibrio dei conti pubblici per fronteggiare le tensioni sul mercato dei titoli sovrani, ha portato a privilegiare l'approccio di tipo finanziario alla materia del pubblico impiego*›› (così, ancora, Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, ult. cit.).

Un simile approccio si è risolto nella limitazione dell'autonomia riconosciuta agli enti locali dagli artt. 5, 114, 118 e 119 cost., ciò che può trovare una specifica giustificazione nel dover concorrere ‹‹*ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*›› (cfr. art. 119, co. 2, Cost., nel testo modificato dall'art. 4 della legge cost. 20.4.2012, n. 1).

Tuttavia, la riduzione degli spazi di autonomia organizzativa degli enti locali non ha condotto, nel corso degli ultimi anni, ad una razionalizzazione della spesa pubblica, per cui se pur si è conseguito, da parte degli enti locali, una partecipazione al processo complessivo di riduzione della spesa pubblica, non si è ottenuto l'obiettivo del raggiungimento di una diversa e migliore allocazione delle risorse, necessaria al fine di garantire

nel sistema pubblico il rispetto di standard di efficienza organizzativa propri delle amministrazioni pubbliche degli altri Paesi dell'Unione Europea.

2. L'intesa del maggio 2012 e la *spending review*.

In quest'ottica, appare condivisibile la premessa da cui muove l'intesa sottoscritta nel mese di maggio 2012 dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le OO.SS., secondo cui ‹‹*la logica dei tagli lineari ha effettivamente ridotto la spesa pubblica, ma non ha favorito il diffondersi della cultura dell'ottimale organizzazione delle risorse, secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità*››, auspicando, in occasione dei preannunciati interventi in tema di *spending review*, il superamento dell'‹‹*approccio finanziario e ragionieristico della spesa pubblica ed avviare un processo di modernizzazione dell'amministrazione pubblica attraverso un'attività di profonda razionalizzazione*››.

Invero, il primo intervento specificamente dedicato alla "*razionalizzazione della spesa pubblica*" di cui al d.l. 7.5.2012, n. 52, appare davvero assai timido, non solo per l'ambito limitato di incidenza (acquisto di beni e servizi), ma anche per la metodologia seguita, che non coinvolge direttamente la responsabilità dei centri di spesa ma una figura commissariale di nuova introduzione, avvalorando l'idea che all'inefficienza dell'azione amministrativa si possa fare fronte solo ricorrendo all'esercizio di poteri *extra ordinem* (v., in particolare, l'art. 5).

3. L'art. 4 *ter* del d.l. 16/2012 e l'aumento del limite assunzionale al 40%.

Di segno completamente opposto rispetto all'obiettivo del superamento dell'approccio ragionieristico e finanziario della riduzione della spesa pubblica attraverso la logica dei c.d. tagli lineari nonché del diffondersi della cultura dell'ottimale organizzazione delle risorse, appare, invece, la disposizione di cui all'art. 4-*ter* del d.l. 2.3.2012, n. 16, introdotto, in sede di conversione, dalla l. 26.4.2012, n. 44.

Il co. 10 dell'art. 4-*ter* cit., ha modificato l'art. 76, co. 7, d.l. 25.6.2008, n. 112, conv., con mod., dalla l. 6.8.2008, n. 133, e succ. int. e mod., consentendo agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o inferiore al 50 per cento delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite del 40% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

L'innovazione legislativa, consistente nell'aumento del limite del 40% rispetto al precedente limite dal 20%, di cui alla previgente versione dell'art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008, risponde all'esigenza, in più occasione manifestata dagli enti locali soggetti al patto di stabilità nazionale, di mitigare la disciplina limitativa del *turn-over*, e si inserisce nel solco segnato dal d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto salva-Italia), che aveva innalzato al 50% il rapporto massimo tra spesa del personale e spesa corrente.

4. La ridotta efficacia della misura in conseguenza del concorso delle altre norme limitative.

Tuttavia, l'efficacia della misura rischia di essere compromessa, per la maggior parte dei comuni di piccole dimensioni soggetti al rispetto del patto di stabilità interno, per effetto di ulteriori concorrenti disposizioni limitative.

In proposito, occorre ricordare che la disposizione di cui all'art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008, era stata modificata dall'art. 14 del d.l. 31.5.2010, n. 78, conv., con mod., dalla l. 30.7.2010, n. 122, introducendo il doppio limite del rapporto massimo del 50% tra spesa del spesa del personale e spesa corrente ed il limite per le nuove assunzioni del 20% della spesa relativa alle cessazioni dell'anno precedente, prevedendo l'applicazione della disposizione limitativa con decorrenza dal 1.1.2011 con riferimento alle cessazione avvenute nel 2010.

Per molti enti l'applicazione della predetta disciplina limitativa si è risolta in un divieto assoluto di nuove assunzioni nell'anno 2011, in considerazione dell'esiguo numero di cessazioni avvenute nel corso dell'anno 2010 e della conseguente limitazione delle facoltà assunzionali nel limite massimo del 20% della spesa relativa alle predette cessazioni, che

in molti casi non ha consentito neanche di ricorrere ad assunzioni con contratti di lavoro a tempo parziale.

Non avendo potuto procedere ad assunzioni con contratti di lavoro a tempo indeterminato nell'anno 2011, i predetti enti si sono visti stabilizzare la riduzione della spesa conseguente alle cessazioni dal servizio dei dipendenti collocati in quiescenza nell'anno 2010, e sulla spesa così ridotta hanno dovuto procedere per l'anno 2012 all'ulteriore riduzione imposta dall'art. 1, co. 557, della l. 27.12.2006, n. 296, così come sostituito sempre dall'art. 14 del d.l. n. 78/2010.

Conseguentemente, gli enti che nel corso dell'anno 2011 hanno registrato un numero limitato ovvero esiguo di cessazioni dal servizio, pur volendo utilizzare i *"resti"* delle possibilità di assunzione a tempo indeterminato di cui non si sono potuti servire negli anni precedenti (possibilità, peraltro, esclusa dal recente parere della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo della Toscana del 31.3.2012, n. 30, per ora ancora minoritario), non possono procedere ad alcuna nuova assunzione nell'anno 2012.

In altre parole, pur avendo la l. n. 44/2012 elevato il limite delle assunzioni a tempo indeterminato nella misura del 40% della spesa relativa alle cessazioni relative all'anno precedente e considerando anche gli eventuali *"resti"* relativi alle facoltà assunzionali non esercitate nel 2011, gli enti in questione, con ogni probabilità, non possono procedere ad alcuna assunzione perché la spesa del personale sostenuta nell'anno precedente risulta stabilizzata ed ulteriormente ridotta per effetto dell'art. 1, co. 557, della l.n. 296/2006.

5. I rimedi ecogitati dalla prassi amministrativa.

Invero, al fine di porre rimedio ai limiti di spesa introdotti dal d.l. n. 78/2010 ed impedire la stabilizzazione della riduzione della spesa conseguente alle cessazioni pur esigue dal servizio verificatesi negli anni precedenti, molti enti hanno ritenuto di poter fare ricorso alle forme di assunzione flessibile, ivi compreso il conferimento di incarichi *ex* art. 110 del T.U.E.L. I margini per il ricorso ad una simile operazione sembrano per il futuro del tutto ridimensionati a seguito della legge di stabilità 2010, che ha esteso agli enti locali l'applicazione della disposizione limitativa di cui all'art. 9, co. 28, del d.l. n. 78/2010, che prevede per tali forme la limitazione del 50% della spesa sostenuta nell'anno 2009 per la medesima finalità.

In definitiva, la stabilizzazione della riduzione della spesa di personale a seguito di una compromessa dinamica del *turn-over* determinata dall'applicazione dell'art. 76, co. 7, del d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 78/2010, ha senz'altro agito quale ulteriore spinta all'assunzione mediante forme di lavoro flessibile, fenomeno al quale la legge di stabilità 2012 ha ritenuto di porre rimedio con un altro *"taglio lineare"*.

6. La *"sanatoria"*.

Peraltro, in controtendenza a tale ultimo intervento legislativo, la l. n. 44/2012, sostituendo l'art. 19, co. 6-*quater*, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, e succ. int. e mod., ha introdotto una vera e propria sanatoria degli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 110, co. 1, del T.U.E.L., prevedendo che ‹‹*in via transitoria, con provvedimento motivato volto a dimostrare che il rinnovo sia indispensabile per il corretto svolgimento delle funzioni essenziali degli enti, i limiti di cui al presente comma possono essere superati, a valere sulle ordinarie facoltà assunzionali a tempo indeterminato, al fine di rinnovare, per una sola volta, gli incarichi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione e in scadenza entro il 31.12.2012…*››.

In conclusione, l'‹‹*approccio finanziario e ragionieristico della spesa pubblica*››, *attuato attraverso una politica di riduzione della spesa di personale per tagli lineari, oltre a dimostrarsi alquanto ingenua, non è in grado di produrre ‹‹il diffondersi della cultura dell'ottimale organizzazione delle risorse, secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità*››, auspicata dall'intesa con le OO.SS. alla quale si è dinnanzi accennato.

Ne risulta, piuttosto, compromesso il processo di *spending review* tanto declamato, il quale dovrebbe essere indirizzato verso la ricerca di una più corretta allocazione di risorse necessarie per un'amministrazione della cosa pubblica imparziale, efficace, efficiente ed i-

spirata a criteri di economicità, attraverso il confronto pubblico e trasparente, garantito non già dal conferimento di poteri straordinari ad improvvisate strutture commissariali ma dall'attività di organismi di valutazione indipendenti, che siano realmente in grado di orientare le scelte pubbliche, nel rispetto dei vincoli finanziari derivante dagli impegni di matrice comunitaria, verso il soddisfacimento delle esigenze della collettività.

In quest'ottica, la discussione in ordine alla corretta definizione degli interessi pubblici perseguiti ed al conseguente adeguato dimensionamento delle strutture amministrative non può essere servente rispetto a finalità di ordine finanziario, oggi drammaticamente assurte ad obiettivo primario dell'azione dei pubblici poteri.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. Lav,15.5.2012, n. 7510

Rapporto di lavoro dei segretari comunali e provinciali - riparto di giurisdizione.

Tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro del segretario comunale e provinciale, compresi quelli posti in essere dall'amministrazione locale nell'ambito del rapporto organico o di servizio a tempo determinato con la stessa instaurata (il quale si inserisce all'interno e nell'ambito del rapporto di impiego con l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali), rappresentano manifestazione dei poteri propri del privato datore di lavoro e corrispondono ugualmente al regime privatistico le situazioni oggettive in cui sono fissate le vicende del suddetto rapporto funzionale con l'amministrazione locale (tra cui la revoca dell'incarico disposta dal Sindaco). Pertanto, la controversia nella quale si deduce la violazione delle suddette situazioni soggettive derivante da uno di tali atti appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. La giurisdizione del giudice ordinario sussiste sia per le controversie relative al rapporto di impiego intercorrente tra il segretario comunale e l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, sia per le controversie relative al rapporto organico intercorrente tra il segretario e l'ente locale e, quindi, anche per le controversie aventi ad oggetto, come nella specie, l'anticipata collocazione del segretario in posizione di disponibilità. Le controversie concernenti il rapporto di impiego dei segretari comunali e provinciali sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario eccezion fatta per quelle riguardanti le procedure concorsuali di assunzione, tra le quali rientrano anche i concorsi destinati a consentire l'inquadramento in aree funzionali o categorie più elevate.

Il rapporto di impiego dei segretari comunali e provinciali è caratterizzato dalla non coincidenza dell'amministrazione datrice di lavoro con quella che effettivamente ne utilizza le prestazioni lavorative: l'amministrazione datrice di lavoro dei segretari è l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, avente personalità giuridica di diritto pubblico, mentre l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa è il Comune o la Provincia. Nel nuovo regime, Comune e Provincia hanno il potere di nomina e revoca del segretario (che deve essere scelto tra gli iscritti all'albo gestito dall'Agenzia autonoma). La dipendenza funzionale dell'organo di vertice dell'ente locale si traduce nella configurazione di un rapporto caratterizzato dall'elemento fiduciario (non a caso, solitamente, la nomina del segretario ha durata corrispondente a quella del mandato del Sindaco o del Presidente della Provincia che lo ha nominato). Il provvedimento di revoca del segretario, che può essere disposto per violazione dei doveri d'ufficio, è adottato dal Sindaco o dal Presidente della Provincia, previa delibera della giunta, e deve essere motivato. La sentenza in esame, avente ad oggetto un provvedimento di revoca dell'incarico di segretario comunale, ha riconosciuto al privato piena tutela nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro che illegittimamente aveva intimato la revoca unilaterale dell'incarico. La Suprema Corte, infatti, anche tenuto conto che la delibera di revoca dell'incarico non ha natura autoritativa, ha considerato la revoca dell'incarico disposta dall'amministrazione alla stessa stregua di un recesso contrattuale tra privato datore di lavoro e dipendente e, quindi, senz'altro appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario.

Corte di Cassazione, Sez. Lav. 4.4.2012 n. 5371

Telefonate di svago durante l'orario di lavoro - legittimità del licenziamento - rilevanza probatoria delle risultanze ottenute dal datore di lavoro mediante apparecchiature per il controllo a distanza dei lavoratori.

In tema di controllo a distanza dei lavoratori, il divieto previsto dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori di installazione di impianti audiovisivi od di altre apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, riferendosi alle sole installazioni poste in essere dal datore

di lavoro, non preclude a questo, al fine di dimostrare l'illecito posto in essere da propri dipendenti, di utilizzare le risultanze di registrazioni operate fuori dall'azienda o tabulati telefonici acquisiti da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità difensive del proprio ufficio, con la conseguenza che tali risultanze sono legittimamente utilizzabili nel processo dal datore di lavoro.

Corte di Cassazione, Sez. Lav 16.3.2012, n. 4258

Utilizzo da parte del Dirigente di password altrui per collegamento al sistema informatico aziendale - comportamento dettato da esigenze connesse con lo svolgimento del lavoro - illegittimità del licenziamento.

È illegittimo il licenziamento intimato al dirigente che abbia utilizzato la password di un collega per accedere al servizio informatico dell'Azienda quando detto comportamento sia stato dettato da esigenze lavorative e comunque finalizzato al miglior assolvimento del proprio incarico.

Corte di Cassazione, Sez. Lav.14.3.2012, n. 4061

Sospensione cautelare dal servizio a seguito di procedimento penale - mancata assoluzione con formula piena (in specie, proscioglimento per prescrizione) - diritto alla retribuzione non percepita per il periodo della sospensione cautelare - discrezionalità amministrativa.

A norma dell'art. 27, co. 7) c.c.n.l Comparto Ministeri 1995, quanto corrisposto a titolo di indennità al pubblico impiegato nel periodo di sospensione cautelare dal servizio dev'essere conguagliato con quanto dovuto se il lavoratore fosse rimasto in servizio, solo in caso di proscioglimento con formula piena e perciò non necessariamente in caso di proscioglimento per prescrizione. Questa norma innova rispetto alla precedente (art. 96 d.P.R. 3/1957, che permetteva il conguaglio in tutti i casi di proscioglimento) e, trasformando la sospensione cautelare della retribuzione in provvedimento definitivo ossia sostanzialmente in pena disciplinare: a) non può applicarsi agli illeciti disciplinari commessi prima della sua entrata in vigore; b) per gli illeciti successivi, e qualora venga inflitta la sanzione disciplinare della sospensione per durata inferiore alla sospensione cautelare sofferta, il mancato conguaglio può essere discrezionalmente disposto dall'amministrazione, con motivazione riferita alla gravità dell'illecito nei suoi elementi oggetti e soggettivi.

Corte di Cassazione, Sez. Civ., III, 13.3.2012, n. 3951

Manifestazione di piazza - crollo impalcatura - danni ai terzi - responsabilità del Comune - sussiste.

Il Comune proprietario della piazza pubblica su cui è stata realizzata un'impalcatura per consentire al pubblico di assistere ad una manifestazione canora deve adottare tutte le misure preventive e protettive idonee a prevenire rischi e scongiurare pericoli per l'incolumità e la sicurezza pubblica, controllando la fase di progettazione ed esecuzione dell'opera, le scelte tecniche, dei materiali, della loro predisposizione a regola d'arte.

In capo al Comune, a meno che lo stesso Ente non abbia trasferito o delegato (e ciò deve essere provato per iscritto) a terzi dette competenze, permangono le funzioni di polizia locale e di controllo in tutte le fasi organizzative e gestionali della manifestazione. In caso di crollo dell'impalcatura nel corso della manifestazione, a meno che non sia provato il caso fortuito (con onere a carico della pubblica amministrazione), il Comune è tenuto al risarcimento dei danni arrecati ai terzi dalla rovina di detta impalcatura.

Corte di Cassazione, Sez. Pen., I, 8.3.2012, n. 9157

Art. 650 c.p. (inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità) - accertata illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato (in specie, ordinanza contingibile ed urgente) - insussistenza del reato.

All'accertata illegittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 54 d. lgs. 18.8.2000 n. 267 consegue l'insussistenza del reato ex art. 650 a carico di colui che si sia reso inottemperante a detta ordinanza.

Il reato ex art. 650 c.p., che sanziona l'inottemperanza da parte dei privati agli ordini della pubblica amministrazione, presuppone la legittimità (tanto sotto il profilo sostanziale, tanto sotto quello formale) del provvedimento amministrativo presupposto del reato. Nel caso di specie, all'accertata insussistenza dei presupposti per l'adozione di un'ordinanza sindacale

contingibile ed urgente è stata fatta conseguire l'illegittimità dell'ordine costituente il presupposto del reato e, quindi, la non configurabilità dell'ipotesi di reato a carico di chi, detto ordine, aveva violato.

Corte di Cassazione, Sez. Pen., IV 8.3.2012, n. 9175

Insufficiente od omessa manutenzione manto stradale - sinistro stradale - responsabilità penale del Dirigente pubblico preposto al relativo servizio - reato di omicidio colposo o lesioni colpose - sussiste.

Nel caso in cui un incidente stradale sia causato dall'insufficiente od omessa manutenzione della sede viaria da parte dell'ente pubblico a ciò preposto, il soggetto incaricato del relativo servizio risponde penalmente delle lesioni colpose conseguenza del sinistro, secondo gli ordinari criteri di imputazione della colpa e ciò non soltanto quando il pericolo determinato dal difetto di manutenzione risulti occulto, configurandosi come insidia o trabocchetto. Ne consegue che la responsabilità dell'addetto alla manutenzione può essere esclusa solo quando la condotta dell'utente della strada si sia configurata come evento eccezionale e abnorme, non altrimenti prevedibile né evitabile.

Nel caso di specie sull'imputato, quale dirigente responsabile del settore di custodia della rete viaria di competenza della Provincia, gravava l'obbligo di controllare la manutenzione della strada e di evitare che situazioni di dissesto fossero causa di pericolo per gli utenti. La negligente condotta omissiva del dirigente, pertanto, è stata ritenuta causalmente connessa con l'evento-morte verificatosi (in concorso con l'imprudente condotta di guida della vittima). La presenza in organico di cantonieri, peraltro, non è stata ritenuta idonea ad escludere la responsabilità del dirigente, in quanto su quest'ultimo gravava comunque un obbligo di controllo.

Corte di Cassazione, Sez. Civ., III, 2.3.2012 n. 3253

Omessa manuntezione strada comunale - responsabilità *ex* art. 2051 - sussiste - criteri di individuazione dell'ente proprietario tenuto al risarcimento dei danni.

La responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c. per i danni arrecati dai beni di cui la pubblica amministrazione ha la concreta disponibilità (anche se detti beni hanno rilevanti dimensioni) è esclusa solo dalla prova, gravante sulla pubblica amministrazione, che il danno sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, che nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza potevano essere tempestivamente rimosse, così integrando il caso fortuito previsto dalla norma quale scriminante della responsabilità del custode.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di Appello che aveva condannato il Comune al risarcimento dei danni in favore degli eredi di un automobilista che, mentre circolava a bordo della propria autovettura, era stata investito da un grosso platano, marcio ed in via di decomposizione, ubicato sul marciapiede, ed aveva perso la vita. Con la prefata sentenza, la Suprema Corte ha non soltanto confermato i più recenti arresti giurisprudenziali in tema di responsabilità ex art. 2051, ma anche delineato l'iter logico e normativo sulla cui base individuare il soggetto proprietario di una strada pubblica. E precisamente: ai sensi del co. 7 dell'art. 2 d. lgs. 285/1992 le strade urbane di cui al comma 2, lett. D, E, F sono sempre comunali quando siano situate nell'interno dei centri abitati, eccettuati i tratti interni di strade statali, regionali o provinciali che attraversano centri abitati con popolazione superiore a diecimila abitanti. Ne deriva che, ai fini dell'individuazione del soggetto proprietario della strada inclusa nel cenro abitato di un Comune, sono sufficienti il dato topografico (e cioè il fatto che detta strada, pur essendo parte di una strada statale, regionale o provinciale, attraversi il centro abitato) e la circostanza che il Comune abbia un numero di abitanti superiore a diecimila, senza che rilevino né l'atto di declassamento della strada in questione né l'atto di consegna dallo Stato o dalla Provincia al Comune, essendo adempimenti non contemplati dalla normativa ai fini dell'individuazione dell'Ente proprietario della strada medesima (le delibere di classificazione adottate dal Consiglio comunale non hanno carattere costitutivo ai fini del trasferimento della proprietà della strada ma solo una funzione ricognitiva e valenza limitata all'assegnazione della strada ad una determinata classe nell'ambito delle strade comunali).

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 13.2.2012, n. 2034

Atto amministrativo contenente dati sensibili sulla salute del dipendente pubblico - pubbli-

cazione sull'Albo Pretorio comunale - violazione disposizioni in materia di tutela della riservatezza - risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal dipendente - spetta.

La pubblica amministrazione commette illecito (violazione delle disposizioni riguardanti il trattamento dei dati personali) ed è tenuta al risarcimento del danno non patrimoniale cagionato al privato quando effettui il trattamento di dati sensibili di quest'ultimo eccedenti le finalità pubbliche da soddisfare.

Nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte, un dipendente comunale aveva fatto domanda di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una patologia di cui era affetto. L'Amministrazione aveva negato detto riconoscimento e disposto la pubblicazione sull'Albo Pretorio comunale del provvedimento di diniego, contenente, tra gli altri, dati personali e sensibili sulla salute del dipendente che aveva fatto domanda. La Cassazione, aderendo alle conclusioni del Giudice di prime cure e ritenendo non necessaria la menzione specifica e diffusione di dati personali del dipendente per la realizzazione delle finalità dell'atto amministrativo adottato, ha confermato l'illegittimità della divulgazione dei dati posta in essere dal Comune e la conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato al dipendente. A parere della Corte, infatti, le motivazioni annesse al provvedimento di diniego, contenenti dati personali e sensibili del dipendente, ben avrebbero potuto essere espresse dal Comune adottando modalità di notificazione tali da non renderne possibile la lettura di parte di chiunque (es. mediante l'utilizzo di omissis).

Corte di Cassazione, Sez.Pen., VI, 9.2.2012, n. 5006.

Utilizzo auto blu per scopi personali - mancanza di concreto pregiudizio economico all'amministrazione - reato di peculato d'uso - non sussiste.

L'assessore comunale che utilizza l'auto blu per effettuare una visita personale non commette reato di peculato d'uso se, con la sua condotta, non rechi un apprezzabile pregiudizio all'amministrazione.

La sentenza in esame valorizza il principio di offensività ed il carattere plurioffensivo del reato di peculato, che tutela non soltanto l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche l'interesse all'integrità patrimoniale dell'Ente pubblico. Sulla base di queste premesse, la Suprema Corte ha escluso la sussistenza del reato di peculato quando l'uso momentaneo della cosa non abbia leso in modo apprezzabile detti interessi.

Corte di Cassazione, SS.UU, ordinanza 5.7.2011, n. 1465

Esclusa giurisdizione contabile - danno causato da amministratori della S.p.A..

È esclusa la giurisdizione contabile per danno erariale se la s.p.a. è il soggetto danneggiato dai suoi amministratori. Il danno riflesso - diversamente da quello diretto, come il danno all'immagine, contemplato dall' art. 17, co. 30-ter, l. 3.8.2009 n. 102 e successive modificazioni, ovvero quello consistente nella distrazione del contributo pubblico erogato, casi in cui l'esistenza della giurisdizione contabile sussiste anche nei confronti di costoro (come ribadito da Sez. Un. 3.3.2010 n. 5019) - che deriva al patrimonio della PA. la cui partecipazione al capitale sociale per gli scopi dalla stessa perseguiti, ma estranei all'agire della società, ne risulta pregiudicata, non li assoggetta alla giurisdizione contabile poiché, salva una diversa disciplina contenuta in leggi speciali - come per la RAI (Sez. Un. 23.4.2008, n. 10443, 22 dicembre 2009 n. 27092) - la responsabilità di amministratori e sindaci, pur se nominati dallo Stato o dagli enti pubblici, resta disciplinata dal codice civile, che al vigente art. 2449, terzo comma, dispone: Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Conseguentemente costoro rispondono nei confronti della società, dei soci, dei creditori, dei terzi, a norma degli artt. 2392 -2395 c.c. dovendosi escludere che il rapporto di servizio tra società partecipata e PA. sia immediatamente riferibile agli amministratori stante la rispettiva, diversa personalità giuridica, e dovendosi considerare che il danno cagionato dalla loro mala gestio è al patrimonio della società, che resta privato e autonomo da quello dei suoi soci. Ne deriva che l'azione di responsabilità nei confronti dei suoi amministratori esperibile dalla stessa previa delibera dell' assemblea (art. 2393 c.c.), ovvero dai suoi soci nel loro interesse, ma con diretto beneficio alla società (art. 2393 bis c.c.) appartiene alla giurisdizione ordinaria, salva, come innanzi evidenziato, la responsabilità amministrativa di costoro se non esercitano colpevolmente l'azione di responsabilità con pregiudizio al valore della partecipazione dell'ente che rappresentano, come conse-

guenza del danno al patrimonio sociale - che resta però un bene della società e non dei soci.

Corte di Cassazione, Sez.Pen., VI, 9.2.2012, n. 5006

Reato di peculato - auto blu - apprezabile pregiudizio - non sussiste.

L'assessore comunale che utilizza l'auto blu per effettuare una visita personale non commette il reato di peculato d'uso se non reca un apprezzabile pregiudizio all'Amministrazione.

Facendo riferimento alla più recente giurisprudenza di legittimità (7177/2011; 10233/2007; 9216 /2005), la sentenza in esame, valorizzando il principio di offensività che permea il diritto penale e considerando il carattere plurioffensivo del reato di peculato, che tutela sia l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione sia l'interesse all'integrità patrimoniale dell'Ente pubblico, esclude la sussistenza di detto reato quando l'uso momentaneo della cosa non abbia leso in modo apprezzabile gli anzidetti interessi.

Sulla base dell'interpretazione appena richiamata deve escludersi che l'uso dell'auto di servizio per il trasferimento dalla periferia al centro città (trasferimento comunque necessario per la restituzione del veicolo) al fine di compiere una visita privata, concretizzi il delitto di peculato d'uso, mancando quel minimo apprezzabile pregiudizio agli interessi tutelati dalla norma incriminatrice necessario per la consumazione del reato medesimo.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.9.2011, n. 5002

Gara pubblica per la scelta del contraente - Legittimo affidamento dei concorrenti - legittima revoca della gara - responsabilità precontrattuale della PA. per violazione doveri buona fede e correttezza - risarcibilità del solo interesse negativo.

Anche in caso di revoca della gara legittima, può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione *ex* art. 1337 c.c. per l'affidamento ingenerato nei concorrenti, i quali, solo a procedura quasi ultimata, hanno appreso informazioni, delle quali l'amministrazione era da tempo in possesso, idonee a far presumere che la gara sarebbe stata revocata.

Anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente, l'amministrazione conserva il potere di revocare la gara, per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa. La necessità e l'opportunità di procedere ad una nuova progettazione, costituiscono apprezzamenti espressivi della discrezionalità dell'amministrazione che, non apparendo né illogici né irrazionali, non possono essere oggetto di esame da parte del giudice. Il riconoscimento della legittimità della revoca, tuttavia, non esclude l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione *ex* art. 1337 c.c. per violazione dei doveri di lealtà, correttezza e buona fede. Più in particolare, i doveri di correttezza e buona fede di cui è espressione l'art. 1337 c.c., nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, si traducono in primo luogo nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara, in modo tempestivo, tutte le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento (tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara) sulla conclusione del procedimento.

Nel caso in cui l'amministrazione sia giunta a disporre di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara in una fase del procedimento di molto antecedente a quella in cui la relativa informazione è stata poi resa, tale comportamento non risulta coerente con il dovere di correttezza che deve permeare i rapporti con le parti private, con conseguente emersione della responsabilità precontrattuale. I principi di correttezza e buona fede, canonizzati dall'art. 1337 c.c., avrebbero infatti imposto che di tale nuova valutazione dell'interesse pubblico, e della conseguente probabile inadeguatezza della gara indetta, venissero tempestivamente edotti i concorrenti, ai quali, invece, la revoca è stata comunicata, senza precedenti avvisi, a gara pressoché ultimata. Il risarcimento riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.9.2011, n. 5002

Anche in caso di revoca della gara legittima, può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ex art. 1337 c.c. per l'affidamento ingenerato nei concorrenti, i quali, solo a procedura quasi ultimata, hanno ap-

preso informazioni, delle quali l'amministrazione era da tempo in possesso, idonee a far presumere che la gara sarebbe stata revocata.

Anche dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente, l'amministrazione conserva il potere di revocare la gara, per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa. La necessità e l'opportunità di procedere ad una nuova progettazione, costituiscono apprezzamenti espressivi della discrezionalità dell'amministrazione che, non apparendo né illogici né irrazionali, non possono essere oggetto di esame da parte del giudice. Il riconoscimento della legittimità della revoca, tuttavia, non esclude l'eventualità di un risarcimento per responsabilità precontrattuale dell'amministrazione *ex* art. 1337 c.c. per violazione dei doveri di lealtà, correttezza e buona fede. Più in particolare, i doveri di correttezza e buona fede di cui è espressione l'art. 1337 c.c., nel quadro di una procedura ad evidenza pubblica, si traducono in primo luogo nell'obbligo di rendere al partecipante alla gara, in modo tempestivo, tutte le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento (tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara) sulla conclusione del procedimento. Nel caso in cui l'Amministrazione sia giunta a disporre di informazioni idonee a configurare la fondata ipotesi della revoca della gara in una fase del procedimento di molto antecedente a quella in cui la relativa informazione è stata poi resa, tale comportamento non risulta coerente con il dovere di correttezza che deve permeare i rapporti con le parti private, con conseguente emersione della responsabilità precontrattuale. I principi di correttezza e buona fede, canonizzati dall'art. 1337 c.c., avrebbero infatti imposto che di tale nuova valutazione dell'interesse pubblico, e della conseguente probabile inadeguatezza della gara indetta, venissero tempestivamente edotti i concorrenti, ai quali, invece, la revoca è stata comunicata, senza precedenti avvisi, a gara pressoché ultimata. Il risarcimento riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima.

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 2.5.2011, n. 351

Utilizzo bene privato - risarcimento danno.

L'utilizzo di un bene privato da parte della pubblica amministrazione che, senza titolo, vi realizzi un'opera pubblica, comporta sia il risarcimento del danno per la perdita irreversibile della proprietà che quello per la mancata utilizzazione del bene. Il primo danno attiene alla perdita (definitiva) della proprietà, che avviene nel momento in cui è adottato il provvedimento di cui all'art. 43 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327 (norma dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza C. Cost. 293/010) o quando il privato rinuncia alla proprietà. Il secondo danno riguarda la mancata utilizzazione del bene (o del suo corrispondente valore monetario) per il periodo compreso tra l'inizio della occupazione senza titolo e la perdita della proprietà. Tale ulteriore voce di danno deve essere risarcita in modo pieno e completo ma, ovviamente, senza determinare duplicazioni o sovrapposizioni con il ristoro già insito nel risarcimento calcolato sulla perdita del bene. Occorre utilizzare, dunque, in mancanza di prova concreta da parte dei soggetti interessati di aver subito perdite maggiori, il consueto criterio degli interessi legali sul valore di mercato dell'immobile per il periodo di effettivo spossessamento, salvi gli accessori secondo legge fino al soddisfo, senza che si debbano applicare i criteri legali relativi alla ben diversa ipotesi dell'occupazione illegittima.

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, 2.5.2011, n. 351

Utilizzo senza titolo di un bene privato da parte della PA. - danno per perdita irreversibile della proprietà - danno per mancata utilizzazione del bene - risarcibilità di entrambe le voci di danno a ristoro del pregiudizio derivante al privato dall'attività illecita della PA.

L'utilizzo di un bene privato da parte della pubblica amministrazione che, senza titolo, vi realizzi un'opera pubblica, comporta sia il risarcimento del danno per la perdita irreversibile della proprietà che quello per la mancata utilizzazione del bene. Il primo danno attiene alla perdita (definitiva) della proprietà, che avviene nel momento in cui è adottato il provvedimento di cui all'art. 43 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327 (norma dichiarata costituzionalmente ille-

gittima con sentenza C. Cost. 293/010) o quando il privato rinuncia alla proprietà. Il secondo danno riguarda la mancata utilizzazione del bene (o del suo corrispondente valore monetario) per il periodo compreso tra l'inizio della occupazione senza titolo e la perdita della proprietà. Tale ulteriore voce di danno deve essere risarcita in modo pieno e completo ma, ovviamente, senza determinare duplicazioni o sovrapposizioni con il ristoro già insito nel risarcimento calcolato sulla perdita del bene. Occorre utilizzare, dunque, in mancanza di prova concreta da parte dei soggetti interessati di aver subito perdite maggiori, il consueto criterio degli interessi legali sul valore di mercato dell'immobile per il periodo di effettivo spossessamento, salvi gli accessori secondo legge fino al soddisfo.

TAR Sicilia, Catania, IV, 23.2.2012, n. 458

Giudizio amministrativo - responsabilità aquiliana dell'amministrazione che si sia conformata a una pronuncia giurisdizionale di primo grado poi annullata in appello - non sussiste.

Va esclusa la responsabilità aquiliana di un'amministrazione - e quindi anche la possibilità giuridica di riconoscere un contrapposto diritto al risarcimento in forma specifica o per equivalente - la cui condotta ha comportato la perdita definitiva di un bene-interesse avuto di mira da una delle parti in lite (nel caso di specie, l'aggiudicazione di una gara di appalto) ogniqualvolta la predetta amministrazione si sia esattamente conformata a una pronuncia giurisdizionale di primo grado che abbia annullato un procedimento di gara, giudicato successivamente legittimo dal giudice di secondo grado. Infatti, il pregiudizio subito dalla parte (che sia stata aggiudicataria in sede di gara, soccombente nel primo grado del giudizio e vittoriosa in appello) è da considerarsi la conseguenza di un danno lecito, giustificato dall'adempimento di un dovere.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Appello Regione Siciliana, 22.2.2012, n. 78/A.

Giudizio civile per *mobbing* promosso dal dipendente pubblico - condanna della PA. - danno erariale indiretto - giudizio contabile per responsabilità amministrativa e azione di rivalsa.

I responsabili della condotta mobbizzante che ha prodotto il danno erariale indiretto consistente negli oneri sostenuti dal Comune per far fronte alla soccombenza nel giudizio civile promosso dal terzo danneggiato per mobbing possono essere chiamati a rivalere l'amministrazione di detti oneri in sede contabile. In ogni caso, tuttavia, essendo i rapporti tra azione civile e azione di responsabilità amministrativa improntati all'assoluta autonomia (diverso petitum ed diversa causa petendi), il pagamento al terzo (conseguenza della condanna in sede civile) costituisce il presupposto dell'esercizio dell'azione di rivalsa da parte del procuratore regionale, ma deve essere operato, in sede contabile, un accertamento autonomo circa la sussistenza delle condizioni necessarie per pervenire ad una statuizione di condanna (il Giudice contabile può comunque trarre dal diverso giudizio civile elementi utili a formare il proprio libero convincimento ex art. 116 c.p.c.).

Corte dei Conti, Sez. Giur. Appello Regione Siciliana 13.2.2012 n. 61/A

Licenziamento illegittimo - condanna penale irrevocabile per abuso d'ufficio - giudizio civile di risarcimento danni conseguenti all'illegittimità del licenziamento - effetti del giudicato penale e del giudicato civile nel giudizio di responsabilità amministrativa - danno erariale indiretto - giudizio contabile per responsabilità amministrative e azione di rivalsa.

Il Sindaco che sia stato riconosciuto, in sede penale, colpevole del reato di abuso d'ufficio per aver illegittimamente revocato un incarico ad un pubblico dipendente può essere chiamato a rivalere l'amministrazione del danno indiretto ad essa causato e consistente negli oneri da questa sostenuti, in sede civile, a titolo di risarcimento danni per l'illegittimità del licenziamento. La statuizione di condanna per abuso di ufficio divenuta irrevocabile, in applicazione dell'art. 651 c.p.p., fa stato nel giudizio di responsabilità amministrativa con efficacia vincolante in merito alla sussistenza del fatto, alla sua antigiuridicità ed alla riferibilità soggettiva dello stesso. L'accertamento dell'illiceità penale del fatto, che ha efficacia di giudicato nel giudizio risarcitorio, contiene infatti in sé la verifica di un comportamento doloso. La determinazione del quantum risarcitorio, tuttavia, non può essere cristallizzata nell'ammontare determinato dal giudice civile, perché i rapporti tra azione civile ed amministrativa sono improntati all'assoluta autonomia.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, 24.1.2012, n. 26

Conferimento incarichi professionali a soggetti esterni alla PA. - principi e criteri legali per l'affidamento - conferimento dell'incarico in violazione della normativa - danno erariale - giudizio di responsabilità a carico di chi abbia deliberato il conferimento dell'incarico.

I principi e criteri da seguire nell'attribuzione di incarichi professionali a soggetti esterni all'amministrazione, sono, in linea di massima: a) il conferimento dell'incarico deve essere legato a problemi che richiedono conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze; b) l'incarico deve caratterizzarsi in quanto non implicante svolgimento di attività continuativa ma anzi la soluzione di specifiche problematiche già individuate al momento del conferimento dell'incarico del quale debbono costituire l'oggetto; c) l'incarico deve presentare le caratteristiche della specificità e della temporaneità; d) l'incarico non deve rappresentare uno strumento per ampliare fittiziamente compiti istituzionali e ruoli organici dell'ente; e) il compenso connesso all'incarico deve essere proporzionale all'attività svolta e non liquidato in maniera forfettaria; f) la delibera di conferimento deve essere adeguatamente motivata; g) l'incarico non deve essere generico od indeterminato; h) i criteri di conferimento non debbono essere generici. Ciascuno dei requisiti sopra indicati - lettere da a) ad h) - è essenziale ai fini della liceità dell'incarico, per cui l'accertamento del difetto di uno solo dei presupposti sopra indicati è sufficiente a qualificare il conferimento dell'incarico come illecito.

Le amministrazioni statali, gli enti pubblici nazionali non economici e le Regioni possono conferire incarichi a soggetti esterni solo nei casi espressamente previsti dalle leggi nazionali e regionali, oltre che nel rispetto dei limiti di spesa legislativamente previsti. La finalità delle numerose restrizioni normative in materia di conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione è duplice: da un lato si vuole evitare che l'affidamento di incarichi a terzi possa tradursi in forme atipiche di assunzione (con conseguente elusione delle disposizioni in materia di reclutamento ed assunzione); dall'altro si vuole evitare che sia affidato all'esterno l'espletamento di attività che ben potrebbero essere svolte da personale interno (con conseguente elusione delle disposizioni in materia di contenimento della spesa e spreco di risorse dell'ente pubblico, in violazione dell'art. 97 cost.). L'affidamento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione in elusione della normativa prevista e, quindi, in violazione delle regole generali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, costituisce illecito. Il danno erariale che ne consegue è addebitabile e ripartibile tra tutti coloro che, con colpa grave, abbiano causalmente contribuito alla delibera di conferimento dell'incarico illegittimo, salva la valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'Ente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1, co. 1 bis, l. n. 20/1994, in base al quale nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, 10.1.2012 n. 4

1) Rimborso delle spese di viaggio agli amministratori locali che risiedono fuori dal Comune ove prestano il proprio incarico - rilevanza della dimora abituale e non della residenza anagrafica - indebito il rimborso se l'amministratore risiede di fatto nel Comune ove presta il proprio incarico.

2) Danno all'immagine della pubblica amministrazione - esclusa la rilevabilità d'ufficio del difetto dei presupposti per l'azione di risarcimento del danno in assenza di apposita eccezione formulata dalla parte convenuta.

1) L'art. 84 del T.U.E.L. 18.8.2000 n. 267 stabilisce, al co. 3, che agli amministratori che risiedono fuori dal capoluogo del comune ove ha sede il rispettivo ente spetta il rimborso per le sole spese di viaggio effettivamente sostenute per la partecipazione ad ognuna delle sedute dei rispettivi organi assembleari ed esecutivi, nonché per la presenza necessaria presso la sede degli uffici per lo svolgimento delle funzioni proprie o delegate. La norma citata non fa riferimento alla residenza anagrafica e va intesa, per logica, come avente riguardo all'effettiva residenza dell'amministratore, posto che essa mira a renderlo indenne delle spese concretamente sostenute per recarsi dalla propria abitazione alla sede dell'ente ove e-

spleta il proprio incarico. Talchè non avrebbe senso, allo scopo, prendere in considerazione la residenza anagrafica ogni qual volta, di fatto, l'interessato abbia la propria dimora abituale nel comune ove si trova detta sede.
2) L'art. 17, co. 30 ter, del d.l. 1.7.2009 n. 78 convertito in l. 3.8.2009 n. 102 ha stabilito che le procure della Corte dei Conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001 n. 97. Secondo un'interpretazione che va consolidandosi in giurisprudenza, la disposizione ha, sotto un profilo sostanziale, circoscritto la risarcibilità del danno all'immagine provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti ai soli casi in cui la condotta illecita tenuta da costoro si sia sostanziata nella commissione di uno dei reati contro la PA indicati nell'art. 7 della legge 27 marzo 2001 n. 97 e, sotto l'aspetto processuale, ha condizionato la procedibilità dell'azione di responsabilità amministrativa al passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna. Il difetto dei presupposti in questione deve formare oggetto di espressa eccezione di nullità da parte del soggetto interessato, non essendo rilevabile d'ufficio. Con la conseguenza che, in assenza di eccezioni di nullità formulate dalla parte convenuta, la Corte può procedere all'esame della domanda di risarcimento del danno all'immagine della PA nel merito.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Appello Regione Siciliana, 12.12.2011, n. 371
Insussistenza in capo ai Comuni di competenze specifiche in materia di tutela e promozione dell'Italia all'estero - spese per missioni all'estero di amministratori comunali costituiscono danno erariale - responsabilità di coloro che le abbiano autorizzate.
La spesa concernente la missione all'estero di amministratori comunali non risponde ad alcun interesse specifico per la comunità municipale e va qualificata come danno erariale, riferibile ed imputabile a coloro che abbiano autorizzato la missione ed approvato il rendiconto di spesa.
In materia di tutela e promozione della cultura italiana all'estero, nessuna competenza cd. propria o attribuita è dato rinvenire in capo ai Comuni, cui è solo consentito di svolgere attività di mero rilievo internazionale nelle materie di competenza, comunicando agli enti sovraordinati ogni iniziativa in tal senso. Stato e Regioni rimangono gli unici titolari del potere di tutelare e promuovere la cultura, i beni culturali e la lingua italiana all'estero: il primo in termini generali di esercizio di un potere di relazione sul piano internazionale e di promozione del c.d. prodotto Italia all'estero; le seconde nei limiti di cui all'art.117 Cost. e con le modalità di cui alla l. n. 131/2003. Le spese concernenti missioni all'esterno da parte di amministratori comunali che non siano state coordinate, filtrate o autorizzate a livello regionale o statale si pongono, pertanto, al di fuori delle specifiche competenze del Comune e costituiscono un danno erariale che va risarcito.

Corte dei Conti, Emilia Romagna, parere 30.11.2011 n. 239
Affidamento all'esterno degli adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro - sanzione al Comune per violazione di detta normativa - rimborsabilità dell'ammontare dell'ammenda al Sindaco.
Il Comune deve restituire al Sindaco le somme da questi pagate a titolo di sanzione per l'accertata violazione della normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro qualora ottenga il rimborso di tali somme dalla Società che era stata incaricata di effettuare gli adempimenti in materia.
Quando sia accertato che il Comune abbia violato la normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro ed il Sindaco, nella sua qualità di rappresentante legale dell'Ente e quale soggetto datore di lavoro, sia stato intimato al pagamento di una sanzione, il Comune che inoltri ed ottenga il rimborso dell'ammontare dell'ammenda da parte della Società cui erano stati affidati gli adempimenti previsti dal d. lgs. 81/2008 deve rifondere il Sindaco delle somme da questi sborsate a tale titolo. In caso contrario, infatti, si avrebbe un ingiustificato arricchimento del Comune, a scapito del Sindaco. Viceversa, qualora il Comune ottenga dalla Società cui erano stati affidati gli adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro il risarcimento di altri pregiudizi subiti in conseguenza delle accertate violazioni, le ulteriori voci di risarcimento, superiori all'ammontare dell'ammenda pagata dal Sindaco, andranno ad esclusivo beneficio del Comune.

Corte dei Conti, Lombardia, parere 23.11.2011 n. 613

Trasformazione part time - *full time* rapporto di lavoro - discrezionalità amministrativa - limiti e differenziazioni.

La decisione se attuare o meno la trasformazione del rapporto di lavoro del dipendente pubblico da part time (24 ore) a tempo pieno (36 ore) attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella piena discrezionalità dell'Ente che, tuttavia, dovrà distinguere l'ipotesi del dipendente sin dall'origine assunto come part time da quella del dipendente che era stato assunto a tempo pieno, poi passato a part time, che infine chieda di tornare al regime a tempo pieno.

Per il personale assunto originariamente con contratto di lavoro a tempo parziale, la trasformazione a tempo pieno è assimilabile ad una nuova assunzione e potrà avvenire nel rispetto delle modalità e dei limiti previsti dalle disposizioni vigenti in tema di assunzioni (rispetto dei limiti di spesa, cessazione nell'anno precedente, etc.).

Per il personale originariamente assunto a tempo pieno e poi trasformato in part time, l'ulteriore trasformazione a tempo pieno non è assimilabile ad una nuova assunzione e, pertanto, con l'accordo del dipendente e dell'ente locale, è senz'altro ammessa, con l'unico limite del rispetto del parametro di spesa previsto dall'art. 14 d.l. 78, conv. in l. 122/2011.

Corte dei Conti, Emilia Romagna, parere 30.11.2011 n. 239

Rimborso sanzioni - sicurezza sul lavoro - Sindaco - Comune.

Il Comune deve restituire al Sindaco le somme da questi pagate a titolo di sanzione per l'accertata violazione della normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro qualora ottenga il rimborso di tali somme dalla Società che era stata incaricata di effettuare gli adempimenti in materia.

Quando sia accertato che il Comune ha violato la normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro ed il Sindaco, nella sua qualità di rappresentante legale dell'Ente e quale soggetto datore di lavoro, sia intimato al pagamento di una sanzione, il Comune che inoltri ed ottenga il rimborso dell'ammontare dell'ammenda da parte della Società cui erano stati affidati gli adempimenti previsti dal d. lgs. 81/2008 deve rifondere al Sindaco le somme da questi sborsate a tale titolo. In caso contrario, infatti, si avrebbe un ingiustificato arricchimento del Comune, a scapito del Sindaco. Viceversa, qualora il Comune ottenga dalla Società cui erano stati affidati gli adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro il risarcimento di altri pregiudizi subiti in conseguenza delle accertate violazioni, le ulteriori voci di risarcimento, superiori all'ammontare dell'ammenda pagata dal Sindaco, andranno ad esclusivo beneficio del Comune.

Corte dei Conti, Lombardia, parere 23.11.2011 n. 613

Trasformazione rapporto di lavoro - *part time* - tempi pieno - piena discrezionalità dell'Ente.

La decisione se attuare o meno la trasformazione del rapporto di lavoro del dipendente pubblico da part time (24 ore) a tempo pieno (36 ore) attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella piena discrezionalità dell'Ente che, tuttavia, dovrà distinguere l'ipotesi del dipendente sin dall'origine assunto come part time da quella del dipendente che era stato assunto a tempo pieno, poi passato a part time, che infine chiede di tornare al regime a tempo pieno.

Per il personale assunto originariamente con contratto di lavoro a tempo parziale, la trasformazione a tempo pieno è assimilabile ad una nuova assunzione e potrà avvenire nel rispetto delle modalità e dei limiti previsti dalle disposizioni vigenti in tema di assunzioni (rispetto dei limiti di spesa, cessazione nell'anno precedente, etc.).

Per il personale originariamente assunto a tempo pieno e poi trasformato in *part time*, l'ulteriore trasformazione a tempo pieno non è assimilabile ad una nuova assunzione e, pertanto, con l'accordo del dipendente e dell'ente locale, è senz'altro ammessa, con l'unico limite del rispetto del parametro di spesa previsto dall'art. 14 d.l. 78, conv. in L. 122/2011.

Corte dei Conti, Sez. Giur., Lombardia 24.1.2012, n. 26

Incarichi professionali a soggetti esterni - linee guida.

I principi e criteri da seguire nell'attribuzione di incarichi professionali a soggetti esterni all'amministrazione, sono, in linea di massima: a) il conferimento dell'incarico deve essere legato a problemi che richiedono conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze; b) l'incarico deve caratterizzarsi in quanto non

implicante svolgimento di attività continuativa ma anzi la soluzione di specifiche problematiche già individuate al momento del conferimento dell'incarico del quale debbono costituire l'oggetto; c) l'incarico deve presentare le caratteristiche della specificità e della temporaneità; d) l'incarico non deve rappresentare uno strumento per ampliare fittiziamente compiti istituzionali e ruoli organici dell'ente; e) il compenso connesso all'incarico deve essere proporzionale all'attività svolta e non liquidato in maniera forfettaria; f) la delibera di conferimento deve essere adeguatamente motivata; g) l'incarico non deve essere generico od indeterminato; h) i criteri di conferimento non debbono essere generici. Ciascuno dei requisiti sopra indicati - lettere da a) ad h) - è essenziale ai fini della liceità dell'incarico, per cui l'accertamento del difetto di uno solo dei presupposti sopra indicati è sufficiente a qualificare il conferimento dell'incarico come illecito.

Le amministrazioni statali, gli enti pubblici nazionali non economici e le regioni possono conferire incarichi a soggetti esterni solo nei casi espressamente previsti dalle leggi nazionali e regionali, oltre che nel rispetto dei limiti di spesa legislativamente previsti. La finalità delle numerose restrizioni normative in materia di conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione è duplice: da un lato si vuole evitare che l'affidamento di incarichi a terzi possa tradursi in forme atipiche di assunzione (con conseguente elusione delle disposizioni in materia di reclutamento ed assunzione); dall'altro si vuole evitare che sia affidato all'esterno l'espletamento di normali attività che ben potrebbero essere svolte da personale interno (con conseguente elusione delle disposizioni in materia di contenimento della spesa e spreco di risorse dell'ente pubblico, in violazione dell'art. 97 cost.). L'affidamento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione, in elusione della normativa prevista e, quindi, in violazione delle regole generali di impar-zialità e buon andamento , costituisce illecito. Il danno erariale che ne consegue è addebitabile e ripartibile tra tutti coloro che, con colpa grave, abbiano causalmente contribuito alla delibera di conferimento dell'incarico illegittimo, salva la valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'Ente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1, co. 1 *bis*, L. n. 20/1994, in base al quale *nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*.

Corte dei Conti, Sez. Giur. Appello Regione Siciliana, 12.12.2011, n. 371

Missione all'estero - ipotesi di danno erariale.

La spesa concernente la missione all'estero di amministratori comunali non risponde ad alcun interesse specifico per la comunità municipale e va qualificata come danno erariale, riferibile ed imputabile a coloro che abbiano autorizzato la missione ed approvato il rendiconto di spesa.

In materia di tutela e promozione della cultura italiana all'estero, nessuna competenza cd. propria o attribuita è dato rinvenire in capo ai Comuni, cui è solo consentito di svolgere attività di mero rilievo internazionale nelle materie di competenza, secondo l'ordinamento vigente, comunicando agli enti sovraordinati ogni iniziativa in tal senso. Stato e Regioni rimangono gli unici titolari del potere di tutelare e promuovere la cultura, i beni culturali e la lingua italiana all'estero: il primo in termini generali di esercizio di un potere di relazione sul piano internazionale e di promozione del c.d. prodotto Italia all'estero; le seconde nei limiti di cui all'art.117 Cost. e con le modalità di cui alla legge n. 131/2003. Le spese concernenti missioni all'esterno da parte di amministratori comunali che non siano state coordinate, filtrate o autorizzate a livello regionale o statale si pongono, pertanto, al di fuori delle specifiche competenze del Comune e costituiscono un danno erariale che va risarcito.

«::::::::GA::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Responsabilità esclusiva del Dirigente per le sanzioni amministrative irrogate per violazione della normativa in materia di "tutela della salute dei non fumatori". Non addebitabilità all'Amministrazione di appartenenza (Parere del 2.11.2010 prot. 335322 - Avv. Marco Stigliano Messuti - AL 12531/10).

RISPOSTA

Si chiede a questo Generale Ufficio se possano essere addebitate a codesta Autorità le sanzioni amministrative inflitte al dott. (omissis), Direttore del Servizio del Personale e delle Risorse Finanziarie, per il mancato aggiornamento dei cartelli "VIETATO FUMARE", così come invece previsto dalla l. 16.1.2003, n. 3, art. 51, dal d.p.c.m. di attuazione n. 12753 del 23.12.2003, dalla l. 30.12.2004, n. 311. Il Dirigente ha addotto a suo favore: a) che l'adeguamento dei cartelli di divieto di fumo concreta una attività di indirizzo politico-normativo, nella disponibilità dell'organo collegiale e non anche della Dirigenza Generale ai sensi dell'art. 12, coo. 2 e 4 lett. d), della delibera 316/02/CONS del 9 ottobre 2002: d'altra parte il modello di riferimento è contenuto nell'all. B) alla delibera 188/04/CONS del 9.6.2004, avente natura precettiva e non meramente esemplificativa del disposto legislativo e regolamentare; b) che con riferimento alla condotta in esame, sussiste un rapporto di immedesimazione organica tra Dirigenza Generale e Autorità: il comportamento contestato si assume come "compiuto nell'esercizio delle attribuzioni affidate […], così che vi sia stato un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere e il compimento dell'atto"; in altre parole, "il dipendente non avrebbe assolto ai suoi compiti se non ponendo in essere quella determinata" azione, donde la addebitabilità a carico della amministrazione delle sanzioni irrogate durante lo svolgimento delle dovute mansioni; c) che l'onere di adeguamento dei cartelli grava sull'Autorità, la quale avrebbe dovuto modificare la delibera 188/04, rendendola compatibile con la l. 16.1.2003, n. 3, art. 51, il d.P.C.M. di attuazione n. 12753 del 23.12.2003, e la l. 30.12.2004, n. 311; al contrario, il Direttore del Personale ha il solo dovere di sollecitare l'Autorithy a conformarsi rispetto alle determinazioni legislative, come opportunamente fatto il 18.11.2004 ed il 12.1.2005; d) che l'adozione di un cartello difforme rispetto ai requisiti di legge è avvenuta ad opera del precedente Capo del Servizio del Personale: questa violazione non sarebbe dunque imputabile all'attuale dirigenza. Tali obiezioni appaiono infondate. In primo luogo non si può considerare la delibera 188/04 come uno strumento di indirizzo politico-normativo, di competenza esclusiva di codesta Autorità ai sensi dell'art. 2, co. 10, della l. 14.11.1995, n. 481. Un atto politico è di necessità "un atto o provvedimento emanato dal governo, nell'esercizio del potere politico, anziché di attività meramente amministrativa"(CdS, Sez. V; 7.10.2009, n. 6167). Un atto, che ambisce ad esser ritenuto "politico", nonché fonte di un rapporto di identità funzionale tra pubblico dipendente ed Ammi-

nistrazione, deve addurre novità rispetto alle vigenti prescrizioni e non rispecchiare fedelmente queste ultime. La qualcosa, tuttavia, non si ravvisa con riferimento alla delibera 188, che non importa alcuna innovazione rispetto al d.P.C.M. del 23.12.2003. Tutt' al più essa si pone come "traduzione interna" per gli uffici dell'Autorità delle prescrizioni già vigenti in materia di divieto di fumo nei locali delle amministrazioni pubbliche: recita infatti l'art. 1, co. 1, della delibera 188/04/CONS: "L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di seguito denominata Autorità, con il presente regolamento si impegna a far rispettare il divieto di fumo stabilito dalle norme vigenti, in particolare, la l. 11.11.1975, n. 584 e successive modifiche ed integrazioni e la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 14.12.1995". Ne consegue l'assoluta specularità tra le previsioni del d.P.C.M. del 2003, punto 7, e quelle della delibera 188, art. 2 co. 4, in tema di caratteristiche generali del cartello "VIETATO FUMARE". A ciò si aggiunge che l'obbligo di conformazione rispetto alla vigente normativa deriva direttamente da quest'ultima e non anche dalla delibera collegiale. Così il TAR Lazio ha recentemente sostenuto che "la necessità di un adeguamento dei locali ai parametri tecnici indicati nel d.P.C.M. 23.12.2003 non discende" dall'atto amministrativo impugnato, "ma direttamente dalla l. 16.1.2003 n. 3 (art. 51)" (TAR Lazio, ord., 17.2.2005, n. 841). Dunque, con riferimento al caso di specie, i dirigenti sono immediatamente tenuti a conformarsi rispetto alle disposizioni del legislatore, senza attendere ulteriori interventi da parte delle autorità sovraordinate. Specularmente non possono invocare la necessità di intervento da parte dei predetti organi per giustificare le proprie manchevolezze rispetto agli obblighi di legge. Né si può obiettare la sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica tra dirigente ed amministrazione di appartenenza, cosicché alla stessa siano addebitate le sanzioni per illeciti amministrativi connessi alla attività lavorativa del primo: questi è tenuto ad agire in base alla normativa, legislativa e regolamentare, vigente, ancor di più se gli obblighi di comportamento e buona amministrazione sono dettati da quest'ultima. Infine, si rappresenta che la responsabilità amministrativa del dirigente non è "intuitu personae" e quindi riferibile a chi ricopriva l'incarico al tempo della condotta illecita. Al contrario, vige il principio funzionalistico in materia. Il punto 7 del d.P.C.M. del 2003 e l'art. 2, co. 4, della delibera 188/04/CONS impongono al Direttore del Servizio del Personale e Risorse Finanziarie, indipendentemente dal momento in cui questi abbia assunto l'incarico, un adeguamento del cartello "VIETATO FUMARE", indicando nello stesso il responsabile per l'accertamento delle sanzioni ed il suo sostituto, la normativa di legge vigente, le sanzioni attualizzate.

Spetta al dirigente generale avente funzione di capo del personale "ogni attività di gestione" dello stesso (CdS, Sez. IV, 30.6.2005, n. 3546), ivi inclusa l'attuazione di direttive del legislatore, immediatamente esecutive ed efficaci, volte a regolare la vita lavorativa negli uffici pubblici. D'altra parte il Direttore del Servizio Amministrazione e Personale di codesta Autorità è individuato dal regolamento interno come il responsabile dell' "organizzazione del lavoro, in attuazione delle norme regolamentari" (comb. disp. art. 21, co. 1 lett. d) e co. 2, e art. 23, co. 1, delibera 316/02/CONS). Relativamente al periodo in cui gli illeciti, amministrativi e disciplinari sono accertati, questi è responsabile di tutto quanto accade negli uffici, nulla importa l'origine del comportamento non conforme alla legge. La responsabilità del dirigente è funzionale e non personale, dacché il medesimo è tenuto a verificare la corrispondenza dei suoi uffici rispetto alle "prescrizioni contrattuali", alle "regole deontologiche previste per i dipendenti pubblici", alle "prescrizioni formali previste dal legislatore" (Direttiva del Ministro per le Riforme e le Innovazioni nella Pubblica Amministrazione del 6.12.2007, n. 8). Da ultimo va osservato, sotto un profilo di natura processuale, che la legittimazione passiva del Dirigente, si è consolidata per effetto dell'acquiescenza al provvedimento di rigetto del ricorso amministrativo dallo stesso proposto dinanzi al Prefetto di Roma.

Ne consegue che in via di rivalsa nessuna legittimazione passiva (obbligo di rimborso), fa capo a codesta Autorità. In conclusione, con riferimento all'obbligo di adeguamento dei

cartelli "VIETATO FUMARE" rispetto alle vigenti prescrizioni legislative e regolamentari, si ritiene che tale condotta è richiesta ai capi degli uffici direttamente dal legislatore, mentre non necessita un intervento ulteriore dell'organo collegiale. Per di più i dirigenti devono immediatamente conformarsi alla più recente normativa in quanto ciò pretende un corretto svolgimento del loro incarico. La loro responsabilità non è personale, ma funzionale: essa è legata al periodo dell'accertata violazione e non pure della condotta contestata. Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 28.10.2010.. (A.G.S. - Parere del 2 novembre 2010 prot. 335322 - AL 12531/10).

«::::::::: GA :::::::::»

DOMANDA

Istanze di rimborso delle spese legali ex art. 18 d.l. n. 67/97. Proscioglimento ex art. 425 co. 3 c.p.p. Spettanza. Parere del 12.10.2010 prot. 311287 - Avv. Stato Enrico De Giovanni - AL 36023/10.

RISPOSTA

L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli pone, per l'eventuale sottoposizione al Comitato Consultivo, un quesito in merito alla spettanza del rimborso delle spese legali richiesto da dipendenti di Amministrazioni statali ex art. 18 d.l. n. 67 del 1997 a fronte di sentenze penali di non luogo a procedere emesse ex art. 425 co. 3 del c.p.p. dal giudice dell'udienza preliminare. Come è noto il citato co. 3 così recita: "3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio". L'Avvocatura Distrettuale di Napoli, con due schemi di parere, riguardanti fattispecie analoghe sotto i profili che saranno approfonditi, esaminati ed approvati a maggioranza come posizione della medesima Avvocatura Distrettuale in riunione collegiale dell'11.8.2010, ritiene (si prende qui a riferimento il CS 950/09) che nel caso di specie dalla lettura della sentenza di non luogo a procedere si evince che "la responsabilità del prevenuto non risulta affatto esclusa, con riguardo alle ipotizzate fattispecie penali". Anzi, "dalla predetta sentenza emergono significativi elementi di sospetto" nonché "rilevanti elementi indiziari". Pertanto, prosegue l'Avvocatura distrettuale, giacché il G.U.P. "ha ritenuto una situazione processuale di insufficienza degli elementi di accusa "non è possibile, in relazione al "perentorio disposto dell'art. 18 d.l. 67/97, superare l'argine del formale proscioglimento" che quella norma richiede per la concessione del rimborso; non vi è in sentenza, infatti, la dimostrazione della "totale mancanza di responsabilità dell'imputato". Analoghe considerazioni valgono per l'altro schema di parere predisposto dall'Avvocatura distrettuale. Va immediatamente segnalato che nessun atto processuale è stato allegato alla richiesta di parere; non si dispone pertanto neanche delle sentenze di non luogo a procedere: si ritiene comunque di poter rendere un parere di massima, che, senza inerire specificamente a tutti i profili dei casi di specie, riguardi la generale possibilità che il rimborso in questione venga disposto in presenza di sentenza emessa ex art. 425 co. 3 c.p.p. In sostanza, volendo estrapolare un principio di ordine generale dal contenuto dello schema di parere sopra riassunto, nonché dell'altro di analogo contenuto che per brevità si intende cognito, può affermarsi che l'Avvocatura napoletana opina che il rimborso non può, in quel caso, essere concesso, tranne che dalla lettura della sentenza non emergano circostanze che consentano di escludere la responsabilità penale del richiedente il rimborso. Siffatta conclusione, pur se pregevolmente e ampiamente argomentata, non può essere condivisa per le ragioni di seguito esposte. La sentenza ex art. 425 co. 3 nel testo introdotto dall'art. 23 l. 16.12.1999, n. 479, costituisce, secondo la condivisibile lettura della giurisprudenza della Suprema Corte, decisione che attesta la circostanza che l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi probatori acquisiti a carico dell'imputato non appaiono ragionevolmente superabili nel dibattimento, con conseguente prognosi dell'inutilità del dibattimento in senso favorevole all'accusa (cfr. Cass. Pen. VI, sent. 45275/01; Cass. Pen. II, sent. 14034/08; Cass. pen. IV, sent. 46403/08); non vi è dubbio che qualora il

giudice possa invece pervenire ad un giudizio prognostico di innocenza dell'imputato la sentenza di non luogo a procedere debba emettersi ex art. 425 co. 1. In generale, in merito alla genesi della disposizione, giova ricordare che la norma contenente la regola di giudizio in questione, volta a guidare il passaggio dalla fase dell'udienza preliminare a quella del dibattimento, ha formato oggetto di discussione fin dal 1988, anno di entrata in vigore del codice di rito. Se si considerano, poi, gli effetti della triplice interpolazione di cui l'art. 425 c.p.p. è stato fatto oggetto (vedi l. 8.4.1993, n. 105; l. 16.12.1999, n. 479 e d.l. 7.4. 2000, n. 82, convertito con modificazioni nella l. 5.6.2000, n. 114), ben si comprende la complessità della regolamentazione che ne è scaturita, caratterizzata da formule normative eterogenee e ambivalenti: le conseguenti difficoltà interpretative, tuttavia, a giudizio di questo G.U. possono essere affrontate e risolte con particolare attenzione al rispetto dei principi costituzionali applicabili in subiecta materia e ad una corretta collocazione sistematica della singole norme. Appare utile al riguardo rammentare anche talune posizioni manifestatesi in dottrina in merito alla ricordata produzione normativa. In particolare si è affermato che il co. 3 dell'art. 425 c.p.p., introdotto dall'art. 23 della l. 16.12.1999, n. 479, appare ricollegabile a due diversi criteri di giudizio rinvenibili altrove nel codice di rito (Cfr. AMODIO, Lineamenti della riforma, in AA.VV., Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata, Milano 2000, 30-31): da un lato, al criterio di «insufficienza probatoria » previsto nell'art. 530 co. 2 c.p.p. in relazione all'assoluzione dibattimentale (in base al quale il giudice pronuncia l'assoluzione «anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova»); dall'altro, il criterio di «inidoneità probatoria» (l'espressione è di GREVI, Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale, in Riv. dir. proc. pen. 1990, 1274) previsto nell'art. 125 disp. att. per l'archiviazione (secondo cui «il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio»). Nel caso di specie ci si muove, evidentemente, nell'ambito del primo dei due criteri di giudizio. La sentenza di non luogo a procedere resa ex art. 425 co. 3 costituisce decisione che attesta la circostanza per cui l'insufficienza o conflittualità degli elementi probatori acquisiti a carico dell'imputato, non appaiono ragionevolmente superabili nel dibattimento, con conseguente prognosi dell'utilità nel dibattimento in senso favorevole all'accusa (di nuovo cfr. Cass. Pen., VI sez., sent. 45275/2001; Cass. Pen., II sez., sent. 14034/2008; Cass. Pen., IV sez., sent. 46403/2008). Presupposti per emettere sentenza di non luogo a procedere ai sensi della prima parte del co. 3 sono dunque non soltanto l'insufficienza o contraddittorietà delle prove, ma un giudizio prognostico del G.U.P. sugli sviluppi dibattimentali. La situazione di insufficienza o contraddittorietà in quanto tale non implica, dunque, pronuncia di non luogo a procedere in ogni caso, ma esclusivamente quando vi è la convinzione che l'incertezza non potrà essere risolta in dibattimento, perché il materiale presentato ha esaurito tutta la sua potenzialità (Cfr. APRILE, Giudice unico e processo penale. Commento alla legge «Carotti» 16.12.1999, n. 479, Milano 2000, 115 ss.). Dunque, se da un lato la sentenza di non luogo a procedere non accerta in modo definitivo che l'imputato non è colpevole del reato ascrittogli (tanto che è suscettibile di revoca, ex art. 434 c.p.p., nell'ipotesi in cui vengano scoperte nuove prove a carico), va altresì considerato che essa non concreta nemmeno un semplice provvedimento di tipo "processuale'', destinato null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero» (contra Corte Cost. 27.6.1997 n. 206). La dottrina ha infatti sottolineato che, a rigore, ciò vale unicamente nell'ipotesi in cui la sentenza de qua contenga un puro accertamento di rito, ossia quando il g.u.p. emani il proscioglimento poiché sussiste una causa «per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita». In tutti gli altri casi, il non luogo a procedere impedisce la piena cognizione sul merito sulla base di una valutazione che, tuttavia, ha ad oggetto il fatto addebitato all'imputato (così,

CARRERI, Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di rito o giudice di merito?, in Cass. pen. 1994, 2834 ss.). Si aggiunga che, in seguito alla riforma del 1999, larga parte della dottrina è giunta ad affermare che i nuovi poteri conferiti al g.u.p. hanno trasformato la sentenza di non luogo a procedere in un vero e proprio provvedimento di merito (ex multiis BASSI, I rapporti fra il giudizio di gravità in materia cautelare e il decreto che dispone il giudizio all'indomani della riforma del giudice unico, in Cass. pen. 2001, 353). La stessa Corte costituzionale, mettendo in evidenza come l'esigenza di completezza delle indagini, il potere di integrazione probatoria in capo al g.u.p. e le nuove cadenze delle investigazioni difensive siano «tutti elementi di novità che postulano, all'interno dell'udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato, e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde – quanto alla determinazione conclusiva – un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di «sommarietà» che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo ''stato degli atti''». In particolare, significativamente, la Corte rileva che «l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare, riposa, dunque, su una valutazione del merito della causa ormai non più distinguibile – quanto ad intensità e completezza del panorama delibativo – da quella propria di altri momenti processuali» (vedi Corte cost. n. 224 del 2001). Questa prospettiva appare confortata da autori come V. GAROFOLI, (Udienza preliminare e regole minime per evitare inutili dibatittimenti, in Diritto penale e processo, n. 5/2005, 533 ss.), il quale parla, in forza delle modifiche apportate con la legge c.d. Carotti, di "diversa e maggiore pregnanza" dell'udienza preliminare, di una "nuova fisionomia" tale da avvicinarla sempre di più ad un giudizio di merito, finalizzato a tracciare il discrimen tra colpevolezza e innocenza (l'autore considera, in particolare, i nuovi poteri istruttori consegnati al G.U.P. ai sensi dell'art. 421-bis e 422 c.p.p.). Alle considerazioni finora svolte altre due se ne devono aggiungere, di estrema rilevanza. Argomento di fondamentale importanza che spinge a sostenere la tesi della esclusione della responsabilità del dipendente prosciolto ai sensi del terzo comma dell'art. 425 c.p.p. prima parte, è la lettura di tale disposizione all'interno del sistema delle sentenze di non luogo a procedere messe dal GUP. È del tutto logico, infatti, equiparare la suddetta ipotesi alle altre delineate dal comma 1 dell'art. 425, come uno dei casi, ex multiis, di esclusione della responsabilità, se si presta la dovuta attenzione al contesto ordinamentale, che comunque, è bene ribadirlo, è retto dal principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.. La sentenza di non luogo a procedere, resa ex art. 425 co. 3, è senz'altro sentenza di non accertata colpevolezza, e, letta in combinato disposto con l'art. 27 della Costituzione, sentenza di non accertata responsabilità. Si tratta, come è agevole intuire, di una fattispecie per più versi differente da quella rappresentata da una sentenza che, pur affermando la responsabilità, neghi, poi, la punibilità, come accadrebbe ad esempio se il reato in questione fosse prescritto o la querela rimessa. A nulla servirebbe obbiettare a ciò che la sentenza di non luogo a procedere è ricorribile per cassazione da parte dell'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso (lett. b, co. 1, dell'art. 428, rubricato "impugnazione della sentenza di non luogo a procedere", così sostituito dall'art. 4 della l. 20.2.2006, n. 46). Dal tenore di questa norma si ravvisa infatti il diritto dell'imputato a vedersi prosciolto con una assoluzione piena, dal momento che si nega l'impugnabilità solamente nei casi del co. 1 dell'art. 425; pertanto, poiché anche all'interno del comma 1 si ritrovano formule che esprimono una assoluzione vera e propria (se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato) e danno comunque luogo a impugnabilità, evidentemente con la norma di cui alla lett. b, comma 1, dell'art. 428 il legislatore ha inteso equiparare, o comunque assimilare, la sentenza ex art. 425 co. 3 a queste ultime. Altro argomento che appare comunque decisivo ex se scaturisce dalla constatazione che il rimborso ex art. 18 d.l. 67/97 spetta, senza dubbio alcuno,

ai dipendenti di Amministrazioni statali che siano stati assolti in sede dibattimentale dopo aver subito un rinvio a giudizio da parte del g.u.p.; negando il rimborso nei casi previsti dall'art. 425 co. 3 c.p.p. ci si troverebbe dinanzi all'incongrua e illogica situazione di concedere il beneficio a chi abbia tenuto una condotta rispetto alla quale erano emersi elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio e di negarlo a coloro nei cui confronti tale situazione non si era neanche verificata, finendo con il cagionare una disparità di trattamento in danno di soggetto più meritevole di essere tenuto indenne dalle spese legali. Ad abundantiam si sottolinea ancora che la decisione ex co. 3 art. 425 in parola appare ontologicamente connessa ad una valutazione che non giunge ad affermare l'innocenza dell'imputato, cosicché l'indagine, pur acutamente svolta dall'Avvocatura Distrettuale, in merito agli specifici contenuti della sentenza non appare necessaria: lo schema normativo, infatti, è tale da escludere in radice, a fronte di una decisione ex co. 3 art. 425, la possibilità di rinvenire in motivazione affermazioni di piena esclusione della responsabilità penale dell'imputato. Tutto ciò premesso si ritiene che la norma in parola debba necessariamente essere interpretata ed applicata alla luce dell'art. 27, secondo comma della Costituzione, in virtù del quale "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". La presunzione di innocenza si riverbera dunque sul significato e valore da attribuire alla decisione di non doversi procedere ex art. 425, co. 3; poiché o si è innocenti o colpevoli (dopo la condanna definitiva), la circostanza che venga meno la pendenza di un giudizio penale poiché non vi sono elementiidonei a sostenere l'accusa in giudizio non può che determinare la conseguenza che il prosciolto debba essere considerato innocente, il che significa che tale decisione è idonea ad escludere la responsabilità dell'agente concretandosi, così, il presupposto richiesto dall'art. 18 d.l. 67/97 per la concessione del rimborso delle spese legali.
In tal senso si è espresso il Comitato Consultivo nella seduta del 30.9.2010. (A.G.S. - Parere del 12.10.2010 prot. 311287 - AL 36023/10).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

ESPOSIZIONE DEBITORIA DELLE REGIONI, PROVINCE E COMUNI: PUBBLICATI I RISULTATI DELL'INDAGINE SULL'ENTITÀ DEI MUTUI CONTRATTI DAGLI ENTI TERRITORIALI PER IL FINANZIAMENTO DEGLI INVESTIMENTI PUBBLICI

La Ragioneria Generale dello Stato ha pubblicato l'aggiornamento relativo all'anno 2010 dell'indagine statistica sull'entità dei mutui concessi alle Regioni, alle Province autonome e agli Enti Locali per il finanziamento degli investimenti pubblici e sul livello della relativa esposizione debitoria. L'indagine in particolare mostra un incremento dello stock delle passività a carico degli enti territoriali relativamente ai mutui: considerando congiuntamente regioni ed enti locali, il debito residuo al 1° gennaio 2011 è pari a 67,9 miliardi di euro a fronte dei 66,6 miliardi registrati al 1.1.2010, con un incremento dello 0,1 per cento del PIL. Sostanzialmente stabile, invece, lo stock dei prestiti obbligazionari: da 13,4 a 13,3 miliardi (Ragioneria Generale dello Stato, pubblicazione statistica del 21.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

IMU: COME SI APPLICA L'IMPOSTA MUNICIPALE PROPRIA PER L'ANNO 2012

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento delle Finanze oltre alla circolare n. 3/DF consultabile dai nostri lettori nelle news pubblicate nella giornata di ieri, ha diramato anche un utile Vademecum che in sintesi traccia le linee fondamentali sulle modalità di applicazione dell'imposta municipale propria per l'anno 2012, con casi pratici ed indicazioni sulle modalità di compilazione dei modelli F24 per i relativi versamenti (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Vademecum sull'IMU del 18.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

IMU: IL MINISTERO INTERVIENE CON I NECESSARI CHIARIMENTI

L'oggetto dell'IMU, il presupposto impositivo, i soggetti passivi, la base imponibile, le aliquote, l'abitazione principale e le relative pertinenze, il versamento questi ed altri gli argomenti sui quali il Ministero si è premurato di fare chiarezza con la circolare sopra linkata. (Ministero dell'economia e delle finanza, circolare n. 3/DF del 18.5.2012 su www.gazzettaamministrativa.it).

«::::::::: GA :::::::::»

COSTRUZIONE ED APPROVAZIONE DEL BILANCIO 2012 DEGLI ENTI LOCALI: IL MINISTERO DIVULGA I DATI PROVVISORI DI ATTRIBUZIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE

Per consentire agli enti locali di avere un riferimento quantitativo sul quale avviare la costruzione ed approvazione del bilancio 2012, pur in assenza dei decreti di ripartizione del fondo sperimentale di riequilibrio, il Ministero ha divulgato una proiezione dei dati di attribuzione delle risorse finanziarie per l'anno 2012. Poiché l'iter istruttorio dei decreti non si è ancora completato i dati sono da considerare provvisori ed oggetto di possibili modifiche. In ogni caso ne va effettuata una valutazione coordinata con le stime relative al gettito IMU divulgate dal MEF-Dipartimento delle finanze sul proprio sito (Ministero

dell'Interno, Dip. Affari Interni e territoriali, aggiornamento 9.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

PUBBLICATO IL RIPARTO DELLE RISORSE STATALI A SOSTEGNO DELL'ASSOCIAZIONISMO COMUNALE IN FAVORE DELLE REGIONI

Il Ministero dell'Interno ha pubblicato l'elenco sopra linkato delle risorse statali a sostegno dell'associazionismo comunale, per l'anno 2012, a favore delle Regioni individuate ai sensi dell'intesa n. 41 del 15.3.2012 sancita in sede di Conferenza Unificata (Ministero dell'Interno, Dip. per gli Affari Interni e Territoriali, comunicato 8.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

AGENZIA DELLE ENTRATE: IN ARRIVO OLTRE 2 MILIARDI DI RIMBORSI IVA PER LE IMPRESE

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze mette a disposizione circa 2,2, miliardi di euro, per pagare i rimborsi di crediti Iva. in particolare 400 milioni di euro saranno erogati già nei prossimi giorni, mentre 1,8 miliardi verranno pagati a partire dalla seconda metà del mese di maggio (Agenzia delle entrate, comunicato stampa 4.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

SONO ENTRATI IN VIGORE I LIMITI AGLI STIPENDI DEI DIPENDENTI DELLA PA.

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.P.C.M. recante il limite massimo retributivo per emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con le pubbliche amministrazioni Statali.

Da ieri, pertanto, sono in vigore le nuove disposizioni che limitano non solo il trattamento retributivo percepito annualmente ma anche le indennità e le voci accessorie nonché le remunerazioni per incarichi ulteriori o consulenze conferite da amministrazioni pubbliche diverse da quella di appartenenza (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.3.2012, G.U. n. 89 del 16.4.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

IMU: AVVIATA LA PROCEDURA DI TRASMISSIONE TELEMATICA DEI REGOLAMENTI E DELLE DELIBERE DI APPROVAZIONE DELLE ALIQUOTE

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in una nota della Direzione Federalismo Fiscale, ha comunicato l'avvio della procedura di trasmissione telematica dei regolamenti e delle delibere di approvazione delle aliquote concernenti l'imposta municipale propria (IMU) (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Direzione Federalismo Fiscale, comunicato 14.4.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

VERSAMENTO DIRETTO AI COMUNI DEGLI INTROITI DELL'ADDIZIONALE COMUNALE ALL'IRPEF: COMUNICAZIONE DEI DATI RELATIVI AL CONTO CORRENTE POSTALE

Il Ministero dell'Interno rende noto che con la circolare F.L. 29 dell'11.12.2007 sono state diramate le disposizioni in merito alla comunicazione dei dati relativi al conto corrente postale dedicato agli introiti dell'addizionale comunale all'IRPEF necessari per consentirne il versamento diretto ai comuni. Sono interessati alla nuova modalità di trasmissione esclusivamente gli enti che non hanno ancora prodotto il modello A o che devono indicare un nuovo codice IBAN diverso da quello originariamente trasmesso (Ministero dell'Interno, Dip. Affari interni e territoriali, comunicato del 16.4.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

MANUTENTORE UNICO: ISTRUZIONI SULLA CORRETTA COLLOCAZIONE CONTABILE DELLE RISORSE FINANZIARIE DA DESTINARE AGLI INTERVENTI MANUTENTIVI SUGLI IMMOBILI PUBBLICI IN USO ALLE AMMINISTRAZIONI

Pubblicate dalla Ragioneria Generale dello Stato le istruzioni per l'attuazione dell'art. 12

del d.l. 6.7.2011, n. 98, che attribuisce all'Agenzia del demanio, quale manutentore unico, le decisioni di spesa relative agli interventi manutentivi da effettuare sugli immobili pubblici in uso alle Amministrazioni (Ragioneria Generale dello Stato, circolare 5.4.2012, n. 13).

«::::::::: GA :::::::::»

PRIME INDICAZIONI SULLE NUOVE MODALITÀ DI SCELTA DEI REVISORI DEI CONTI DEGLI ENTI LOCALI

Il Ministero dell'Interno ha emanato le prime indicazioni atte ad uniformare le procedure applicative su tutto il territorio nazionale in materia di istituzione elenco dei revisori dei conti degli enti locali e modalità di scelta dell'organo di revisione economico finanziaria (Ministero dell'Interno, Dip. Affari Interni e Territoriali, circolare 5.4.2012, n. F).

«::::::::: GA :::::::::»

SOSPESO FINO AL 2014 IL REGIME DELLA TESORERIA UNICA MISTA CON APPLICAZIONE DELLA TESORERIA UNICA TRADIZIONALE: IL MINISTERO CHIARISCE TEMPI E MODALITÀ

Con la circolare n. 11/2012 il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato rende noto che i pagamenti alla Tesoreria Unica Statale dovranno pervenire entro il 16.4.2012. In particolare il MEF precisa che gli Enti interessati dalla tesoreria unica tradizionale sono gli stessi previsti dalla tesoreria unica mista ovvero per esempio: 1) comuni, con esclusione di quelli con popolazione inferiore a 5.000 abitanti che non usufruiscono di contributi statali; 2) autorità d'ambito; 3) autorità portuali; 4) aziende sanitarie e aziende ospedaliere; 5) policlinici universitari; 6) università statali e istituti di istruzione universitaria; 7) comunità montane, con popolazione complessiva montana non inferiore a 10.000 abitanti; 8) consorzi istituiti per l'esercizio di funzioni ove partecipino province e comuni con popolazione complessiva non inferiore a 10.000 abitanti, nonché altri enti pubblici; 9) Province; 10) Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano; 11) Unioni di comuni con popolazione complessiva non inferiore a 10.000 abitanti. A tal fine sono stati attivati i sottoconti fruttiferi delle contabilità speciali di tesoreria unica intestate ai singoli enti. Per quanto attiene ai versamenti delle disponibilità depositate presso i tesorieri o i cassieri degli enti interessati devono pervenire alla tesoreria statale entro il 16 aprile precisando pero' che in considerazione dei tempi di regolazione previsti dal protocollo d'Intesa stipulato tra la Banca d'Italia e l'Abi è necessario che l'operazione sia disposta entro il giorno lavorativo precedente, ovvero il 13 aprile. Questi ed altri i chiarimenti contenuti nella circolare del MEF sopra linkata (MEF, Dipartimento della RGS, circolare n. 11/2012 su www.gazzettaamministrativa.it).

«::::::::: GA :::::::::»

TAGLI ALLE RISORSE DEI COMUNI CON POPOLAZIONE SUPERIORE A 5.000 ABITANTI

E' stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 72 del 26.3.2012 il decreto del Ministero dell'Interno 22.3.2012 recante determinazione delle riduzioni di risorse per i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti a decorrere dall'anno 2012. A decorrere dall'anno 2012 sarà pertanto applicata la riduzione di 2.500 milioni di euro annui per i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, con criterio di proporzionalità rispetto alle risorse finanziarie attribuite per l'anno 2011. La base di calcolo della riduzione è costituita: a) dal totale delle somme attribuite per l'anno 2011 a titolo di federalismo fiscale ed a titolo di trasferimenti erariali, per i comuni ricadenti nei territori delle regioni a statuto ordinario; b) dal totale delle attribuzioni per l'anno 2011 a titolo di trasferimenti erariali, per i comuni ricadenti nei territori delle regioni Sicilia e Sardegna. A tale base si somma poi l'importo della riduzione di risorse già operata per l'anno 2011. Sono escluse dalla base di calcolo della riduzione le somme attribuite a titolo di 5 per mille dell'Irpef, anno d'imposta 2008,

destinate ai comuni per il sostegno delle attività sociali, nonché le quote di addizionale all'Irpef attribuite ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 4, co. 4 ter, del d.l. 25.1.2010, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 26.3.2010, n. 42, in quanto si tratta di somme che non costituiscono trasferimenti erariali. L'importo della riduzione per ciascun comune è determinato rapportando la riduzione complessiva dei 2.500 milioni di euro al totale della base di calcolo di cui ai commi precedenti e, quindi, con una percentuale di riduzione del 19,492 per cento. Per i comuni ricadenti nei territori delle regioni a statuto ordinario, l'importo delle riduzioni è portato in diminuzione, a decorrere dall'anno 2012, delle risorse finanziarie attribuite dal Ministero dell'interno a titolo di federalismo fiscale municipale ed a titolo di trasferimenti erariali. Per i comuni ricadenti nei territori della Sicilia e della Sardegna, gli importi delle riduzioni, sono applicati, a decorrere dall'anno 2012, in sede di determinazione dei trasferimenti erariali (Decreto Ministero dell'Interno 22.3.2012, G.U. n. 72 del 26.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

CRITERI E MODALITÀ PER LA RIPARTIZIONE DEL FONDO SPERIMENTALE DI RIEQUILIBRIO DEI COMUNI PER L'ANNO 2012

E' stato pubblicato l'accordo siglato nella Conferenza Stato-stato città ed autonomie locali per la ripartizione del fondo sperimentale di riequilibrio dei comuni per l'anno 2012 sopra linkato (Ministero dell'Interno, Dip. degli Affari Interni e Territoriali, comunicato del 21.3.2012 su www.gazzettaamministrativa.it)

«::::::::: GA :::::::::»

CHIARIMENTI SULLE ULTIME NOVITÀ IN MATERIA DI CHIUSURA DEL-LE LITI FISCALI MINORI

L'Agenzia dell'Entrate con la circolare in commento fornisce chiarimenti in merito agli effetti della modifica normativa introdotta dall'art. 29, co. 16 bis, del d.l. 29.12.2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla l. 24.2.2012, n. 14, che ha apportato alcune modifiche all'art. 39, co. 12, del d.l. 6.7.2011, n. 981, ridisegnando in parte il perimetro applicativo della definizione delle liti minori. Nella circolare in parola, tra l'altro, si precisa l'ampliamento delle liti definibili, gli effetti sulla sospensione delle liti e dei termini, la proroga dei versamenti ecc. (Agenzia delle Entrate, circolare 15.3.2012, n. 7/E).

«::::::::: GA :::::::::»

DIFFERITA AL 30.6.2012 LA DELIBERAZIONE DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI DEL BILANCIO DI PREVISIONE PER L'ANNO 2012

Il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali informa che il co. 16 quater dell'art. 29 del d.l. 29.12.2011 n. 216, aggiunto dalla legge di conversione 24.2.2012 n. 14, ha previsto che Il termine per la deliberazione del bilancio di previsione per l'anno 2012 da parte degli enti locali e' differito al 30.6.2012 (Ministero dell'Interno, Dip. per gli Affari Interni e Territoriali, comunicato 6.3.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

EROGATO AI COMUNI L'ACCONTO PREVISTO DALL'ART. 4, CO. 7, DEL D.L. 2.3.2012, N. 16

Il Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali rende noto che si e' proceduto all'erogazione degli acconti che per i comuni appartenenti alle regioni a statuto ordinario è commisurato al 70 per cento dell'importo pagato in data 1.3.2011 ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 2, co. 45, del d.l. 29.12.2010, n. 225, convertito dalla legge 26.2.2011, n. 10, mentre l'acconto dei comuni appartenenti alla regione Sicilia e Sardegna è commisurato al 70 per cento dell'importo pagato nel primo trimestre dell'anno 2011 a titolo di contributo ordinario, contributo perequativo, contributo consolidato e contributo a valere sui fondi per il federalismo amministrativo di parte corrente e di parte capitale. Infine, viene segnalato che ai sensi del successivo co. 8, del citato art. 4, del d.l. n. 16 del 2012, nei confronti dei comuni per i

quali i trasferimenti erariali o le risorse da federalismo fiscale da corrispondere nell'anno 2012 risultino insufficienti a recuperare l'anticipazione corrisposta ai sensi del co. 7, il recupero è effettuato da parte dell'Agenzia delle entrate, sulla base dei dati relativi a ciascun comune come comunicati dal Ministero dell'interno, all'atto del riversamento agli stessi comuni dell'imposta municipale propria di cui all'art. 13 del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito dalla legge 22.12.2011, n. 214 (Ministero dell'Interno, Dip. per gli Affari Interni e Territoriali, comunicato 6.3.2012)

«::::::::: GA :::::::::»

PATTO DI STABILITÀ INTERNO: IL MINISTERO HA AUTORIZZATO LA RIDUZIONE DEGLI OBIETTIVI ANNUALI DEGLI ENTI LOCALI

La Ragioneria Generale dello Stato rende noto che e' stato firmato il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, che autorizza la riduzione degli obiettivi annuali degli enti locali soggetti al patto di stabilità interno per l'anno 2011, ai sensi del comma 122 dell'art. 1 della l. 13.12.2010, n. 220, come sostituito dall'art. 7, co. 5, del d. lgs. 6.9.2011, n. 149. In attesa della pubblicazione in G.U., la Ragioneria Generale dello Stato ha ritenuto utile diffondere il testo del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, del 24.2.2012 concernente la riduzione degli obiettivi annuali degli enti locali soggetti al patto di stabilità interno per l'anno 2011, ai sensi del co. 122 dell'art. 1 della l. 13.12.2010, n. 220, come sostituito dall'art. 7, co. 5, del d. lgs. 6.9.2011, n. 149. Al fine di acquisire il nuovo obiettivo, rideterminato ai sensi del presente decreto, l'ente deve accedere al sistema web, appositamente previsto per il patto di stabilità interno nel sito http://pattostabilitainterno.tesoro.it, richiamare (dal menù Rilevazione modello) il modello obiettivi in variazione e dare conferma (MEF, Ragioneria Generale dello Stato, comunicato del 27.2.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

ISTITUITI I CODICI TRIBUTO PER IL VERSAMENTO DEL CONTRIBUTO DI SOLIDARIETÀ

Con la l. 14.9.2011, n. 148 (di conversione del d.l. n. 138/2011) e' stato previsto a decorrere dal 1.1.2011 al 31.12.2013 a carico di coloro che hanno un reddito complessivo superiore ad euro 300.000,00 lordi annui un contributo di solidarietà del 3% sulla parte eccedente il predetto importo. L'Agenzia delle Entrate con la risoluzione in esame ha istituito il codice tributo che consente al sostituto d'imposta il versamento tramite modello F24 e F24EP del contributo di solidarietà per redditi di lavoro dipendente e assimilati (Agenzia delle Entrate, risoluzione 9.1.2012, n. 4/E).

«::::::::: GA :::::::::»

PUBBLICATA SULLA GAZZETTA UFFICIALE, LA L. 22.12.2011 N. 214 DI CONVERSIONE IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DEL D.L. 6.12.2011, N. 201, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI PER LA CRESCITA, L'EQUITÀ E IL CONSOLIDAMENTO DEI CONTI PUBBLICI

(L. n. 214/2011 in G.U. n. 300 del 27.12.2011 - Suppl. Ordinario n. 276).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

IL NUOVO TRIBUTO RES EVOLUZIONE E TRASFORMAZIONE DELLA TASSAZIONE LOCALE SUI RIFIUTI E RELATIVA IMPOSTA SUI SERVIZI INDIVISIBILI

del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi

Illustrazione del testo normativo. Approfondimenti tematici, focus e considerazioni generali.

Illustration of the regulatory text. Thematic analysis, focus and general considerations.

Sommario: 1. Illustrazione introduttiva - 2. Considerazioni di carattere generale - 3. Conclusioni.

1.Illustrazione introduttiva.

L'art. 14 del d.l. 201/2011 come convertito dalla l. n. 214 del 22.12.2011 sancisce che a decorrere dal 1.1.2013 è istituito in tutti i comuni del nostro Paese il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi a copertura dei costi relativi al servizio della gestione dei rifiuti urbani e assimilati avviati allo smaltimento, nonché dei costi relativi ai servizi indivisibili dei comuni.

Il titolare dell'obbligazione tributaria è il comune nel cui territorio è individuabile interamente o prevalentemente la superficie degli immobili ovvero aree scoperte assoggettabili al tributo in quanto suscettibili di produrre rifiuti urbani.

L'assoggettabilità del tributo è corrispondente alla detenzione od occupazione in via esclusiva, di detti beni immobiliari con vincolo solidaristico tra i componenti del nucleo familiare e tra coloro che usano in comune gli stessi.

La tariffa a base del calcolo del tributo dovuto è commisurata alla qualità e quantità media ordinaria di rifiuti prodotti relativamente agli usi e alla tipologia di attività svolta in base a criteri determinati con un regolamento da emanarsi entro il 31.12.2012 su proposta congiunta dei Ministeri dell'Economia e dell'Ambiente sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali.

In tale Regolamento verranno stabiliti i criteri per l'individuazione del costo del servizio di gestione dei rifiuti e per la determinazione della tariffa.

Il citato regolamento vedrà la propria applicazione con decorrenza dall'anno successivo alla data della sua entrata in vigore.

La tariffa quindi si compone di due quote tali da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento ed esercizio. La quota relativa alla quantità di rifiuti e la quota definita in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio di gestione dei rifiuti relativamente agli investimenti per le spese e relativi ammortamenti.

Alla citata tariffa si applica una maggiorazione pari a 0,30 euro a metro quadro necessaria per coprire i costi relativi ai servizi indivisibili dei comuni ed eventualmente aumentare con delibera del consiglio comunale la maggiorazione fino a 0,40 euro graduando in ragione della tipologia ed ubicazione dell'immobile.

Con decorrenza 2013 il fondo sperimentale di riequilibrio e il fondo perequativo, ai sensi del decreto legislativo n. 23/2011, sono ridotti in misura corrispondente al gettito derivante dalla maggiorazione standard di 0,30 a metro quadro.

Ogni comune, con proprio regolamento, può prevedere riduzioni tariffarie in misura

massima del 30% per una serie di casistiche ben definite: abitazioni con unico occupante; abitazioni a disposizione per uso stagionale e/o discontinuo; locali diversi da abitazioni o aree scoperte in uso stagionale; abitazioni occupate da soggetti residenti all'estero per più di sei mesi l'anno; fabbricati rurali ad uso abitativo.

Nella zona dove non si effettua regolarmente la raccolta rifiuti il tributo non può essere superiore al 40% della tariffa determinata generalisticamente con eventuale graduazione in base alla distanza dal punto più vicino di raccolta dove il servizio viene garantito.

Altra opportunità offerta dalla norma consiste nella delibera che il consiglio comunale può porre in essere per sostanziare ulteriori esenzioni e riduzioni.

Tali agevolazioni sono iscritte in bilancio come autorizzazioni di spesa con relativa copertura assicurata da risorse diverse dai proventi propri del tributo di competenza dell'esercizio al quale si riferisce l'iscrizione stessa.

Il tributo è dovuto nella misura massima del 20% della tariffa stabilita nel caso in cui sussiste il mancato svolgimento del servizio gestione rifiuti, ovvero con l'effettuazione dello stesso in grave violazione della disciplina di riferimento nonché nel caso di interruzione del servizio per motivi sindacali o per imprevedibili impedimenti organizzativi che abbiano cagionato una situazione riconosciuta dall'autorità sanitaria di danno e concreto pericolo alle perone e all'ambiente.

Il consiglio comunale è tenuto ad approvare le tariffe del tributo entro il termine fissato da norme statali per l'approvazione del bilancio di previsione in conformità al piano finanziario del servizio di gestione dei rifiuti urbani redatto dal soggetto che svolge il servizio medesimo ed approvato dall'autorità competente.

Per il servizio di gestione dei rifiuti assimilati prodotti da soggetti che detengono o occupano temporaneamente previa autorizza zione ovvero in assenza della stessa, locali o aree pubbliche o in uso pubblico, i comuni stabiliscono con il proprio regolamento le modalità di applicazione del tributo su base tariffaria giornaliera.

Per definizione l'occupazione o detenzione viene qualificata temporanea quando si protrae per periodi inferiori a 183 giornate nel corso dello stesso anno solare.

La misura tariffaria si determina in base alla tariffa annuale del tributo parametrata a giorno con eventuale maggiorazione di importo percentuale non superiore al 100%.

Viene fatta altresì salva l'applicazione del tributo provinciale per l'esercizio delle funzioni di tutela, protezione ed igiene dell'ambiente ai sensi del vigente art. 19 del d. lgs. 504/92.

Nel caso in cui i comuni abbiano realizzato sistemi di misurazione analitica e puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico possono previo ricorso a Regolamento prevedere l'applicazione di una tariffa avente natura corrispettiva in luogo del tributo.

Il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi è versato esclusivamente al comune per l'anno di riferimento normalmente, in assenza di specifica deliberazione comunale, in quattro rate trimestrali cadenti a gennaio, aprile, luglio e ottobre mediante bollettino di conto corrente postale ovvero con modello unificato si consente il pagamento in unica soluzione entro il mese di giugno di ogni anno.

2.Considerazioni di carattere generale.

Il nuovo tributo comunale su rifiuti e servizi denominato RES entrerà in vigore dal 2013 con un'aliquota non eccedente il 2 per mille e sostituirà la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani Tarsu e la tariffa di igiene ambientale Tia.

Questo tributo si struttura in due componenti che convenzionalmente potranno definirsi Res-rifiuti, ovvero una tassa che si riferisce espressamente al servizio di gestione dei rifiuti urbani; e Res-servizi, vale a dire un'imposta riconducibile ai servizi indivisibili dei comuni.

Dal punto di vista teorico è possibile ribadire che il prelievo in questione contiene necessariamente connotati tributari in quanto non assoggettabile ad una esatta commisurazione dell'effettivo grado di fruizione del servizio.

Tanto è sottolineato dal fatto che l'articolato normativo prevede che nei comuni in cui siano materialmente operativi sistemi di

misurazione puntuale dei rifiuti prodotti è data facoltà di deliberare la disapplicazione della tassa con contestuale istituzione di una tariffa corrispettivo che verrebbe a sua volta applicata direttamente dal gestore del servizio.

Passiamo ora ad accennare aspetti di criticità della componente Res-servizi. Questa in sostanza si configura come una mera maggiorazione della Res-rifiuti che si implementa di 0,30 euro al metro quadrato, con l'opportunità per i comuni di elevare sino ai 0,40 euro a fronte di sostanziali e consistenti spese per servizi indivisibili resi a livello locale.

Al riguardo quindi possono sorgere dubbi su aspetti di legittimità circostanziati dal fatto che inerendo un imposta e non una tassa, questa dovrebbe graduarsi e fondersi su criteri che indicano la capacità partecipativa del contribuente rilevabile dal reddito, dal patrimonio, ecc.

Ovviamente la mera quantificazione dell'imposta che si basa sulla parametrazione dei metri quadrati occupati e relativo valore medio dell'immobile, ancorché classificato per categorie catastali dalla A1 alla A9, per il quale sarà calcolato applicando un'aliquota definita dal consiglio comunale, appare evidentemente insufficiente. Soprattutto considerando che gli indici delle aliquote potranno variare in base alle proprie esigenze erariali, evidentemente diverse sul territorio nazionale, similarmente a quanto avviene già per l'*ex* ICI ora IMU.

Al contempo se da un lato il tributo può rappresentare una semplificazione normativa, dall'altro introduce una componente aggiuntiva riconducibile al corrispettivo dovuto per alcuni servizi comunali di carattere indivisibile.

Costi questi che attualmente gli enti locali coprono mediante i trasferimenti dello Stato, come, per citarne alcuni, l'illuminazione, la gestione strade, la sicurezza, ecc.

L'aspetto innovativo consiste nel fatto che il Regolamento – da adottarsi entro la citata data del 31.10.2012 - stabilirà i criteri per l'individuazione del costo del servizio di gestione dei rifiuti e per la determinazione della tariffa.

Un'ulteriore aspetto innovativo riguardante l'istituzione del tributo comunale Res è rinvenibile nel ruolo fattivamente attivo assegnato ai comuni, per quanto riguarda l'individuazione delle unità immobiliari a destinazione ordinaria, iscritte o iscrivibili nel catasto edilizio urbano.

In considerazione del fatto che la superficie assoggettabile al tributo è pari all'80% della superficie catastale, i comuni stessi hanno la possibilità di modificare d'ufficio dandone ovviamente comunicazione agli interessati, le superfici che risultano inferiori alla predetta percentuale, degli immobili assoggettabili, successivamente all'effettuazione di incrocio dei dati comunali, corredati di relativa toponomastica, con quelli dell'Agenzia del Territorio, rendendo quindi concrete modalità di interscambio stabilite con provvedimento del Direttore della predetta Agenzia, sentita la conferenza Stato-Città autonomie locali.

Di contro nel caso in cui manchino, negli atti catastali, gli elementi utili per effettuare la determinazione della superficie catastale, gli intestatari degli immobili, su richiesta diretta del comune, provvedono a presentare all'Agenzia del territorio la planimetria aggiornata del relativo immobile anche ai fini di una eventuale conseguente modifica, presso il comune, della consistenza di riferimento.

3.Conclusioni.

In sostanza la nuova tassa per i servizi comunali è diretta conseguenza ed incarna i primi e significativi effetti del federalismo, in quanto comprenderà anche altre quote di tassazione che i cittadini dovranno versare ai comuni per servizi di carattere generale, con aliquote destinate alla sicurezza, l'illuminazione pubblica stradale, gestione delle strade e dei luoghi pubblici, manutenzione e pulizia e messa in sicurezza del territorio, servizi quindi con caratteristiche di particolare onerosità per un ente locale.

Per un verso quindi ci stiamo europeizzando poiché i cittadini pagheranno, come avviene per altri Paesi comunitari, per ogni servizio offerto dal comune di riferimento, anche se c'è da immaginare che, in prima istanza, gli *standard* qualitativi non saranno paragonabili a quelli di altri Paesi europei più avanzati.

Sarà questa una sfida concreta di crescita

sociale per i nostri Amministratori locali che si troveranno a gestire una tassa avendo l'occasione per addivenire ad un miglioramento dei servizi offerti alla comunità e soprattutto la loro concreta visibilità e sostanzialità.

Un altro aspetto, infine, che merita di essere evidenziato nell'istituzione di questa neo tassa sui rifiuti (e non solo) è la notevole libertà di manovra in capo ai sindaci per quanto riguarda la possibilità di rincari sulla tariffa base quantificabili in un range che va dai 30 ai 40 centesimi al metro quadrato, come anche l'opportunità di stabilire autonomamente la tariffazione di favore in casi particolari garantendo al contempo progressi nella qualità complessiva dei servizi resi alla cittadinanza.

«::::::::: GA :::::::::»

LE FORME DI GESTIONE DELLE ENTRATE PATRIMONIALI DELL'ENTE LOCALE: L'AFFIDAMENTO *IN HOUSE* DELLO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÁ STRUMENTALI AL PERSEGUIMENTO DELLE FINALITÁ ISTITUZIONALI DELL'ENTE

della Dott.ssa Fabiola Cordiano

A seguito dell'abrogazione, con d.P.R. n. 113 del 2011, dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133 del 2008 e ss. mm.) in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore è intervenuto sul tema introducendo, con l'art. 4 del d.l. 138 del 2011 (convertito in l. n. 148 del 2011), una disciplina restrittiva circa la facoltà delle amministrazioni di ricorrere all'in house providing.

Following the repeal, with DPR No. 113 of 2011, art. 23 bis of d.l. No. 112, 2008 (converted with amendments by Act 133 of 2008 et seq. Mm.) On how reliable heating and management of local public services of economic interest, the legislature has intervened on the theme by introducing the art . 4 of the d.l. 138, 2011 (converted to ln 148 of 2011), restrictive regulation on the ability of governments to use wholesale house providing.

Sommario: 1. Le entrate patrimoniali degli enti locali. Contesto normativo e forme di gestione. - 2. Il ricorso all'affidamento in house. - 3. L'oggetto di affidamento. Lo svolgimento di attività strumentali.

1. Le entrate patrimoniali degli enti locali. Contesto normativo e forme di gestione.

Il d. lgs. 446/97, al titolo III ha previsto il riordino della disciplina dei tributi locali (cd. riforma della finanza locale).

In particolare, l'art. 52 del d. lgs. suddetto riconosce agli enti locali la facoltà di disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, attribuendo alle province ed ai comuni potestà regolamentare generale in materia.

Infatti, il co. 1 dell'articolo in questione prevede che: Le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti.

Con riferimento, in particolare, alle forme di gestione delle entrate patrimoniali degli enti locali, il successivo co. 5 dispone, poi, che: *i regolamenti, per quanto attiene all'accertamento e alla riscossione dei tributi e delle altre entrate, sono informati ai seguenti criteri: a) l'accertamento dei tributi può essere effettuato dall'ente locale anche nelle forme associate previste negli articoli 24, 25, 26 e 28 della l. 8.6.1990, n. 142; b) qualora sia deliberato di affidare a terzi, anche disgiuntamente, l'accertamento e la riscossione dei tributi e di tutte le entrate, le relative attività sono affidate, nel rispetto della normativa dell'Unione europea e delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, a: 1) i soggetti iscritti nell'albo di cui all'art. 53, coo. 1; 2) gli operatori degli Stati membri stabiliti in un Paese dell'Unione europea che esercitano le menzionate attività, i quali devono presentare una certificazione rilasciata dalla competente autorità del loro Stato di stabilimento dalla quale deve risultare la sussistenza di requisiti equivalenti a quelli previsti dalla normativa italiana di settore; 3) la società a capitale interamente pubblico, di*

cui all'art. 113, co. 5, lett. c), del testo unico di cui al d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, mediante convenzione, a condizione: che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla; che svolga la propria attività solo nell'ambito territoriale di pertinenza dell'ente che la controlla; 4) le società di cui all'art. 113, co. 5, lett. b), del citato testo unico di cui al d. lgs. n. 267 del 2000, iscritte nell'albo di cui all'art. 53, comma 1, del presente decreto, i cui soci privati siano scelti, nel rispetto della disciplina e dei princìpi comunitari, tra i soggetti di cui ai numeri 1) e 2) della presente lettera, a condizione che l'affidamento dei servizi di accertamento e di riscossione dei tributi e delle entrate avvenga sulla base di procedure ad evidenza pubblica.

Dunque, il d. lgs. n. 446/97 ha rappresentato un primo importante passo verso lo sviluppo di un mercato delle attività tributarie locali.

Tale normativa ha così conferito agli enti locali non solo il potere di disciplinare con proprio regolamento le proprie entrate patrimoniali ma anche la possibilità di gestire, pure disgiuntamente, l'accertamento e la riscossione delle stesse mediante gestione diretta dell'ente o di società *in house* interamente partecipate dallo stesso, o nelle forme associative previste dalla legge n. 142/1990, o ancora tramite affidamento a terzi, mediante convenzione alle aziende speciali di cui all'art. 22, co. 3, lett. c), della l. 8.6.1990, n. 142, e, nel rispetto delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, alle società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale previste dall'art. 22, co. 3, lett. e), della citata l. n. 142 del 1990, i cui soci privati siano prescelti tra i soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 53; oppure nel rispetto delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, alle società miste, per la gestione presso altri comuni, ai concessionari di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28.1.1988, n. 43, ai soggetti iscritti nell'albo di cui al predetto art. 53.

Aziende speciali, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico, società miste, concessionari ai sensi del d.P.R. n. 43/1988, soggetti privati iscritti all'albo di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 446/1997 sono, quindi, possibili affidatari delle attività tributarie locali.

Si segnala inoltre che il ricorso a soggetti esterni nel settore tributario è rafforzato da disposizioni contenute in alcune recenti leggi finanziarie. Ad esempio, l'art. 1, co. 477, della legge finanziaria per il 2006 prevede che l'affidamento possa riguardare la gestione di tutte le entrate tributarie ed extratributarie anche degli enti pubblici[1].

Da quanto precede è dato rilevare che la possibilità del ricorso a privati da parte delle amministrazioni locali costituisce la principale condizione di esistenza di un cd. *mercato delle attività tributarie*, un mercato dai tratti peculiari, in quanto la sua costituzione e il suo funzionamento dipendono da scelte dell'amministrazione.

Esso è dunque un mercato la cui esistenza dipende inevitabilmente dalle politiche gestionali dell'organo pubblico, che può decidere di esternalizzare, consentendo pertanto la formazione di un tale contesto, o adottare, al contrario, modalità di gestione diretta o di af-

[1] L'articolo dispone che: «*per il potenziamento dell'attività di riscossione delle entrate degli enti pubblici, con lo scopo del conseguimento effettivo degli obiettivi inclusi nel patto di stabilità interno, garantendo effettività e continuità alle forme di autofinanziamento degli enti soggetti allo stesso, le disposizioni dell'art. 4, co. 2-decies, del d. l. 24.9.2002, n. 209, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.11.2002, n. 265, si interpretano nel senso che fino all'adozione del regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 1, della l. 23.8.1988, n. 400, previsto dal medesimo comma non possono essere esercitate esclusivamente le attività disciplinate ai sensi dei commi 2-octies e 2-nonies del medesimo art. 4, ferma restando la possibilità esclusivamente per i concessionari iscritti all'albo di cui all'art. 53 del d. lgs. 15.12.1997, n. 446, di continuare ad avvalersi delle facoltà previste dalla normativa vigente, compreso quanto previsto ai sensi dei commi 2-sexies e 2-septies del citato articolo 4, nonché di procedere anche ad accertamento, liquidazione e riscossione, volontaria o coattiva, di tutte le entrate degli enti pubblici, comprese le sanzioni amministrative a qualsiasi titolo irrogate dall'ente medesimo, con le modalità ordinariamente previste per la gestione e riscossione di entrate tributarie e patrimoniali dell'ente*».

fidamento *in house*.

Quanto alla qualificazione dei privati che operano in questo mercato, per la peculiarità dell'attività da questi svolta, può parlarsi di affidatari di attività pubbliche.

Infatti, la scelta di affidare a terzi la gestione delle entrate patrimoniali dell'ente locale costituisce sicuramente una rilevante ipotesi di esternalizzazione di funzioni pubbliche, tenuto conto che oggetto di affidamento sono, di regola, le attività di accertamento, liquidazione, riscossione.

Tale contesto normativo, da cui si evince un favor nei confronti dell'affidamento a terzi di tali attività capovolge la logica tradizionale, che vuole che oggetto dell'esternalizzazione siano le attività non fondamentali dell'ente.

L'affidamento ai privati della gestione delle entrate patrimoniali degli enti locali configura, dunque, esercizio privato di funzioni pubbliche con l'effetto che la natura pubblica delle attività, nonché il perseguimento dell'interesse pubblico, giustificano, peraltro, l'esistenza di una serie di controlli e garanzie, che devono essere rispettati dagli operatori.

Ciò comporta poi che la scelta di esternalizzare deve rispondere a canoni di opportunità, oltre a dover garantire il perseguimento di interessi pubblici generali.

2. Il ricorso all'affidamento *in house.*

Quanto alla decisione dell'ente locale di ricorrere alla gestione diretta, può dirsi prevalente la scelta di stipulare una convenzione con società *in house*, che, in generale, risulta il modello gestionale più diffuso.

Questo dato trova riscontro anche in realtà, come quelle delle amministrazioni municipali che, avendo in gestione una serie di tributi, ricorrono in vari casi all'istituzione di società *in house*[2].

Quanto all'adozione di tale modello nel settore tributario esiste una giurisprudenza abbastanza controversa. Da una parte, emerge la tendenza a considerare legittime le ipotesi di affidamento diretto a società *multiservice*, controllate dalle amministrazioni locali, giustificando la previa revoca dell'aggiudicazione provvisoria di gara pubblica in nome dell'interesse alla razionalizzazione dei costi relativi alla gestione dei tributi comunali[3]. Di converso, si riscontra un orientamento restrittivo, che sanziona le convenzioni stipulate senza alcuna procedura di gara in materia di riscossione volontaria e coattiva di tributi locali[4].

Per tale via, infatti, vengono evitati l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica e i relativi oneri a carico delle amministrazioni, sebbene non possa sottacersi che mediante tale modalità di affidamento si viene ad incidere negativamente sulla tutela dei principi di libera concorrenza, in generale, e sulla gestione concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza economica, in particolare.

Per tali ragioni si è assistito in materia a numerosi interventi giurisprudenziali, anche a livello comunitario[5] ed al susseguirsi di numerosi e recenti interventi legislativi, a livello nazionale, che nel complesso hanno inteso introdurre una disciplina molto restrittiva favorendo l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Infatti, il recentissimo d. l. del 13.8.2011 n. 138, convertito, con modificazioni, in l. 14.9.2011 n. 148, recante *ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, all'art. 4 ha disposto l'adegua-

[2] A titolo esemplificativo si segnala la scelta del Comune di Roma (oggi Roma Capitale) di costituire la società Roma Entrate S.p.A., oggi Æqua Roma S.p.a. società di prestazione di servizi per le entrate di Roma Capitale.

[3] Così TAR Campania, sent. n. 1794/2006. In questa sede, il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui la pubblica amministrazione ha revocato l'aggiudicazione provvisoria di una gara per l'affidamento dei servizi di riscossione, gestione e recupero delle entrate comunali, motivando il successivo affidamento ad una società *multiservice*, controllata dalla stessa p.a., in ragione del migliore perseguimento dell'interesse pubblico.

[4] V. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, deliberazioni nn. 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62 del 2008.

[5] I principi comunitari, direttamente applicabili nell'ordinamento italiano, elaborati al fine di valutare la legittimità del ricorso all'affidamento *in house* possono così essere riassunti: che la società sia totalmente partecipata da capitale pubblico, che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla e che svolga la propria attività solo nell'ambito territoriale di pertinenza dell'ente da cui è controllata.

mento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 (all'esito del quale, con d.P.R. n. 113 del 18 luglio 2011, è stata disposta l'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. n.112/2208 contenente la precedente disciplina in materia) e alla normativa dall'Unione europea.

Sul punto, si segnala che l'abrogato art. 23 *bis* precisava, quanto ai requisiti necessari per il ricorso all'affidamento *in house,* che dovevano essere *comunque rispettati i principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.*

Sebbene oggi questa frase non risulti riprodotta nel nuovo art. 4 del d.l. 138/2011, occorre, tuttavia, precisare che, avendo essa un valore solo ricognitivo dei requisiti sanciti dal diritto europeo, la mancata riproduzione della stessa può considerarsi priva di rilievo normativo con l'effetto che i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario rimangono tuttora necessari per le gestioni *in house.*

Più in generale, si noti che nel nostro ordinamento la tendenza è stata comunque quella di limitare la capacità giuridica generale degli enti pubblici e la facoltà degli stessi di svolgere attività d'impresa, o partecipare ad imprese collettive, avvalendosi delle norme generali di diritto privato.

Questo processo è stato segnato soprattutto dall'ancora vigente art. 3, co. 27, l. 24.12.2007, n. 244, e dalle modificazioni successive (oggi la normativa è dettata nei commi da 27 a 32-*ter* dell'art. 3 citato).

Per cui attualmente la capacità degli enti pubblici di partecipare a società è limitata alle:

- società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie attività istituzionali;

- società che producono servizi di interesse economico generale;

- società *di committenza*, ai sensi della disciplina del codice dei contratti pubblici;

- società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati.

Le altre partecipazioni dovrebbero essere dismesse nei termini di legge.

La C.cost., con la sentenza n. 148 del 2009, si è pronunciata sulla legittimità della norma ritenendola conforme ai principi costituzionali in quanto la disposizione in questione appare dettata a tutela della concorrenza e, dunque, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, a favore di soggetti tendenzialmente privilegiati, quali possono essere le società in mano pubblica, costituendo quindi legittima espressione della potestà legislativa statale; inoltre, la norma limiterebbe in termini ragionevoli la libertà d'iniziativa economica degli enti pubblici, fondandosi sulla *distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici*.

Quanto all'attuale disciplina dei servizi pubblici locali essa è ad oggi contenuta, come detto, nell'art. 4 del d. l. 13.8.2011 n.138, convertito, con modificazioni, in l. 14.9.2011 n. 148 e recante *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*.

Tale disciplina è stata successivamente modificata dall'art. 9 della l. 12.11.2011 n.183 (Legge di stabilità 2012), allo scopo di attuare una più pregnante la liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

A tal fine il co. 1 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dispone che gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito servizi pubblici locali, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Inoltre, il medesimo art. 4 introduce delle restrizioni alla facoltà delle amministrazioni di ricorrere all'*in house providing* prevedendo, al co. 13, che l'affidamento del servizio possa avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, che abbia i requisiti ri-

chiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta *in house*, solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento é pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, introducendo, per evitare l'elusione di tale disposizione ed al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, il divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento.

Viene, infine, previsto che gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al summenzionato co. 13 o non conformi quanto previsto al medesimo comma, cesseranno, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31.3.2012.

3. L'oggetto di affidamento. Lo svolgimento di attività strumentali.

Posto che in relazione alla natura delle attività tributarie, la giurisprudenza riconosce nella liquidazione, accertamento e riscossione delle entrate locali i caratteri di servizi pubblici[6], al contrario, lo svolgimento di attività connesse, complementari, accessorie ed ausiliarie indirizzate al supporto delle attività di gestione tributaria, extra-tributaria e patrimoniale, funzionali all'azione di prelievo dei tributi, e la costituzione di banche dati sono considerate mere attività strumentali[7].

Più precisamente, le attività tributarie corrisponderebbero a servizi pubblici aventi rilevanza economica con la conseguenza che in virtù del quadro normativo attualmente vigente, e di cui si è detto più ampiamente sopra, per procedere all'affidamento della gestione del relativo servizio gli enti locali sono oggi soggetti all'obbligo di espletamento di procedure competitive ad evidenza pubblica[8], con la precisazione che la titolarità delle attività permane sempre in capo all'amministrazione.

Diversamente, l'affidamento a società *in house* dello svolgimento di attività strumentali allo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ente risulterebbe sottratto dall'ambito di applicazione della normativa di cui si è detto sopra.

Quanto allo svolgimento di attività strumentali, che possono costituire oggetto di affidamento, l'art. 3, co. 27, della l. n. 244/2007, sancisce in generale, per tutte le amministrazioni pubbliche, come definite dal d. lgs. n. 165/2001, un puntuale divieto, riferito alla costituzione di società preordinate alle attività di produzione di beni o servizi *non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*.

La formulazione letterale della norma è incentrata sulla verifica dell'esistenza di un qualificato nesso tra l'attività economica esercitata dalla società e le finalità istituzionali del soggetto pubblico che la costituisce o vi partecipa.

Più esattamente, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, per attività strumentali allo svolgimento di attività istituzionali devono intendersi tutte le attività di autoproduzio-

[6] Si v. TAR Campania, Na, I, 20.3.2008, n. 1458, secondo cui la liquidazione, l'accertamento e la riscossione dei tributi locali costituiscono attività di servizio pubblico. Analogamente, CdS, V, 5.10.2005, n. 5318, secondo cui le predette attività sono ascrivibili non già al novero degli appalti pubblici di servizi, ma a quello dei pubblici servizi il cui espletamento implica l'esercizio di prerogative tipiche dei pubblici poteri. Dello stesso giudice si v. anche, V, 5.9.2005, n. 4484; V., 1.7.2005, n. 3672. Si cfr., inoltre, TAR Puglia, Le,II, 25.7.2003, n. 5328; *id.*, sez. II, 12.3.2003, n. 779; TAR Lombardia, Mi,III, 17.2.2003, n. 273; TAR Piemonte, II, 13.5.2002, n. 960. Contraria a questo orientamento è la sentenza del CdS,V, 13.2.1995, n. 240, secondo cui i servizi di accertamento e riscossione dei tributi locali non sono riconducibili alla nozione di servizio pubblico.

[7] La giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che debbano essere escluse dall'ambito dei servizi pubblici tutte le altre prestazioni che costituiscono un mero *presupposto* dell'erogazione dei servizi di accertamento e riscossione dei tributi; la titolarità della loro gestione resta, comunque, in capo al comune. Così, CdS,V, 5.9.2005, n. 4484; *id.*, 5.4.2005, n. 1568; TAR Sardegna, 3.2.2004, n. 97; TAR Puglia, Le, II, 25.6.2002, n. 2601. In generale, si v. Cass. civ., sez.un., 30.3.2000, n. 71 e 72, secondo cui il servizio pubblico attiene all'espletamento delle funzioni e all'erogazione delle prestazioni svolte dall'amministrazione, direttamente o tramite il concessionario, ai cittadini fruitori del servizio.

[8] Tuttavia, il co. 13 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 13.8.2011 prevede che*: (…) se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento é pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta in house*.

ne di beni o servizi (pulizia, manutenzione, etc.), che le amministrazioni intendano realizzare[9]. Infatti, la norma contenuta nell'art. 3, co. 27, non indica affatto un principio di *esternalizzazione* generalizzata delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche, suscettibili di esercizio in forma imprenditoriale, ma vieta a tali soggetti di operare, tramite la costituzione o la partecipazione a società, in mercati privi di qualificato collegamento con le proprie finalità istituzionali.

In breve: la costituzione di società di questo tipo continua ad essere ammessa, in linea di principio, accanto a quella delle società di produzione di servizi pubblici e alle altre categorie sopra elencate. Invece, la partecipazione pubblica a società destinate ad operare su liberi mercati, che in linea di principio non è vietata dal diritto europeo, non è oggi consentita dal diritto italiano.

Queste indicazioni di principio appaiono confermate, più di recente, da una pronuncia dell'Adunanza plenaria, che ha addirittura affermato *che l'art. 27, co. 3, l. n. 244/07 esprima un principio di carattere generale che era immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva* e che *la disposizione in questione evidenzia un disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative si specie (secondo il modello delle c.d. 'società di diritto singolare')* [10].

Si può, dunque, concludere nel senso che società strumentali al conseguimento di finalità istituzionali della pubblica amministrazione sono tutte le società di *providing in house* di beni e servizi, di cui l'amministrazione abbia comunque bisogno per l'esercizio delle sue attività istituzionali; pertanto, l'affidamento della produzione di beni o servizi strumentali all'attività degli enti locali esulerebbe dall'ambito applicativo dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, che, come detto, impone agli enti locali lo svolgimento di procedure competitive ad evidenza pubblica per l'attribuzione di diritti di esclusiva circa la gestione dei servizi pubblici locali.

È chiaro che la convenienza della scelta dell'*in house* deriva dall'assenza di obblighi di espletamento di gare ad evidenza pubblica, dai privilegi riconosciuti a tali gestori e dalle forme di controllo diretto tipiche delle amministrazioni pubbliche in forma privata; al contrario, gli effetti negativi sulla concorrenza operati dalle società *in house* e le differenze dei regimi applicati ai diversi operatori mostrano come la previsione dell'esternalizzazione nel campo tributario possa essere efficace solo se realmente alternativa alla gestione diretta.

[9] In tal senso si veda CdS, III, 11.3.2011, n. 1573.

[10] CdS, Ad. plen., 3.6.2011, n. 10; nel caso di specie, è stata dichiarata illegittima la costituzione, da parte di una Università, di una società di *engineering*, che appariva destinata a svolgere attività lucrativa nel libero mercato e non appariva *strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento.*

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. I, 17.2.2012 n. 2320

Tariffa di Igiene Ambientale - natura di tributo - riconoscimento credito natura privilegiata ai fini dell'ammissione al fallimento.

La Suprema Corte di Cassazione afferma che la Tia non rappresenta il corrispettivo di una prestazione liberamente richiesta, ma costituisce una forma di finanziamento del servizio pubblico che si realizza attraverso la imposizione dei relativi costi sull'area sociale che da tali costi ricava un beneficio. In tal senso, la T.I.A., quale una mera variante della T.A.R.S.U., conserva la qualifica di tributo propria di quest'ultima. Pertanto, posto che la T.I.A. è un tributo vero e proprio, il relativo credito deve essere ammesso al fallimento tra quelli privilegiati. In sostanza il privilegio previsto dall'art. 2752, co. 3, c.c. deve essere riconosciuto anche ai crediti relativi a tributi locali, non compresi tra quelli contemplati da R.D. n. 1175 del 1931, concernente il T.U. sulla finanza locale, atteso che la norma citata, riferendosi alla legge per la finanza locale, ha fatto riferimento genericamente all'atto astrattamente generatore dell'imposizione non già ad una legge specifica istitutiva della singola imposta.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.2.2012, n. 539

Determinazione della tariffa per la gestione dei rifiuti urbani - competenza dell'organo esecutivo del Comune.

Nella controversia in esame numerosi ricorrenti chiedono l'annullamento delle delibere del Consiglio comunale recante Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani - Istituzione – Approvazione del Piano Finanziario, nonché il Regolamento per l'applicazione della Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani eccependo l'incompetenza della Giunta comunale del Comune a determinare la tariffa per la gestione dei rifiuti, ivi comprese le agevolazioni e le deduzioni. Sul punto il Supremo Consesso ha osservato che il d. lgs. 17.8.2000, n. 267, all'art. 42, co. 2, lett. f), riserva espressamente all'organo consiliare l'istituzione e l'ordinamento dei tributi, con esclusione della determinazione delle relative aliquote, nonché la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi. Nel caso in esame, l'istituzione della tariffa per la gestione dei rifiuti (alla quale è stata riconosciuta natura tributaria, Corte Cost., 24.7.2009, n. 238) è avvenuta con deliberazione consiliare mentre con la coeva deliberazione consiliare è stato approvato il relativo regolamento: del tutto legittimamente pertanto la concreta determinazione della tariffa è stata operata dall'organo esecutivo dell'amministrazione comunale, dotato di competenza generale e residuale (CdS, sez. V, 2.3.2010, n. 1208; 13.12.2005, n. 7058), trattandosi di materia non espressamente riservata al consiglio, consistente del resto in un'attività meramente attuativa ed esecutiva delle precedenti determinazioni consiliari.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.2.2012, n. 539

Tariffa per la gestione dei rifiuti - potere di determinare la tariffa spetta agli Enti Locali e non all'Autorità di Ambito Territoriale ottimale.

Ad avviso del Consiglio di Stato e' lo stesso articolo 49 del d. lgs. 5.2.1997, n.22 (recante Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio) che, nel prevedere l'istituzione della tariffa per la gestione dei rifiuti, in sostituzione della tassa per lo smaltimento dei rifiuti stessi (di cui alla sez. II del Capo XVIII del titolo III del testo unico della finanza locale, approvato con r.d. 14.9.1931, n. 1175, come sostituto dall'art. 21 del d.P.R. 10.9.1982, n. 915, ed al capo III del d. lgs. 15.11.1993, n. 537), dispone espressamente al co. 8 che essa è determinata dagli enti locali, anche in relazione al piano finanziario degli interventi relativi al servizio.Tale attribuzione trova conferma in ulteriori disposizioni dello stesso art. 49, che

nei coo. 2 (secondo cui i costi per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti di qualunque natura o provenienza giacenti sulle strade ed aree pubbliche e soggette ad uso pubblico, sono coperti dai Comuni mediante l'istituzione di una tariffa) e 3 (secondo cui la tariffa deve essere applicata nei confronti di chiunque occupi ovvero conduca locali, o aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale) contiene inequivoci ed esclusivi riferimenti al territorio comunale e postula quindi il potere/dovere del Comune di provvedere alla gestione dei rifiuti (ed il potere di determinarne il costo): del resto il successivo co. 4 dispone che la tariffa è composta da una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, riferite in particolare agli investimenti per le opere e dai relativi ammortamenti, e da una quota rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito, e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di servizio, così riferendosi proprio agli elementi fattuali di cui ai precedenti coo. 2 e 3. Anche le disposizioni del d.P.R. 27.4.1999, n. 158 (Regolamento recente norme per la elaborazione del metodo normalizzato per definire la tariffa del sevizio di gestione del ciclo dei rifiuti urbani) supportano le precedenti conclusioni, giacché indicano ripetutamente, quali titolari del potere impositivo, esclusivamente gli enti locali; infatti a) il primo comma dell'art. 2 (Tariffa di riferimento) precisa che la tariffa di riferimento rappresenta l'insieme dei criteri e delle condizioni che devono essere rispettati per la determinazione della tariffa da parte degli enti locali; b) il primo comma dell'art. 3 (Determinazione della tariffa) dispone che sulla base della tariffa di riferimento di cui all'art. 2, gli enti locali individuano il costo complessivo del servizio e determinano la tariffa, anche in relazione al piano finanziario degli interventi relativi al servizio e tenuto conto degli obiettivi di miglioramento della produttività e della qualità del servizio fornito e del tasso di inflazione programmato; c) l'articolo 4 (Articolazione della tariffa), dopo aver previsto al co. 1, l'articolazione della tariffa in fasce di utenza domestica e non domestica, affida all'ente locale il compito di ripartire tra le predette categorie di utenza domestica e non domestica l'insieme dei costi da coprire attraverso la tariffa (co. 2), precisando altresì significativamente al co. 3, per quanto qui interessa, che A livello territoriale la tariffa è articolata con riferimento alle caratteristiche delle diverse zone del territorio comunale, ed in particolare alla loro destinazione a livello di pianificazione urbanistica e territoriale, alla densità, alla frequenza e qualità dei servizi da fornire, secondo modalità stabilite dai comuni; d) l'art.8, infine, attribuisce espressamente al soggetto gestore del ciclo dei rifiuti ovvero ai singoli comuni l'approvazione del piano finanziario. Alla luce di tali elemento il Collegio ha escluso che, come sostenuto dagli appellanti, il potere di determinare la tariffa per la gestione dei rifiuti spettasse all'autorità di ambito territoriale ottimale. inoltrecon riferimento alla normativa regionale si e' rilevato altresi che nessun potere impositivo nella materia de qua poteva essere peraltro attribuito agli A.T.O. dalla legge regionale, essendo stato tra l'altro affermato (Cass. SS.UU. 8.4.2010, n. 8313) che spetta esclusivamente agli enti locali il potere di determinare la tariffa per la gestione dei rifiuti ex art. 49 del d. lgs. 5.2.1997, n. 5, potendo invece essere lasciata ai soggetti gestori la sua applicazione e dovendo escludersi che tale assetto istituzionale possa subire deroghe neppure per ragioni di emergenza.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.1.2012, n. 340

Principi generali - concessione dell'autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico.

La c.d. autorizzazione all'occupazione di una porzione di suolo pubblico costituisce una concessione d'uso mediante la quale l'amministrazione, facendo uso di un potere discrezionale, sottrae il predetto bene all'uso comune e lo mette a disposizione di soggetti particolari (c.d. uso particolare). La concessione presuppone, quindi, il previo accertamento dell'idoneità dell'uso particolare alla realizzazione della funzione primaria o comprimaria del bene pubblico. La posizione

dei privati, aspiranti alla concessione e al rinnovo della stessa necessita, per essere soddisfatta, dell'intermediazione del potere discrezionale finalizzato alla comparazione degli interessi in rilievo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.1.2012, n. 143

Dichiarazione di dissesto finanziario dell'Ente Locale - giudice amministrativo - non può sindacare - scelte operate o non operate per eliminare o ridurre i servizi non essenziali - evitare o limitare lo stato di deficit finanziario.

La dichiarazione di dissesto finanziario costituisce un evento di carattere eccezionale e patologico della vita dell'ente locale, con la conseguenza che alla relativa dichiarazione può farsi luogo solo all'esito dell'accertamento della specifica incapacità di assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero dell'esistenza nei confronti dell'ente di crediti liquidi ed esigibili di terzi, cui non possa validamente farsi fronte con le modalità di cui all'art. 193 (e per i debiti fuori bilancio, con le modalità di cui all'art. 194). La decisione di dichiarare lo stato di dissesto finanziario non è pertanto frutto di una scelta discrezionale dell'ente, rappresentando piuttosto una determinazione vincolata (ed ineludibile) in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge. Tali osservazioni trovano del resto conferma nelle peculiari e gravi conseguenze che il legislatore riconnette alla dichiarazione di dissesto: infatti i pregiudizievoli effetti economici negativi che si ripercuotono immediatamente sui terzi creditori dell'ente (quali, tra l'altro, l'impossibilità di intraprendere o proseguire azioni esecutive ed il blocco della produzione di interessi e rivalutazione monetaria dei debiti insoluti e delle somme già erogate per anticipazioni di cassa) e la stessa procedura di mobilità, che può interessare i dipendenti dell'ente eventualmente eccedenti il nuovo fabbisogno organico, escludono che la dichiarazione di dissesto possa essere il frutto di una valutazione discrezionale degli organi dell'ente, avendo il legislatore fissato direttamente, ed in modo vincolato, i presupposti di fatto che la giustificano, così che essa in realtà, sotto altro angolo visuale, rappresenta il giusto contemperamento degli opposti interessi in gioco, pubblici – dell'ente e della sua funzionalità - e privati – degli operatori economici e dei dipendenti. Da ciò discende poi che il sindacato giurisdizionale sulla delibera di dichiarazione di dissesto dell'ente locale è necessariamente incentrato sulla verifica del corretto esercizio del potere (di azione) in ordine all'accertamento dei presupposti di fatto previsti dalla legge, non potendo consentirsi al giudice amministrativo alcun valutazione delle scelte operate (ovvero non operate) per eliminare o ridurre i servizi non essenziali per evitare o limitare lo stato di deficit finanziario.

Consiglio di Stato, Sez. III, 2.12.2011, n. 6369

La PA. condannata al risarcimento del danni - corresponsione interessi rivalutazione monetaria.

Sulle somme corrisposte a titolo di risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale devono riconoscersi gli interessi maturati e la rivalutazione monetaria da computarsi alla data del verificarsi dell'illecito, in funzione compensativa in relazione alla mancata tempestiva disponibilità in capo al debitore della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

TAR Lazio, Sez. II, 28.1.2012, n. 934

Individuazione del giudice competente - impugnazione delle cartelle esattoriali.

La Corte di Cassazione ha stabilito (Cass. SS.UU., 8.2.2008 n.2001; Id., 5.6.2008 n.14831) che in caso di impugnazione di cartelle esattoriali, la competenza giurisdizionale appartiene al Giudice al quale sarebbe devoluta la cognizione della questione relativa alla validità, efficacia e/o rilevanza del titolo presupposto (id est: la cognizione del c.d. rapporto sottostante e della situazione dalla quale nasce il potere di riscuotere le somme indicate nella cartella). Sulla base dei suesposti principi il Giudice amministrativo ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione considerato che nella fattispecie dedotta in giudizio la cartella esattoriale si riferisce ad un credito per un'imposta in ordine alla quale la giurisdizione spetta al Giudice Ordinario (Tribunale), di guisa che anche la giurisdizione

in merito alla domanda giudiziale in esame (volta all'annullamento della cartella in questione) va devoluta a quest'ultimo Giudice.

Corte dei Conti Sez. Controllo per la Basilicata Potenza DEL.125/2011/PAR

Nomina dei revisori contabili in carenza della normativa attuativa - legittima l'elezione del revisore da parte del consiglio comunale.

Fino a quando non sarà pienamente operativo e applicabile il meccanismo di nomina dei revisori previsto dall'art. 16, co. 25, del d.l. n. 138/2011, che implica la previa definizione dei criteri e dei principi cui attenersi nella predisposizione degli elenchi da cui trarre i nominativi ai quali conferire l'incarico, resta immutato e vigente il sistema regolato dall'art. 234 del TUEL.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Accordi di indennizzo stipulati ai sensi dell'art. 4 del d.l.351/01 a seguito del venir meno del conferimento di beni ai Fondi immobiliari Parere del 9.6.2011 prot. 193078, AL 44601/10, Avv. Antonio Grumetto.

RISPOSTA

"Con la nota che si riscontra codesta Amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente in merito alle richieste di indennizzo avanzate dalla … spa in qualità di SGR del Fondo denominato Fondo Immobili Pubblici e da ….in qualità di SGR del Fondo denominato "Patrimonio Uno". Rappresenta codesta Amministrazione che le richieste di indennizzo si fondano sulla circostanza che alcuni beni conferiti o trasferiti ai suddetti fondi risultano in tutto o in parte di proprietà di altri soggetti pubblici, diversi da quelli previsti dall'art. 4 (1) del d.l. 351/01 convertito in l. dall'art. 1 della l. 410/01. Con le predette società codesta amministrazione ha stipulato 2 distinti accordi di indennizzo (Allegati 8 e 9 alla richiesta di parere) con i quali vengono disciplinati gli obblighi assunti dal Ministero dell'economia e delle Finanze nei confronti dei Fondi Immobiliari a garanzia dell'operazione di conferimento o di trasferimento di immobili pubblici ai suddetti fondi prevista dal predetto d.l.. Nella richiesta di parere non si contesta che le ragioni poste a base delle richieste di indennizzo rientrino in uno degli eventi indennizzabili previsti dai citati accordi. Pertanto la Scrivente intende prescindere da questo particolare aspetto nella formulazione del presente parere. Codesta Amministrazione chiede, viceversa, di sapere: 1) da quale momento produca effetti l'annullamento del trasferimento del bene immobile; 2) se l'importo complessivo da liquidare ai fondi debba essere pari al valore di apporto, comprensivo delle spese sostenute e degli interessi sul debito contratto detratti i canone di locazione corrisposti ovvero semplicemente al valore di apporto comprensivo delle spese. Osserva la Scrivente quanto segue. Quanto al primo quesito, dal punto b) della premessa dell'Accordo di indennizzo con FIP si desume che il trasferimento o l'apporto del compendio immobiliare al Fondo è avvenuto dalla data di efficacia del Decreto Operazione (v. all. 8); mentre dal punto b) dell'Accordo di indennizzo con "Patrimonio Uno" si desume che tale trasferimento è avvenuto con effetto dalla data di efficacia indicata nel Decreto di Apporto, nel Decreto di Trasferimento o nell'Atto di trasferimento (v. all. 9). Pertanto l'annullamento del trasferimento o dell'apporto al Fondo del bene immobile, risultato di proprietà di terzi, non potrà che avere effetto dalla medesima data di efficacia di tale trasferimento o di tale apporto per come specificamente individuata per ciascuna singola operazione di costituzione del fondo e di trasferimento del compendio immobiliare; vale a dire dalla data di efficacia delle Decreto Operazione, per quanto riguarda l'Accordo con FIP e dalla data indicata nel Decreto di Apporto, nel Decreto di Trasferimento o nell'Atto di trasferimento, per quanto riguarda l'Accordo con "Patri-

monio Uno". Quanto al 2º quesito, ritiene la Scrivente che l'obbligo di garanzia gravante su codesta Amministrazione comprenda tutti pregiudizi economici sopportati dal soggetto indennizzato a seguito dell'evento indennizzabile, sempre che tali eventi siano conseguenza immediata e diretta. Tale conclusione è, in primo luogo, confermata dalla formulazione del testo dell'art. 3 dell'Accordo di indennizzo stipulato con FIP, nonché dall'analoga formulazione dell'art. 2 dell'Accordo di indennizzo stipulato con "Patrimonio Uno".
Entrambe tali clausole prevedono infatti l'obbligo per codesta Amministrazione di "risarcire, manlevare e tenere indenne ciascuna Parte Indennizzata (...) rispetto a qualsivoglia danno, perdita, spesa, costo, onere, obbligazioni o minusvalenza dalla medesima patita e derivante da o connessa a" eventi indennizzabili. La soluzione proposta riceve, in secondo luogo, conferma anche da quanto previsto, in altra parte di ciascun Accordo, a proposito della cessione di immobili a titolo di indennizzo. Disciplinando la possibilità per codesta amministrazione di indennizzare l'altra parte anche mediante la cessione o la sostituzione di immobili non ancora ceduti al Fondo, entrambi gli accordi di indennizzo prevedono (rispettivamente all'art. 6 lett. J dell'Accordo con FIP – nella versione aggiornata con l'Accordo di modifica del 2005 - e all'allegato 3, art. 5 lett. F dell'Accordo con "Patrimonio Uno") che nel caso in cui la sostituzione ovvero la cessione in pagamento ristorando per intero le passività, determinino comunque l'inadempienza del fondo agli obblighi nei confronti dei finanziatori, il Ministero sarà in ogni caso tenuto a corrispondere per cassa la parte di passività che, a richiesta del fondo come certificato dalla banca agente del finanziamento, sia necessaria ad assicurare l'adempimento di cui sopra. In tale ipotesi, costituente una forma di risarcimento in forma specifica del danno derivante dall'evento indennizzabile, l'indennizzo viene esteso fino a comprendere tutte le conseguenze immediate e dirette derivanti dal verificarsi di tale evento e non è limitato soltanto al valore del bene immobile apportato o trasferito al Fondo. Dalla analogia con la predetta ipotesi, interpretata in relazione all'ampia formulazione dell'obbligazione di garanzia assunta da codesto Ministero e di cui sopra si è fatto cenno, deriva, a parere della Scrivente, che quando l'indennizzo venga corrisposto non mediante cessione o sostituzione del bene immobile ma mediante restituzione del valore di apporto o di trasferimento dei beni, la garanzia comprende tutti i danni derivanti dall'inefficacia del decreto di apporto o di trasferimento, ivi comprese le spese sostenute e gli interessi sul debito contratto, sempre che tali spese e tali interessi sul debito contratto siano state sostenute e pagati in conseguenza immediata e diretta del trasferimento del bene immobile dichiarato inefficace a seguito dell'intervenuto annullamento. (...) Sulla questione è stato sentito il Comitato consultivo dell'Avvocatura Generale dello Stato, il quale si è espresso in conformità". (A.G.S. - Parere del 9.6.2011).

«::::::::: GA :::::::::»

DOMANDA

Riduzione dell'importo - a seguito di pronuncia giurisdizionale - di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato: modus procedendi nella restituzione Parere del 16.5.2011 prot. 163604, AL 15475/11, Avv. Barbara Tidore.

RISPOSTA

"Con la richiesta di parere che si riscontra codesta amministrazione richiama la disposizione di cui all'art. 9 del d.l. 207/08 conv. in l. 14/09, secondo cui "Il termine per il pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dai d. lgs. 2.8.2007, n. 145, e 2.8.2007, n. 146, irrogate nell'anno 2008 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è prorogato di trenta giorni. Gli importi da pagare per le suddette sanzioni, anche irrogate negli anni successivi, sono versati fino all'importo di 50.000 euro per ciascuna sanzione, sul conto di tesoreria intestato all'Autorità, da destinare a spese di carattere non continuativo e non obbligatorio; la parte di sanzione eccedente il predetto importo è versata al bilancio dello Stato per le destinazioni previste dalla legislazione vigente. L'importo di 50.000 euro può essere ridotto o incrementato ogni sei mesi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, avente

natura non regolamentare, in relazione a specifiche esigenze dell'Autorità". La situazione specifica prospettata è quella in cui, a seguito di impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento dell'Autorità con cui è stata irrogata la sanzione, il TAR, in accoglimento totale o parziale delle censure mosse dal ricorrente, ridetermina in senso riduttivo l'importo a carico del sog- getto sanzionato. Rappresenta al riguardo codesta amministrazione che in tali casi, secondo una consolidata prassi dell'Autorità, la restituzione degli importi avviene tenendo conto del limite quantitativo previsto dal citato art. 9 per quanto attiene all'incameramento. Più precisamente, qualora l'importo (ridotto) risultante dalla sentenza ecceda la somma di euro 50.000, la quota parte da restituire viene posta a carico del bilancio dello Stato, mentre l'Autorità restituisce la quota di propria competenza solo se la somma finale sia inferiore a euro 50.000 e fino a concorrenza di tale ammontare. Viene pertanto richiesta una valutazione della correttezza di tale modus procedendi, sul presupposto che la fase della restituzione non trova disciplina in puntuali disposizioni di legge. In proposito si osserva che, per una ricostruzione possibilmente completa della disciplina rilevante, la disposizione menzionata nella nota in riferimento non sembra potersi leggere disgiuntamente da quella contenuta nell'art. 148 della l. 388/00 ("Utilizzo delle somme derivanti da sanzioni amministrative irrogate "dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato"), a mente della quale "1. Le entrate derivanti dalle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono destinate ad iniziative a vantaggio dei consumatori. 2. Le entrate di cui al comma 1 sono riassegnate con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica ad un apposito fondo iscritto nello stato di previsione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato per essere destinate alle iniziative di cui al medesimo co. 1, individuate di volta in volta con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentite le competenti Commissioni parlamentari". Si ha,dunque, un sistema in cui, all'interno della categoria generale delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità nell'esercizio delle sue competenze istituzionali, per le sole sanzioni previste dalla normativa in tema di tutela dei consumatori (ovvero comminate in applicazione del d. lgs. 206/205 e dei d.l. modificativi nn. 145 e 146 del 2007), il Legislatore ha inteso riservare all'Autorità una quota dell'ammontare complessivamente dovuto dal soggetto sanzionato. Per le rimanenti sanzioni, afferenti l'ambito delle condotte anticoncorrenziali, resta ferma la destinazione al bilancio dello Stato. Ai fini del parere ri chiesto appare decisivo notare che la delimitazione normativa è stata operata mediante una cifra ben precisa, ciò che rende estremamente difficile individuare, per una ipotetica, differente modalità di restituzione, delle soluzioni alternative a quella sinora praticata. Va inoltre rilevato che l'applicazione rigorosa del limite quantitativo, quale emergente dall'orientamento descritto nella nota che si riscontra, può ritenersi logicamente consequenziale alla previsione di cui all'art. 9 cit., consentendo di salvaguardarne la ratio di garantire una ripartizione degli introiti derivanti dalle sanzioni in base a criteri oggettivi e agevolmente verificabili. Per quanto precede, non si ravvisano valide ragioni giuridiche per porre in discussione l'attuale modalità di restituzione delle sanzioni in conseguenza di pronunce giurisdizionali. Il presente parere è stato esaminato dal Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che si è espresso in conformità." (A.G.S. - Parere del 16.5.2011 prot. 163604, AL 15475/11).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

IL TERMINE DI DECADENZA DI SESSANTA GIORNI PER PROPORRE L'AZIONE DI ANNULLAMENTO AVVERSO UN PROVVEDIMENTO DELLA P.A. DECORRE DALLA SUA CONOSCENZA CHE, IN DIFETTO DI FORMALE COMUNICAZIONE, SI CONCRETIZZA NEL MOMENTO DELLA PIENA PERCEZIONE DEI SUOI CONTENUTI ESSENZIALI (AUTORITÀ EMANANTE, CONTENUTO DEL DISPOSITIVO ED EFFETTO LESIVO), SENZA CHE SIA NECESSARIA LA COMPIUTA CONOSCENZA DELLA MOTIVAZIONE

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato esamina i tre orientamenti giurisprudenziali formatesi in materia di decorrenza del termine per esercitare l'azione di annullamento nei confronti dei provvedimenti della P.A. e fa chiarezza sui motivi per i quali vada ritenuto condivisibile il terzo orientamento, di seguito descritto, maggiormente rispettoso del principio di certezza dei rapporti giuridici. Più precisamente si legge nella sentenza che ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni. L'art. 41, co. 2, c.p.a. precisa che qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge. Le norme in questione non sempre sono state interpretate univocamente dalla giurisprudenza. Per un primo orientamento la piena conoscenza del provvedimento amministrativo presuppone la conoscenza del contenuto essenziale dell'atto, non potendo il termine per l' impugnazione decorrere dalla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, ma occorrendo anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, raggiunta mediante la valutazione della motivazione (CdS, Sez. V, 16.9.2011 n. 5191). Per altro orientamento sarebbe preferibile la «…tesi mediana per cui in via di principio, la piena conoscenza dell'atto censurato si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, perché tali elementi sono sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica e a dargli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti (CdS, Sez. IV, 26.1.2010 n. 292). Detti elementi essenziali devono essere tuttavia tali da consentire all'interessato di poter valutare se l'atto è illegittimo o meno e, in difetto, si deve ritenere che il destinatario abbia una mera facoltà, non un onere, di impugnare subito l'atto per poi proporre i motivi aggiunti, ben potendo attendere di conoscere la motivazione dell'atto per poter, una volta avuta completa conoscenza del contenuto dell'atto, quindi dell'effetto lesivo

dello stesso, valutare se impugnarlo o meno (ex multis, CdS, Sez. VI, 8.2.2007 n. 522). Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 3 l. 7.8.1990, n. 241, la motivazione è obbligatoria, sicché la mera notizia che esiste un provvedimento non può essere equiparata alla piena conoscenza del provvedimento medesimo. Di conseguenza, la piena conoscenza del provvedimento presuppone la conoscenza del contenuto essenziale dell'atto, non potendo il termine per l'impugnazione decorrere dalla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, ma occorrendo anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, conseguita attraverso la valutazione della motivazione (CdS, Sez. V, 4.1.2011, n. 8)…» (CdS, Sez. VI, 31.3.2011 n. 2006). Per un terzo orientamento – maggiormente consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato – quando il provvedimento amministrativo incide in modo diretto, immediato e concreto sulla posizione giuridica di un soggetto, comprimendogli o disconoscendogli diritti o altre utilità di cui questi è titolare, il termine per chiederne l'annullamento decorre dalla sua conoscenza che, in difetto di formale comunicazione, si concretizza nel momento della piena percezione dei suoi contenuti essenziali (autorità emanante, contenuto del dispositivo ed effetto lesivo), senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione, che è rilevante solo ai fini della successiva proposizione dei motivi aggiunti, nulla innovando, sul punto, l'obbligo di consentire agli interessati l'accesso alla documentazione, al cui ritardato adempimento l'ordinamento soccorre con la possibilità, accordata all'interessato, di proporre motivi aggiunti e, con gli stessi, anche di introdurre l' impugnazione di atti e provvedimenti ulteriori rispetto a quelli originariamente impugnati con il ricorso principale (CdS, Sez. IV, 2.9.2011, n. 4973). A giudizio della sezione merita condivisione il terzo orientamento perché, senza compromettere le ragioni di tutela dell'interessato (che potranno essere fatte valere con eventuali motivi aggiunti), appare maggiormente rispettoso anche del principio di certezza dei rapporti giuridici (CdS, Sez. III, 23.5.2012, n. 2993).

«::::::::: GA :::::::::»

IL GIUDICE PUÒ UTILIZZARE LE PROVE ACQUISITE IN UN ALTRO GIUDIZIO

Il giudice di merito può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in diverso giudizio fra le stesse o altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse e può, quindi, avvalersi anche di una consulenza tecnica ammessa ed espletata in diverso procedimento, valutandone liberamente gli accertamenti ed i suggerimenti una volta che la relativa relazione peritale sia stata ritualmente prodotta dalla parte interessata.(ex multis, ancora di recente CdS, Sez. V, 19.1.2009 , n. 223). Per altro verso, il detto principio (giustificato dal principio di economia dei mezzi probatori e nella salvaguardia del principio del libero convincimento giudiziale) è perfettamente simmetrico a quello espresso dal Giudice di legittimità civile (Cassazione civile , sez. II, 19.9.2000 , n. 12422) (CdS, Sez. IV, 17.5.2012, n. 2847).

«::::::::: GA :::::::::»

IL GIUDICE DELL'OTTEMPERANZA INFLIGGE ALLA PA. LA SANZIONE DI € 50 PER OGNI GIORNO DI RITARDO NELL'ESECUZIONE DELLA SENTENZA

Nel caso di specie il Collegio ha accolto la specifica domanda presentata dalla parte ricorrente ex articolo 114, comma 4, lettera e) del codice del processo amministrativo, che ha introdotto, in via generale, nel processo amministrativo, l'istituto della cd. penalità di mora, già regolato per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del codice di procedura civile, aggiunto dall'art. 49 della l. 18.6.2009, n. 69. Anche con la sentenza di ottemperanza, può invero essere fissata, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e in assenza di ulteriori ragioni ostative, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni

ritardo nell'esecuzione del giudicato, con una statuizione costituente titolo esecutivo. La misura prevista dall'art. 114 co. 4 lett. e) del c.p.a. va infatti considerata applicabile anche alle sentenze di condanna pecuniarie della PA., trattandosi di un modello normativo caratterizzato da importanti differenze rispetto alla previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c., (applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare). La citata misura (CdS, Sez.. V, sentenza 6688 del 20 dicembre 2011), assolve infatti ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non è volta a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento.

Nel processo amministrativo l'istituto presenta un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, co. 4, lett. e), del codice del processo amministrativo non ha riprodotto il limite, stabilito della norma di rito civile, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario; ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre del rimedio processule civilistico è volto alla generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza. Nel caso di specie risultano sussistenti tutti i presupposti stabiliti dall'art. 114 cit. per l'applicazione della sanzione: la richiesta di parte, formulata con il ricorso, l'insussistenza di profili di manifesta iniquità e la non ricorrenza di altre ragioni ostative. La misura della sanzione va dunque effettuata, in difetto di disposizione sul punto da parte del codice del processo amministrativo, ai parametri di cui all'art. 614 bis del codice di procedura civile e si deve valutare congrua, in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto, la misura di € 50 al giorno, da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza dopo il decorso dei termini prima assegnati di sessanta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza e di sessanta giorni per l'effettivo pagamento, e fino all'effettivo pagamento ad opera dell'amministrazione o del Commissario ad acta (CdS, Sez. V, 14.5.2012, n. 2744).

«::::::::: GA :::::::::»

L'APPELLO AVVERSO LE SENTENZE DEL TAR SUI RICORSI DI OTTEMPERANZA AL GIUDICATO È AMMISSIBILE SOLO QUANDO PROPONGANO QUESTIONI CONCERNENTI L'ESATTO SIGNIFICATO E LA PORTATA DELLA SENTENZA DA ESEGUIRE

Gli appelli avverso le sentenze pronunciate dal Tar sui ricorsi di ottemperanza al giudicato sono ammissibili solo quando propongano questioni concernenti l'esatto significato e la portata della sentenza da eseguire e non anche quando riguardino sentenze che hanno disposto, in sostituzione dell'amministrazione, le misure di carattere tecnico per la esecuzione del giudicato come quella di nomina di un commissario ad acta o quelle che fissano i criteri direttivi ai quali lo stesso si deve conformare (CdS, Sez. III, 9.5.2012, n. 2690).

«::::::::: GA :::::::::»

LA PIENA CONOSCENZA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO, RILEVANTE AI FINI DEL COMPUTO DEI TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE, SI CONCRETIZZA CON LA COGNIZIONE DEI SUOI ELEMENTI ESSENZIALI, IDENTIFICABILI NELL'AUTORITÀ EMA-

NANTE, NELL'OGGETTO, NEL CONTENUTO DISPOSITIVO DEL PROVVEDIMENTO E DEL SUO EFFETTO LESIVO

La piena conoscenza dell'atto amministrativo si concretizza con la cognizione dei suoi elementi essenziali, identificabili nell'autorità emanante, nell'oggetto, nel contenuto dispositivo del provvedimento e del suo effetto lesivo, essendo detti elementi sufficienti a rendere consapevole l'interessato dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, senza per un verso che sia invece necessaria anche la compiuta conoscenza della motivazione e degli ulteriori atti del procedimenti, che può giustificare la proposizione di motivi aggiunti e, per altro verso, che possa rilevare la consapevolezza convinzione soggettiva dell'illegittimità che inficerebbe l'atto e quindi la data della scoperta di un suo possibile vizio (ex pluriuso e tra le più recenti, CdS, Sez. V, 14.12.2011, n. 6543; 1.9.2011, n. 4895; 28.2.2011, n. 1250; 26.1.2010, n. 291) (CdS, Sez. V, 7.5.2012, n. 2609).

«::::::::: GA :::::::::»

E' INAMMISSIBILE IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA PER OTTENERE L'ESECUZIONE DI SENTENZE AUTOAPPLICATIVE

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con decisione 4.12.1998, n. 8), ha già stabilito che, nei confronti della sentenza di annullamento di un atto negativo di controllo, il rimedio del giudizio di ottemperanza non può trovare ingresso, trattandosi di decisione ascrivibile al genus delle sentenze autoesecutive, la quale, mercè l'eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento impugnato, produce il soddisfacimento dell'interesse del ricorrente senza necessità d'intermediazione dell'attività amministrativa. Pertanto, il giudizio di ottemperanza non può essere attivato per ottenere l'esecuzione di sentenze autoapplicative come quella esaminata dal TAR in primo grado, concernente l'annullamento di un atto negativo di controllo (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2443).

«::::::::: GA :::::::::»

LA PUBBLICAZIONE DI UNA SENTENZA IN UN DIFFERENTE GIUDIZIO PUÒ ESSERE UNA FONTE DI CONOSCENZA DI NUOVI VIZI PROPONIBILI CON MOTIVI AGGIUNTI

Ad avviso del Consiglio di Stato anche la pubblicazione di una sentenza in un differente giudizio, e benché resa inter alios, può ben costituire occasione per acquisire cognizione di elementi utili per l'introduzione di motivi aggiunti, non esistendo alcuna limitazione in ordine alle possibili fonti di conoscenza dell'esistenza dei vizi nuovi della cui deduzione in giudizio si tratterebbe. Il fatto, in particolare, che non venga in rilievo un documento specificamente attinente alla vicenda oggetto di causa non possiede alcuna rilevanza, una simile limitazione essendo ignota tanto al diritto positivo quanto all'interpretazione giurisprudenziale. Alla luce di quest'ultima, infatti, il presupposto necessario per formulare motivi aggiunti nel processo amministrativo, ai fini della deduzione di ulteriori vizi di legittimità dell'atto impugnato, consiste nell'ignoranza dei vizi stessi (non imputabile al deducente) al momento della proposizione del ricorso introduttivo. Laddove la sopravvenuta scienza dei medesimi vizi può indifferentemente ricondursi a comportamenti delle controparti, come il deposito di nuovi atti in corso di causa, oppure, appunto, all'emersione, semplicemente aliunde, di fatti o di circostanze nuove e significative, in precedenza non conosciuti né conoscibili (CdS, Sez. VI, 6.9.2010, n. 6473; IV, 15.9.2006, n. 5394; V, 6.7.2002, n. 3717 e 7.9.2001, n. 4682) (CdS, Sez. V, 27.4.2012, n. 2459).

«::::::::: GA :::::::::»

L'ATTO DI INTERVENTO IN GIUDIZIO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Il Consiglio di Stato nella fattispecie in esame ha dichiarato la tardività degli interventi proposti dai Comuni nel giudizio di primo grado affermando che, come assodato dalla

giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. CdS, Sez. IV, 30.11.2010, n. 8363), la nuova disciplina introdotta dall'art. 50 c.p.a. prevede, sul piano strettamente procedurale, che: 1) l'atto di intervento è proposto al giudice davanti al quale pende la controversia principale; 2) l'atto deve contenere le generalità dell'interventore, le ragioni su cui si fonda, la sottoscrizione della parte, il patrocinio del difensore e la relativa procura (ex art. 22, co. 2, e 24, c.p.a.); 3) l'intervento è notificato a tutte le altre parti, costituite e non, nel giudizio principale; 4) il deposito dell'atto di intervento è sottoposto ad un duplice, inderogabile, limite temporale: a pena di decadenza deve essere depositato nella segreteria del giudice adito entro trenta giorni dalla notificazione e, comunque, non oltre trenta giorni prima dell'udienza fissata per la discussione del ricorso. Secondo ricevuti principi, la tardività del deposito non è sanabile ex post, per acquiescenza delle controparti (come, viceversa, sostenuto dalla difesa degli appellati a pagine 14 – 15 della memoria di costituzione), in quanto i termini perentori sono espressivi di un precetto di ordine pubblico processuale essendo posti a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice (cfr., ex plurimis, CdS, Sez. V, n. 23.2.2012, n. 1058; sez. V, 28.3.2008, n. 1331, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.) (CdS, Sez. V, 22.3.2012, n. 1640).

«::::::::: GA :::::::::»

INAMMISSIBILI I MOTIVI DI RICORSO NON DEDOTTI IN SEDE GERARCHICA MA PROPOSTI PER LA PRIMA VOLTA IN SEDE GIURISDIZIONALE

La giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere che in sede di ricorso giurisdizionale contro una decisione adottata a seguito di ricorso gerarchico, sono inammissibili i motivi che non siano stati proposti in sede gerarchica nei confronti dell'atto impugnato, e ciò al fine di evitare la possibile elusione dei termini perentori entro i quali proporre ricorso giurisdizionale (CdS, Sez. IV, 11.4.2007, n. 1603) (CdS, Sez. IV, 15.3.2012, n. 1444).

«::::::::: GA :::::::::»

E' INAMMISSIBILE LA DOMANDA RISARCITORIA FORMULATA PER LA PRIMA VOLTA IN SEDE DI APPELLO

L'esperimento della domanda risarcitoria in sede di giudizio di appello si trova in conflitto con il divieto posto, sulla scia dell'art. 345 cod. proc. civ., dall'art. 104 CPA (Nuove domande ed eccezioni), che al suo primo comma recita, a presidio del principio del doppio grado di giudizio e del valore della pienezza del relativo contraddittorio : Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall'art. 34, co. 3, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa. Né sarebbe possibile invocare la deroga posta al generale divieto di jus novorum dal periodo conclusivo del comma, nella parte in cui ammette comunque la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza impugnata. Tale deroga, allo stesso modo di quella contemplata per gli interessi ed altri accessori, la quale postula che nel grado anteriore di giudizio vi fosse già stata una precedente domanda, ed ammette in appello semplicemente uno sviluppo del relativo petitum, esige del pari che in primo grado fosse stato già richiesto il risarcimento dei danni, e si limita ad ammettere che in appello venga domandato il ristoro dei danni ulteriori verificatisi nelle more (in tal senso, nell'applicazione della simile formula recata dall'art. 345 cod. proc. civ., cfr. Cass. Civ., Sez. III, 3.3.2010, n. 5067, nonché sez. I, 19.1.2006, n. 1054, dove si precisa, appunto, che la domanda di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza è ammissibile in grado d' appello solo se nel giudizio di primo grado sia stata proposta un'azione di danni, e se gli ulteriori danni richiesti in appello trovino la loro fonte nella stessa causa e siano della stessa natura di quelli già accertati in primo grado). A più forte ragione nella specie la conclusione dell'inammissibilità si impone, infine, se si considera che, in violazione del canone del contrad-

dittorio, la richiesta risarcitoria è stata formulata in una mera memoria, e non in un atto notificato alle controparti (CdS, Sez. V, 28.2.012, n. 1154).

«::::::::: GA :::::::::»

RICUSAZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: L'ART. 18 C.P.A. EVITA LA PARALISI DELL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE PREVEDENDO L'ADOZIONE DI UNA IMMEDIATA DELIBERAZIONE

Nel presente caso, il Consiglio di Stato, ha innanzi tutto, osservato che dall'atto di ricusazione, è enucleabile una ragione generale della stessa, coinvolgente tutti i componenti del Consiglio di Stato (e quindi anche gli attuali componenti del Collegio giudicante), nella quale sostanzialmente si iscrivono ragioni di ricusazione solo in apparenza specifiche, relative a taluni singoli Consiglieri di Stato (in taluni casi, peraltro estranei alla attuale composizione del Collegio giudicante). Orbene, l'art. 18 Cpa prevede, in ordine alla decisione dell'istanza di ricusazione, tra l'altro che: a) il collegio investito della controversia può disporre la prosecuzione del giudizio, se ad un sommario esame ritiene l'istanza inammissibile o manifestamente infondata (co. 4); b) che in ogni caso la decisione definitiva sull'istanza è adottata, entro trenta giorni dalla sua proposizione, dal collegio previa sostituzione del magistrato ricusato, che deve essere sentito (co. 5). Dalle norme riportate si evince che, nella prima ipotesi (cioè quando ravvisi l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dell'istanza), il Collegio può decidere, anche in composizione comprendente il o i magistrati ricusati, dovendosi porre il problema del rinvio ad altra udienza (previa sostituzione del magistrato ricusato): - sia quando non si rinvengano ragioni fondanti la declaratoria di inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza (e quindi la stessa deve essere compiutamente esaminata); - sia quando il Collegio ha delibato l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dell'istanza, essendo in questo caso prevista una seconda decisione, come si evince dal co. 8, secondo periodo, in base al quale l'accoglimento dell'istanza di ricusazione rende nulli gli atti compiuti ai sensi del comma 4 con la partecipazione del giudice ricusato, norma che sarebbe priva di senso ove non si prevedesse una decisione successiva alla immediata delibazione di cui al co. 4, in applicazione – anche in questo caso – del successivo co. 5. Né vi sono ragioni per distinguere, quanto all'applicazione dei coo. 4 e 5 dell'art. 18, l'ipotesi in cui destinatario dell'istanza di ricusazione sia un determinato (o più determinati) componenti del Collegio giudicante, ovvero oggetto dell'istanza siano tutti i componenti del Collegio medesimo, di modo che, anche nel presente caso, il Collegio deve innanzi tutto delibare l'istanza e, se la ritenga inammissibile o manifestamente infondata, procedere oltre nel giudizio. Allo stesso tempo, laddove oggetto di ricusazione è lo stesso intero Collegio, l'ulteriore valutazione dell'istanza di ricusazione sarà effettuata da un Collegio avente composizione totalmente diversa. In sostanza, l'art. 18 Cpa ha inteso, sul punto, meglio precisare – in ordine al procedimento conseguente all'istanza di ricusazione – quanto in generale previsto dall'art. 53, primo comma, c.p.c., il quale si limita a prevedere, per quel che interessa nella presente sede, che sulla ricusazione decide . . . il collegio se è ricusato uno dei componenti del Tribunale o della Corte. La soluzione adottata dal Codice, che consente la immediata delibazione dell'istanza da parte del Collegio cui appartiene il giudice ricusato, ovvero da parte del Collegio ricusato nella sua totalità, è senza dubbio aderente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto tesa ad evitare che con una pluralità di successive istanze di ricusazione venga paralizzata l'attività giurisdizionale, ed essa è altresì conforme a quanto espresso anche dalla Corte Costituzionale, secondo la quale esiste un potere delibatorio del giudice della causa in ordine all'istanza di ricusazione, onde evitare che atti di ricusazione pretestuosi comportino effetti di ritardo o paralisi del giudizio (Corte cost., 18.3.2005 n. 115 e 23.7.2002 n. 388) (CdS, Sez. IV, s 28.2.2012, n. 1162).

«::::::::: GA :::::::::»

DICHIARAZIONE DI PERENZIONE DEL RICORSO AMMINISTRATIVO: SE LA PARTE SI E' DOMICILIATA *EX LEGE* PRESSO LA CANCELLERIA DEL TRIBUNALE BASTA IL DEPOSITO DELL'AVVISO IN CANCELLERIA

La giurisprudenza ha già avuto modo di sottolineare come in assenza di qualsivoglia espresso riferimento alle forme della notificazione degli atti giudiziari, l'art. 9, co. 2, l. n. 205/2000 non ha affatto utilizzato l'espressione notifica in senso tecnico. Pertanto per poter disporre la dichiarazione di perenzione l'art. 9, co. 2, l. n. 205/2000 basta la comunicazione alle parti costituite effettuata presso il domicilio legale per cui se la parte è domiciliata ex lege basta il deposito in segreteria. Ed è in tal senso che la norma è stata interpretata nella prassi (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5564). Non era infatti necessaria l'effettiva conoscenza della parte ricorrente o del difensore del deposito dell'avviso presso tale domicilio legale, non avendo la norma attribuito alla mancata conoscenza della parte un rilievo impeditivo dell'estinzione del giudizio (CdS, Sez. IV, 28.1.2011 , n. 695). Né di conseguenza era necessaria l'ulteriore formalità di cui all'art. 141 c.p.c. . Il Consiglio di Stato, infine da ragione al TAR anche quando ricorda come fosse nella specie inconferente la disponibilità del patrocinatore, espressa in via generale, e non in forma specifica nell'ambito di ogni singolo ricorso, a ricevere comunicazioni fax, non essendo necessarie forme alternativa alle prescritte comunicazioni effettuate presso il domicilio ex lege (CdS, Sez. IV, 23.2.2012, n. 1040).

«::::::::: GA :::::::::»

IL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA IL TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE E IL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN MATERIA DI ACQUE PUBBLICHE

Nel giudizio in esame un Comune presentava domanda di concessione alla regione di una piccola derivazione dal fiume, per uso idroelettrico. La regione respingeva la richiesta con provvedimento che veniva impugnato dal Comune innanzi al giudice amministrativo che dichiarava il proprio difetto di giurisdizione. Avverso tale decisione ha proposto appello il comune che con la sentenza in esame e' stato rigettato sul presupposto che gli atti che regolano la materia delle Acque pubbliche non vanno considerati in astratto, ma con riferimento alla possibilità di influire, comunque, sulla loro regolamentazione (CdS, Sez. V n. 6942/10). Le Sezioni Unite hanno riaffermato che la giurisdizione di legittimità in unico grado attribuita al Tribunale superiore delle acque pubbliche con riferimento ai ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche, sussiste quando i provvedimenti amministrativi impugnati incidano direttamente sul regime delle acque pubbliche, nel senso che concorrano, in concreto, a disciplinare la gestione e l'esercizio delle opere idrauliche o a determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio e alla realizzazione delle opere stesse od a stabilire o modificarne la localizzazione o a influire nella loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimenti (cfr. Cass., Sez. Un., n. 27528/08 e 10848/09). Ed inoltre, hanno osservato che l'incidenza diretta del provvedimento amministrativo sul regime delle acque pubbliche, che radica la giurisdizione di legittimità del Tribunale superiore delle acque pubbliche, è configurabile non solo quando l'atto provenga da organo amministrativo preposto alla cura di pubblici interessi in tale materia e costituisca manifestazione dei poteri attribuiti a tale organo per vigilare o disporre in ordine agli usi delle acque, ma anche quando l'atto, ancorché proveniente da organi dell'amministrazione non preposti alla cura degli interessi del settore, finisca, tuttavia, con l'incidere immediatamente sull'uso delle acque pubbliche, in quanto interferisca con i provvedimenti relativi a tale uso, autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi. (Cassazione civile , sez. un., 26.7.2002 , n. 11126). Da quanto sopra

consegue che ha incidenza diretta sul regime delle acque il provvedimento con il quale l'organismo competente si pronuncia con proprio decreto sull'assoggettamento di un progetto di opera idrica (nella specie un progetto per il quale si chiede una concessione di derivazione) alla relativa procedura, in quanto tale provvedimento postula l'esame nel merito dell'opera o dell'intervento, chiaramente incidente sulla consistenza dell'opera e sulle modalità di gestione della stessa, e ne può condizionare la effettiva realizzazione o le modalità di gestione. Pertanto, ove l'oggetto del progetto esaminato nella procedura di screening sia un'opera idraulica, l'impugnazione del decreto emesso dal Responsabile della struttura competente, per la sua ricaduta immediata sul regime delle acque pubbliche, va ricondotta alla giurisdizione del Tribunale delle acque pubbliche(cfr. CdS, Sez. V n. 3678/09) (CdS, Sez. V, 21.2.2012, n. 928).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

PREVENZIONE E REPRESSIONE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

del Prof. Avv. Vincenzo Musacchio

Il ruolo della prevenzione nella lotta alla corruzione. Illustrazione dei meccanismi di prevenzione e repressione.

The role of prevention in the fight against corruption. Illustration of the mechanisms of prevention and repression.

Sommario: 1. Premessa. 2. I meccanismi di prevenzione. 3. I meccanismi di repressione. 4. Conclusioni.

1. Premessa[1]**.**

La corruzione, ormai è un cancro onnipresente che non risparmia nessun Paese al mondo. Ma che cosa esprime il termine corruzione? Questa parola di origine latina (*corrumpere*) significa pervertire l'integrità morale. Sono corrotte, dunque, quelle pratiche che contravvengono ad una morale generalmente riconosciuta. La corruzione in seno alla pubblica amministrazione, invece, riguarda infrazioni commesse contro l'etica professionale dei pubblici ufficiali. I valori etici però variano da una cultura all'altra, per cui, i parametri per valutare un comportamento corrotto possono variare a seconda della Nazione[2].

La corruzione è un fenomeno assai diffuso, ma non per questo può essere definita o ritenuta normale o tantomeno accettabile.

Del resto oggi, si è concordi sul fatto che la corruzione, malgrado il relativismo culturale, è un concetto generalmente utilizzabile in tutte le culture e che il problema della delimitazione tra comportamento accettabile e comportamento inaccettabile si pone solo nel singolo caso[3].

Un dato obiettivo facilmente accertabile, è che la corruzione è particolarmente diffusa laddove il potere legislativo o il potere giudiziario sono deboli, dove non vengono osservate le regole dello Stato di diritto, dove il clientelismo è diventato norma, dove l'amministrazione statale manca di indipendenza e di professionalità e dove la società civile è avvinta nella corruzione o non dispone di mezzi

[1] *Scritto inviato alla* Commissione per gli Affari Legali dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa incaricata di fornire studi sui metodi di lotta alla corruzione in Kosovo.

[2] Nell'ambito dei rapporti tra morale e corruzione, grande spazio andrebbe riservato alle opere di Caio Sallustio Crispo, sia per il loro valore artistico, ma anche in quanto esaurienti stralci di quel periodo di grave crisi politica, sociale e morale che furono gli anni della caduta della Repubblica di Roma. Le sue tre opere principali sono il famosissimo De Coniuratione Catilinae, noto anche come Catilinariae, il Bellum Iugurtinum e le Historiae. L'elemento centrale, su cui Sallustio conta particolarmente per risollevare le sorti di Roma, è un rinnovamento morale, in obbedienza, appunto, alla sua visione moralistica della crisi. Insomma, oggi per noi Sallustio rappresenta una fonte di enorme valore su un periodo della storia romana particolarmente fosco e confuso, e la forza della sua verve polemica, la potenza delle sue convinzioni morali, riescono ad affascinarci e, soprattutto, a farci riflettere ancora oggi.

[3] Non esiste una definizione di corruzione unica ed universalmente accettata, esistono diverse forme di corruzione, che rendono difficile l'individuazione e l'accertamento dei comportamenti corruttivi di rilievo penale.

per esercitare pressione contro le varie forme di corruttela[4].

La corruzione si manifesta in seno alla pubblica amministrazione, sia livello politico-istituzionale, sia a livello economico. Essa può verificarsi in tutti i casi in cui ad una persona è stata affidata una mansione pubblica da un'altra persona o da un'istituzione appartenente allo Stato.

La corruzione intesa quale abuso di potere per interesse personale comprende tutta una serie di reati. Per motivi pratici, in tal sede, distingueremo tra grande e piccola corruzione. La grande corruzione, riguarda generalmente alti funzionari (ministri, sottosegretari, capi dipartimento di ministeri), decisioni o contratti importanti e grosse somme di denaro. La piccola corruzione, è di regola praticata da funzionari di livello inferiore (dirigenti, funzionari) per procurarsi favori o beni di routine ed implica importi di denaro più modesti. Spesso può anche essere utile distinguere tra corruzione sistematica o endemica che impregna un governo o un ministero (il sistema di Tangentopoli degli anni '90) e corruzione individuale che si manifesta in casi isolati e sporadici.

Consapevoli che per la lotta alla corruzione non vi sono metodologie efficaci, abbiamo elaborato dei principi generali la cui attuazione dovrà comunque essere adattata in funzione dei singoli casi. La strategia della lotta alla corruzione (come idea di politica criminale) poggia su due pilastri: A) la prevenzione; B) la repressione.

2. I meccanismi di prevenzione.

Il ruolo della prevenzione nella lotta alla corruzione è ormai unanimemente ritenuto un fattore importantissimo[5]. I meccanismi di prevenzione nella lotta alla corruzione, a nostro giudizio, sono: A) la garanzia e l'efficacia dei controlli; B) la promozione della trasparenza amministrativa; C) la promozione della integrità del pubblico ufficiale; D) la sensibilizzazione di coloro che operano nella pubblica amministrazione; E) lo smantellamento della ampia discrezionalità della pubblica amministrazione; F) la garanzia del reddito ai pubblici dipendenti; G) la riduzione delle opportunità di corruzione.

A) Un dato inconfutabile conferma che la corruzione trova terreno fertile quando il controllo manca del tutto, viene trascurato, oppure, è insufficiente. I superiori gerarchici all'interno dell'istituzione o della struttura pubblica, pertanto, devono sapere quali tra le attività svolte dai loro dipendenti sono esposte al pericolo di corruzione ed essere particolarmente attenti quando identificano i settori a rischio. Ai superiori gerarchici nell'esecuzione dei loro compiti di vigilanza e controllo, speciali organi (muniti di alta specializzazione nel settore) possono offrire consulenza fermo restando il principio di corresponsabilità. Nello svolgimento di tali mansioni è essenziale che essi godano di totale indipendenza, il che è possibile designando organi di controllo diversi per le diverse istituzioni (soggetto decisore, gestore e controllore non devono coincidere strutturalmente in un entità unitaria ma devono trovare adeguata separazione funzionale).

Talune funzioni di controllo possono anche essere affidate ad organi esterni all'amministrazione. I controlli, però, devono essere a sorpresa e vanno effettuati in modo irregolare e secondo il metodo del prelevamento di un campione. Se un controllo dà adito ad un sospetto caso di corruzione, l'apparato repressivo deve scattare tempestivamente ed essere certo ed implacabile[6].

[4] In Italia il fenomeno della corruzione sottrae oltre sessanta miliardi di euro ogni anno alle casse dello Stato e aggrava a dismisura la dimensione del debito pubblico. L'indignazione dei cittadini deve tradursi in un impegno senza precedenti per promuovere una raccolta di firme in grado di contrastare con misure durissime la corruzione, un vero e proprio cancro della nostra democrazia.

[5] Cfr. per tutti ARNONE-ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005 secondo i quali un ruolo sempre più decisivo ai fini della prevenzione delle pratiche corruttive, peraltro non solo in Italia ma più in generale in una prospettiva di economia globalizzata, dovrebbe essere svolto proprio dalle istituzioni di garanzia.

[6] Lo stesso termine controllo, tuttavia, assume una valenza multiforme, che comprende, assieme ai tradizionali controlli amministrativi, diverse altre forme. Esiste infatti un controllo politico, un controllo burocratico, ma anche, in senso più ampio, un controllo democratico, che attiene più strettamente al rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Tutte queste tipologie di controlli hanno subito profonde trasformazioni, ma quella più evidente ha riguardato i

B) La trasparenza della pubblica amministrazione è un requisito essenziale e permette di conseguire due obiettivi: migliorare la facoltà dei cittadini di salvaguardare i propri diritti e agevolare il controllo. Trasparenza significa che tutte le norme e le procedure debbono essere accessibili e comprensibili per ogni cittadino[7]. Ogni decisione deve essere stabilita per iscritto ed in modo intellegibile. La segretezza può essere ammessa solo in circostanze di forza maggiore laddove sia concretamente messa in pericolo la sicurezza dello Stato, in tutti gli altri casi, va ritenuta inammissibile.

C) L'integrità presuppone in primo luogo una chiara e consapevole distinzione tra funzione e individuo, per quanto questa idea sia in contrasto con molte tradizioni e quindi difficile da realizzare. Chi concepisce sé stesso come parte di un insieme agisce anche come tale. Occorre quindi promuovere il processo di identificazione degli agenti con gli obiettivi supremi dello Stato. Un presupposto fondamentale dell'identificazione è una retribuzione equa[8].

D) Per poter sensibilizzare coloro che operano all'interno di possibili meccanismi di corruzione è necessario comprendere con chiarezza cosa è lecito e cosa è vietato nell'esercizio delle loro funzioni pubbliche o private[9]. Chiunque operi nella pubblica amministrazione deve essere informato sui parametri minimi da rispettare in materia di diritto penale. E' più che mai necessario, dunque, adottare un codice di comportamento che stabilisca chiaramente i limiti da non oltrepassare. A mio avviso, sarà necessario far gravare sui superiori gerarchici una particolare responsabilità derivante dalla loro funzione di *modello* da seguire. Sensibilizzare, però, significa anche informare l'opinione pubblica sulle ripercussioni dirette ed indirette della corruzione. L'opinione pubblica deve sapere quali sono gli effetti della corruzione, perché solo una cittadinanza bene informata può esercitare una pressione sufficiente per combatterla.

E) Ogni azione corruttiva presuppone una posizione di potere consistente nel disporre di risorse materiali e di un così ampio potere discrezionale tale da poter assumere decisioni secondo il proprio arbitrio e senza l'imposizione di vincoli di legge[10]. Una delle regole basilari della lotta alla corruzione è quella di evitare che una singola persona possa disporre di cospicue risorse materiali e di un ampio potere decisionale. Per arginare queste prassi sarà necessario istituire il *principio del doppio controllo* sulla base del quale chi non controlla ciò che doveva controllare e corresponsabile dell'atto corruttivo a titolo di concorso morale e quindi ne dovrà rispondere sia

controlli amministrativi: l'accresciuta autonomia degli enti territoriali ha infatti determinato una progressiva riduzione dei controlli esterni. Ne sono derivati diffusi timori, legati alla (spesso effettiva) inadeguatezza dei controlli interni o all'insufficienza della tutela giurisdizionale quale strumento di controllo solo eventuale e non sistematico. Da qui il moltiplicarsi di proposte volte a introdurre, sotto diverse terminologie, nuove tipologie di controllo, volte in particolare all'accertamento del corretto uso delle risorse, con il presupposto che la correttezza dell'azione amministrativa passi attraverso l'imparzialità, ma anche attraverso l'efficienza.

[7] La trasparenza amministrativa è la condizione fondamentale perché i cittadini possano controllare l'amministrazione, e dunque, democraticamente, la stessa attività del Governo. La pubblica amministrazione deve avere le mura di vetro. Se il cittadino non vede da fuori cosa vi accade dentro, allora si sentirà lontano e magari sarà portato a cercare altrove le sue risposte alla domanda di giustizia. Grazie specialmente all'azione di Bassanini molto si è fatto su questo terreno (il responsabile del procedimento, ad esempio, è stata una buona riforma), ma non abbastanza. Naturalmente una amministrazione più trasparente è anche più responsabile di quello che fa ed è autoconsapevole del suo ruolo.

[8] I livelli di salario minimo variano da Paese a Paese: più generosi nei paesi nordici, Francia e Lussemburgo, oltre il 50% del salario medio previsto a livello nazionale; meno generosi nei paesi anglosassoni e Spagna, al di sotto del 40% del salario medio; livelli intermedi di Belgio, Olanda e Portogallo.

[9] Il ricorso a tecniche di scrittura volte a favorire la comprensibilità dei testi è dunque rimesso, essenzialmente, alla buona volontà degli operatori e non è stato fatto oggetto di un dovere giuridico. Quello della chiarezza è una battaglia da combattere non solo sul piano del diritto, bensì su quello dei valori e della mentalità. Non serve imporre la chiarezza per legge; è necessario, invece, un cambiamento culturale.

[10] Se discrezionalità nella pubblica amministrazione deve sussistere occorre che la stessa permetta di adeguare le procedure alle esigenze contingenti, valorizzando le competenze, responsabilizzando dirigenti e personale e rafforzando i controlli.

in sede penale che civile[11]. Dovrà sussistere per tutti (P.A e privati) l'obbligo di informare e di richiedere autorizzazioni. In campo economico gli abusi di potere potranno essere contrastati favorendo la concorrenza ed evitando situazioni di monopolio e di oligopolio[12].

F) Un altro importante strumento nella lotta alla corruzione consiste nell'abolizione di norme inutili, nello snellimento delle procedure di autorizzazione, nell'abrogazione di licenze e nella riduzione di tasse e dazi doganali eccessivi[13]. Una simile strategia ridurrà notevolmente le occasioni di percepire la cd. *tangente*. Le procedure farraginose con oneri a carico dei cittadini costituiscono spesso e volentieri l'opportunità per il pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio o esercente una funzione di pubblica utilità) di vendere a *caro prezzo* la propria firma e il proprio timbro in cambio di un risparmio di tempo e di denaro. Nei Paesi in cui può svilupparsi la privatizzazione delle istituzioni statali sarebbe auspicabile incentivare tale procedura in quanto costituisce un mezzo efficace nella lotta contro la corruzione precisando però che lo Stato dovrebbe esercitare comunque una funzione di vigilanza, in specialmodo nel settore finanziario.

G) Per molti funzionari di Stato la corruzione è una *questione di sopravvivenza* perché il loro stipendio spesso è inferiore al minimo vitale. Per contenere l'accrescere del fenomeno della corruzione si dovrebbe, ove possibile, incrementare gli stipendi troppo bassi. Come operare in questo contesto non è cosa semplice, occorrerebbe in primo luogo una riforma globale della pubblica amministrazione, mediante un ridimensionamento delle burocrazie pletoriche e l'aggiornamento e la formazione continua del personale allo scopo di eliminare i cd. impiegati fantasma. Lo Stato potrebbe procurarsi le finanze necessarie ad una migliore retribuzione dei suoi funzionari proprio attraverso la lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione stessa, nonché riducendo spese militari eccessive.

3. I meccanismi di repressione.

Il secondo pilastro della strategia anticorruzione è la repressione, che diventa operativa solo una volta falliti gli strumenti preventivi. Le misure repressive tendono a conseguire due obiettivi: impedire che gli agenti corrotti possano cagionare ulteriori danni (prevenzione speciale) e fungere da deterrente (prevenzione generale).

In uno Stato di diritto le misure repressive devono essere avviate a tempo debito e non quando la corruzione sta già imperversando. Una efficace repressione della corruzione presuppone: A) l'esistenza di solide basi giuridiche dello Stato; B) un sostegno politico delle iniziative anticorruzione; C) l'imparzialità, l'indipendenza e la dotazione di adeguati mezzi delle istituzioni competenti nella lotta alla corruzione; D) la libertà e l'imparzialità dei media di riferire in modo responsabile sui casi di corruzione.

A) Uno strumento fondamentale per la lotta alla corruzione è la presenza di disposizioni incisive in materia di diritto e procedura penale[14]. E' indispensabile disporre di un testo

[11] Cfr. MUSACCHIO, *Fondamenti di diritto penale*, Napoli 2009, 122. Il soggetto non è punito per il mancato compimento di un'azione, bensì perché dalla sua omissione è derivato un evento che non avrebbe dovuto verificarsi; con tali reati, dunque, si viola l'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di un evento lesivo. La disciplina generale dei reati commissivi mediante omissione è contenuta nel capoverso dell'art. 40 cod. pen., ai sensi del quale *non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*.

[12] Questo presuppone, innanzitutto, una enorme semplificazione della burocrazia, un controllo del territorio da parte dello Stato e un sistema bancario che guardi agli interessi nazionali.

[13] Una miriade di regole inutili e farraginose che prolungano inutilmente i vari procedimenti amministrativi e fanno lievitare le spese, scoraggiano gli investitori e non aiutano a sfruttare i finanziamenti che l'Unione Europea mette a disposizione. Favorire il massimo della digitalizzazione soprattutto nella comunicazione tra i diversi enti ed uffici del medesimo ente, prodigarsi in una proficua semplificazione normativa in modo da snellire le procedure amministrative, pubblicizzare i modelli virtuosi e multare le amministrazione inadempienti; solo così si potrà avere un vero risparmio nei costi e nei tempi, che potrà agire sensibilmente sulla crescita economica ponendo un freno anche alla crescente corruzione.

[14] Ad esempio: Si dovrebbe rielaborare la materia relativa ai reati contro la pubblica amministrazione, sopprimendo la figura della concussione: l'attuale forma esplicita (cioè mediante violenza o minaccia) diverrebbe un'aggravante speciale dell'estorsione, mentre la forma induttiva verrebbe ricompresa in una

legislativo che contempli tutti i reati (*rectius*: delitti) possibili nell'area della corruzione, dal semplice foraggiamento al riciclaggio di denaro sporco. In molte Nazioni, il diritto penale presenta tuttora rilevanti lacune giuridiche. Per poterle colmare è necessario una fervida collaborazione tra coloro che formulano le leggi e coloro che le applicano (Parlamento, Governo e Magistratura).

All'aggiornamento del sistema penale può contribuire anche lo scambio di esperienze a livello europeo (ad es. EuroJust). Un buon risultato potrebbe conseguirsi creando norme di diritto penale chiare con la semplice funzione di indicare ciò che è lecito e ciò che è proibito. Molti delitti di corruzione pagano il pegno di farraginose procedure tra l'autorità incaricata del procedimento penale ed i grossi problemi legati alla tecnica dell'istruttoria. Vi sono, spesso, all'interno di tali comportamenti criminosi solo dei complici, ma nessun testimone, per cui è facile nascondere le transazioni corrotte, in special modo laddove la giustizia non interviene in modo tempestivo. E' pertanto necessario esaminare le modalità con cui possono essere protetti querelanti e testimoni ed è opportuno introdurre una regolamentazione *ad hoc* per i supertesti. Si potrebbero, inoltre, invitare politici e funzionari a dichiarare periodicamente la provenienza dei loro beni patrimoniali. Una possibile sanzione accessoria da adottare contro i politici corrotti potrebbe essere quella di escluderli dalle cariche pubbliche in perpetuo. La pena massima per un reato di corruzione dovrà comunque essere adeguata e correlata alla gravità del reato stesso. Oltre alle norme previste dal diritto e dalla procedura penale saranno necessarie nuove disposizioni sulla responsabilità civile e sulle sanzioni accessorie ed amministrative. Anche le imprese (che collaborano con la P.A.) che si sono rese colpevoli di corruzione vanno registrate su una lista nera ed escluse in perpetuo dall'avere rapporti con la pubblica amministrazione.

B) Affinché il sistema normativo-repressivo non rimanga lettera morta occorre un contesto politico che consenta all'autorità giudiziaria incaricata del procedimento penale di perseguire persone corrotte, anche ove si tratti di militari di alto rango, di personalità politiche influenti appartenenti ai partiti governativi o di altri personaggi di rango elevato[15]. Una società civile forte è in grado di creare un clima propizio alla lotta contro la corruzione.

A tale proposito le organizzazioni non governative impegnate nella lotta alla corruzione possono farsi portavoce dell'opinione pubblica e tradurre sentimenti di indignazione e di scontento in specifiche rivendicazioni. Ma cosa succede laddove anche la società civile è complice o correa dei meccanismi di corruttela (es. clientelismo)[16]? A nostro giudizio in quei contesti solo una magistratura sana può combattere l'ardua battaglia.

C) Gli organi requirenti e quelli giudicanti svolgono un ruolo determinante nella lotta alla corruzione e per far ciò queste istituzioni devono essere integrate in un sistema democratico e in uno Stato di diritto di cui rispettano le regole. Devono godere della massima imparzialità ed indipendenza. Per adempiere correttamente la loro funzione esse devono poter agire in piena libertà nel rispetto della legge. Devono avere la garanzia di non essere penalizzate od ostacolate nell'esercizio delle loro funzioni[17]. Per avviare le indagini è di

più ampia fattispecie di corruzione che si estenderebbe fino alla corruzione impropria, con un indifferenziato trattamento sanzionatorio. Regolamentare in maniera chiara la disciplina in materia di incandidabilità: si dovrebbe impedire la candidatura a parlamentare di soggetti condannati in via definitiva per un delitto non colposo, misura estesa a qualsiasi incarico per cui l'elezione o la nomina sia di competenza degli organi parlamentari. Ciascun candidato dovrebbe avere l'obbligo di attestare l'insussistenza delle cause di incandidabilità, pena l'esclusione da parte dell'ufficio centrale circoscrizionale. Occorrerebbe introdurre cause ostative all'assunzione di incarichi di governo.

[15] Un altro antidoto alla corruzione politica è una valida educazione democratica, cioè un'educazione basata sulla filosofia democratica, che insegni ai futuri leader che il politico non è al di sopra della gente comune, se non per le responsabilità che comporta il suo compito di governare.

[16] Pensiamo alla corruzione dilagante nelle Università, negli appalti, nelle assunzioni, nel settore sanitario e così via.

[17] La eccessiva durata dei processi e l'incertezza della pena costituiscono i problemi più gravi e irrisolti della giustizia dei cittadini. Il nostro sistema penale è uno dei meno severi dell'occidente per numero di denunce, arresti, mitezza delle pene e numero di detenuti. Nel contempo illegalità, corruzione e criminalità mafiosa

regola necessario il provvedimento emanato da un procuratore della Repubblica. La ripartizione delle competenze tra più procuratori può evitare l'insabbiamento prematuro di un caso di corruzione. E' indispensabile che gli organi requirenti e quelli giudicanti siano indipendenti e godano di sostegno politico oltre a disporre di mezzi istituzionali appropriati con i quali le loro iniziative contro la corruzione potranno essere coronate da successo. Per essere efficaci, essi devono usufruire di risorse finanziarie e di personale, del necessario *know-how* e di una struttura adeguata quale la procura distrettuale anticorruzione in ambito nazionale.

D) I media svolgono, oltre alle proprie funzioni, un duplice ruolo repressivo: da un lato, essi possono rendere di dominio pubblico casi concreti di corruzione ed innescare così l'apparato repressivo, d'altro lato, possono mettere alla berlina i funzionari e i politici condannati per corruzione. In questo modo, la punizione ottenuta dalla giustizia raggiunge pienamente il suo effetto intimidatorio. L'adempimento di questa funzione, però, presuppone un'assoluta libertà di stampa e un'elevata professionalità da parte dei giornalisti[18]. Non va dimenticato, però, che anche gli editori e i giornalisti possono essere soggetti alla corruzione. L'arma più efficace per contrastare tale eventualità è il pluralismo dei mezzi d'informazione: grazie a ciò ci sarà sempre un giornale (o un canale televisivo o un'emittente radiofonica) che riprenderà un fatto che un giornale unico avrebbe fatto passare sotto silenzio, o che rettificherà e approfondirà una notizia che altrimenti sarebbe stata trattata superficialmente.

4. Conclusione.

A cosa servono le leggi, vane senza un cambio di costumi diceva Orazio, (*cfr. Odi, III, 24*) prefigurando la corruzione come una condotta che ostacola il ricambio delle classi dirigenti, frena lo sviluppo economico-sociale, impedisce il pluralismo e dunque in definitiva la stessa evoluzione democratica della società.La corruzione, oggi, naturalmente, può assumere molteplici forme: può essere praticata su piccola o grande scala, nella vita pubblica come negli ambienti economici e a tutti i livelli della società. A farne le spese però sono sempre e comunque i più poveri[19].

Quando dei fondi destinati a migliorare lo sviluppo di una popolazione vengono utilizzati per scopi diversi da quelli pianificati, il danno *sociale*[20] allo sviluppo della società è gigantesco. La corruzione mina le basi politiche, economiche e sociali indispensabili per uno sviluppo durevole. La lotta contro questo cancro è pertanto parte integrante della buona gestione della *res publica* che tutti siamo tenuti a promuovere.

E' necessario acquisire la conoscenza necessaria per creare misure concrete che permettano di combattere la corruzione nell'ambito nazionale, europeo ed internazionale. Per raggiungere tale obiettivo occorre garantire un impiego mirato delle risorse fiscali e creare condizioni generali propizie allo sviluppo politico, economico e sociale di uno Stato democratico[21]. Pur essendo pienamente

non hanno riscontro in nessun altro paese dell'Unione. Il nostro sistema si accompagna al perdonismo e non esiste mai, un rapporto certo tra delitto e castigo. Il nostro sistema favorisce la cultura e la pratica della illegalità, viola il principio della legge uguale per tutti, mette in crisi i rapporti tra i cittadini e la giustizia e quindi tra i cittadini, le istituzioni e la democrazia.

18 Si rifletta sul fatto che la stampa libera e indipendente ebbe un ruolo cruciale nel mobilitare l'opinione pubblica ed alzare il costo politico della corruzione. Tra il 1870 e il 1920 il settore dei giornali subì una profonda trasformazione. Nel 1870 i quotidiani indipendenti dal potere politico e diffusi nelle grandi città erano solo l'11% del totale. Nel 1920 la percentuale era salita al 62 per cento. A giudizio degli storici economici, questa evoluzione del settore dei media, resa possibile da innovazioni tecnologiche e da una maggiore concorrenza tra i giornali, ebbe un ruolo cruciale nella lotta alla corruzione politica.

19 I danni di questo stato di cose sono gravissimi e vanno almeno in due direzioni: da una parte il danno economico, tanto più grave ora che con fatica ci scopriamo tanto più poveri di quel che avevamo immaginato; danno che deriva non solo dall'aggravio dei costi, dalla scelta non meritocratica delle forniture e delle persone, dalla mortificazione della concorrenza, ma anche e forse di più, dalla diffidenza diffusa che suggerisce, proprio mentre ci arrendiamo al male, procedure e toppe sempre più complicate che deresponsabilizzano chi deve scegliere e lo mettono in uno stato di continuo sospetto.

20 Per *danno sociale* si intende quel danno che influisce direttamente sulla vita delle persone come ad esempio la povertà, la disoccupazione la delinquenza.

21 Partendo da un modello di crescita neoclassico nel quale i funzionari statali sono gli agenti del governo

che raccolgono le imposte, la corruzione nel modello è identificata in tangenti ed evasione fiscale che vengono concordate tra i funzionari statali e gli agenti sociali che hanno l'obbligo di pagare le tasse. Gli incentivi (e viceversa i disincentivi) che i funzionari statali hanno nel farsi corrompere dipendono da: 1) livello di crescita dell'economia, proporzionale, in equilibrio, al livello dei salari dei funzionari dello Stato (con basso capitale i salari sono bassi quindi i funzionari sono maggiormente corruttibili); 2) livello di corruzione della società circostante (se tutti sono corrotti il singolo è più incentivato a lasciarsi corrompere); 3) probabilità che chi si lascia corrompere venga scoperto e perseguito penalmente.

cosciente che per sradicare la corruzione non vi sono ricette infallibili, ritengo che l'unica strategia concretamente efficace comporta un insieme di misure preventive e repressive adattate al contesto locale, nonché una volontà politica sorretta da riforme sociali e l'istituzione di una procura distrettuale anti-corruzione a livello nazionale.

«::::::::: GA :::::::::»

LA PRESCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER IL DANNO ERARIALE INDIRETTO: L'ULTIMO ORIENTAMENTO DELLA CORTE DEI CONTI

dell'Avv. Luca Beccarini

Il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato.

The dies a quo of limitation period to liability for the indirect damages is identified in the issue date of the payment to injured third.

Sommario: 1.Premesse. - 2. I contrasti della Giurisprudenza. - 3. L'ultima soluzione della Corte. - 4. La concreta attuazione dei Diritti dell'Uomo.

1. Premesse.

Il danno erariale c.d. indiretto, secondo la configurazione tradizionale, consiste nelle somme che l'amministrazione è tenuta a risarcire, a seguito di un provvedimento giurisdizionale ovvero sulla scorta di un accordo transattivo, al terzo danneggiato da fatti e/o atti illeciti imputabili all'ente pubblico per dolo o colpa grave dei suoi agenti[1].

La decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità per danno erariale è stata da sempre oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale.

2. I contrasti della Giurisprudenza.

Sul punto, le Sezioni Riunite della Corte dei Conti erano infatti già intervenute in funzione nomofilattica con la sentenza n. 3 resa in data 15.1.2003, affermando che *in ipotesi di danno c.d. indiretto l'esordio della prescrizione del diritto dell'amministrazione al risarcimento del danno va fissato alla data in cui il debito della pubblica amministrazione nei confronti del terzo è divenuto certo, liquido ed esigibile, in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'amministrazione o della esecutività della transazione*, posto che solo in tal caso il debito *entra come elemento negativo nel patrimonio dell'ente*, causando il relativo danno erariale.

Tuttavia, a dimostrazione della repentina mutevolezza nomofilattica, si deve altresì rammentare che solo pochi anni prima, le stesse Sezioni avevano affermato che *nel caso di danno per erogazione di una somma di denaro la prescrizione comincia a decorrere dal pagamento* posto che solo in tale momento si configurerebbe l'effettivo e concreto depauperamento del patrimonio dell'amministrazione (cfr. C.conti, SS.RR., n. 7/2000/QM del 24.5.2000).

3. L'ultima soluzione della Corte.

I recenti e perduranti contrasti sembrerebbero oramai sopiti grazie all'ultimo arresto giurisdizionale delle Sezioni Riunite, con la sentenza n. 14, depositata in data 5.9.2011, nel giudizio per questione di massima rimesso dalla Sezione Seconda Giurisdizionale Centrale d'appello, con ordinanza n. 55 del 19.4.2011 resa per motivato dissenso, secondo la novella di cui all'art. 42, co 2 della l. 18.6.2009, n. 69.

Tale statuizione, ha il pregio di esaminare con compiutezza ed esaustività le diverse tesi proposte dal diritto vivente, giungendo ad un revirement degno di particolare nota.

Il giudice contabile della nomofilachia focalizza infatti la distinzione tra il perfezionamento dell'obbligazione risarcitoria e l'insorgenza del danno erariale, censurandone la commistione effettuata in passato.

In particolare, è stato chiaramente sottolineato che l'obbligazione di pagamento assu-

[1] In dottrina, cfr. F. GARRI, La responsabilità per danno erariale, Milano, Giuffrè, 1965, 94 e ss.).

me carattere di definitività a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna della PA. in favore del terzo danneggiato, tuttavia il perfezionamento dell'obbligazione risarcitoria non determina per ciò solo l'attualità e concretezza del danno erariale che, diversamente, insorge solo a seguito dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Come ravvisato nella precedente decisione n. 7/QM/2000, è stato ribadito che antecedentemente al pagamento *vi è solo una situazione di danno potenziale, che proprio perché tale, può anche non attualizzarsi*, nonostante l'attualità e concretezza dell'obbligazione risarcitoria. L'attualizzazione del danno viene determinata infatti nella destinazione di risorse finanziarie pubbliche (elettivamente da considerarsi sempre acquisite e destinate al soddisfacimento di interessi ed esigenze pubbliche) a finalità di ristoro privato connesso, quest'ultimo, ad un comportamento illecito della PA. medesima, sottraendole così alla loro naturale vocazione di perseguimento di un interesse pubblico. Conseguentemente, è stato osservato che in mancanza di adempimento dell'obbligazione risarcitoria, l'azione di rivalsa nei confronti del presunto responsabile è da ritenersi inammissibile. In difetto, si consentirebbe un ingiustificato ed oggettivo arricchimento della P.A. e tale evenienza non sarebbe di poco momento, posto che legittimerebbe il soggetto ritenuto colpevole in sede contabile ad esperire l'azione di cui all'art. 2041 c.c. in sede civile, con inevitabile pregiudizio per il pubblico erario.

4. La concreta attuazione dei Diritti dell'Uomo.

Le Sezioni Riunite hanno altresì voluto sottolineare che il nuovo approdo costituisce concreta attuazione dei precetti costituzionali sanciti all'art. 111, con particolare riferimento al principio del *giusto processo*, oltre ad essere conforme all'orientamento giurisprudenziale reso dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il pregio di tale importante arresto, ad avviso di chi scrive, è da ravvisare in particolare nell'espresso monito al corretto e prudente esercizio dell'azione e della relativa giurisdizione che costituisce il consequenziale portato dei principi sopra richiamati. Come rammentato, il processo è infatti già di per sé una pena per chi lo subisce ed è pertanto fonte di uno stress psicofisico che non di rado incide negativamente in modo significativo sulla qualità di vita e sulla salute dell'interessato a prescindere da quello che ne sarà l'esito. Sulla scorta di quanto sopra, la Corte ha affermato con vibrante forza che un soggetto deve essere sottoposto a processo, per quanto riguarda la giurisdizione di responsabilità amministrativa, solo quando si siano realizzate tutte le condizioni di certezza, concretezza ed attualità del danno, che sono gli elementi alla cui tutela è posto il presidio della giustizia contabile, poiché non si vede per quali ragioni un soggetto debba essere costretto a subire un processo ed una condanna per poi, eventualmente, doversi nuovamente rivolgere ad un altro giudice (e quindi subire, sia pure come parte attiva, un altro processo) per ricondurre il tutto alla situazione quo ante in ipotesi di ingiustificato arricchimento.

Pertanto, in ossequio al disposto di cui all'art. 2935 c.c., secondo il quale la prescrizione inizia a decorrere solo dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, le Sezioni Riunite hanno ravvisato che il *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria per danno erariale indiretto deve essere individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato, posto che solo in tale momento si configura l'evento dannoso consistente nel depauperamento del patrimonio dell'amministrazione ed il relativo danno assume i caratteri della concretezza, attualità ed irreversibilità.

In conclusione, va rimarcato che la pronuncia in esame oltre a dare piena contezza delle condivisibili ragioni che hanno determinato il motivato *revirement* giurisprudenziale, è altresì espressione del sapiente e prudente contemperamento tra il miglior perseguimento dell'interesse pubblico e la concreta attuazione della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo.

LA GIURISDIZIONE IN MATERIA CONCESSORIA PRIMA E DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

dell'Avv. Fabio Falco

Analisi della funzione concessoria della PA., con particolare riferimento alla portata ed ai limiti della giurisdizione esclusiva prevista in materia di concessioni amministrative di beni e servizi pubblici dall'art.133 c.p.a., anche con riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo, estraneo al rapporto concessorio.

Analysis of the power to grant of the PA., with particular reference to the extent and limits of the exclusive jurisdiction provided for the field of administrative concessions of public properties and services from Article 133 cpa, also with reference to the legal protection of the third, stranger to the concession's relationship.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Classificazione delle varie tipologie di manifestazione del potere concessorio della PA. e criteri di riparto della giurisdizione. - 3. In particolare,la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici. - 4. La giurisdizione in materia di concessione di servizi pubblici. - 5. Tutela giurisdizionale dei terzi estranei al rapporto concessorio.

1. Premessa.

L'analisi delle problematiche relative alla giurisdizione in materia di concessioni non può prescindere da una sintetica ricostruzione della funzione concessoria riservata alla PA..

Tralasciando, in questa sede, la tradizionale bipartizione delle concessioni in costitutive (con le quali l'amministrazione concede in capo al privato la facoltà di utilizzo e/o esercizio di potestà create *ex novo*) ovvero traslative (ove la PA. appunto trasferisce al privato, con il provvedimento concessorio, l'esercizio di facoltà e poteri fin lì ad essa riservati), occorre indagare, da un lato, l'essenza del potere funzionale di tipo concessorio e, dall'altro, operare una classificazione delle varie modalità con le quali detto potere può manifestarsi, posto che diverso, a seconda dei casi, è anche il potere di cognizione che la legge riserva al Giudice amministrativo.

L'essenza del potere concessorio risiede, come noto, nella discrezionale e autoritativa scelta dell'amministrazione di procedere alla concessione al privato di un bene, di un servizio pubblico e di lavori strumentali alla di esso erogazione, in funzione della migliore cura in concreto dell'interesse pubblico e della collettività, posto che così facendo garantisce al bene ovvero al servizio erogando una più utile e proficua gestione, sulla base del presupposto che i privati possano dedicarvi una migliore e più efficiente allocazione di risorse.

In altri termini l'incremento della sfera giuridica del privato (mediante la concessione, che, comunque, in genere prevede in capo al privato l'onere del pagamento di un canone) è solo indiretto e strumentale rispetto all'interesse pubblico della migliore gestione del servizio pubblico ovvero utilizzo e sfruttamento del bene demaniale e/o del patrimonio indisponibile della PA..

Ciò vale a distinguere il potere concessorio da quello autorizzatorio, ove l'ampliamento della sfera giuridica del privato è la causa tipica dell'atto e il *munus publicum* è qui esercitato solo in funzione di controllo e programmazione, al punto che in dottrina si discute addirittura della natura discrezionale del provvedimento di autorizzazione, mentre il provvedimento di concessione non può mai definirsi vincolato.

2. Classificazione delle varie tipologie di manifestazione del potere concessorio della PA. e criteri di riparto della giurisdizione.

Sotto il profilo delle varie possibilità di esternazione del potere concessorio, una prima grande classificazione può effettuarsi tra con-

cessioni di beni pubblici (ad esempio per lo sfruttamento di miniere) e di servizi pubblici (alla cui disciplina accede, dopo l'entra in vigore del Codice dei contratti pubblici, la residuale categoria delle concessioni di lavori meramente strumentali alla erogazione del servizio) che, sebbene abbiano modalità di affidamento al privato ovvero a società mista e/o *in house* assai diverse tra loro (la disamina della cui tematica esula, però, dalla presente trattazione), presentano un regime della giurisdizione, oggi, dopo un lungo iter legislativo e giurisprudenziale (di cui si dirà a breve) racchiuso rispettivamente al comma 1, n.6, lett. b) e c) dell'art.133 c.p.a., sostanzialmente unitario, con giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sulle relative controversie, eccetto quelle meramente patrimoniali, di competenza dell'A.G.O..

Completano il quadro dei provvedimenti concessori - meritando una trattazione a parte - le concessioni non corrispettive di danaro pubblico (sovvenzioni, aiuti, ma anche, secondo una parte della dottrina, le onorificenze) che, a differenza delle di quelle di beni e servizi, non sembrano essere soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A., ma all'ordinario criterio di riparto, di cui è espressione l'art. 7 c.p.a.

Sul punto sono, recentemente, intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiarendo che in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione nella quale la legge, salvo il caso in cui riconosca direttamente il contributo o la sovvenzione, attribuisce alla p.a. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo, da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione. (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 20.7.2011, n. 15867).

3. In particolare,la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici.

Ebbene, se per quanto riguarda il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di aiuti pubblici non si registrano particolari contrasti in dottrina e giurisprudenza, diversa è la fattispecie avuto riguardo alla giurisdizione in materia di concessioni di beni e servizi pubblici la quale, pur vedendo i relativi rapporti sin dall'art. 5 della l.n.1034/71 riservati alla cognizione del G.A., ha dato adito a numerose difficoltà interpretative, giustificando persino l'intervento chiarificatore della C.cost., con la celebre sentenza n.204/04 e la successiva n.191/06.

Invero le concessioni di beni pubblici hanno tradizionalmente ricevuto una disciplina uniforme, posto che il predetto art.5 (in combinato disposto con i successi artt. 6 e 7) della legge TAR non è stato mai oggetto di modifiche legislative, sì che il suo tenore è oggi stato trasposto nel citato art.133 c.p.a..

Ne consegue che, in materia di concessioni di beni pubblici, sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A. in ogni fase del rapporto che possa definirsi pubblicistica e, cioè, espressione di un potere autoritativo e funzionale della PA., esercitato nei confronti del privato gestore, volto alla cura in concreto dell'*utilitas* pubblica del bene concesso in utilizzo e/o sfruttamento, mediante l'adozione di atti e/o provvedimenti che promanino da un agire procedimentalizzato dell'amministrazione o, comunque, perlomeno riconducibile all'esercizio, anche mediato, del pubblico potere.

E' fatta però salva, anche nell'attuale art.133 c.p.a. la giurisdizione dell'autorità giudiziaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi... , rimettendosi così alla cognizione del g.o. solo le controversie di contenuto meramente patrimoniale, non anche la qualificazione del rapporto concessorio e la conseguente identificazione dei parametri applicabili per la predetta quantificazione, ravvisandosi in tal caso un'attività autoritativa, implicante la cognizione del g.a. in presenza sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi (Cfr. *ex plurimis*,

CdS, Sez. VI, 14.10.2010, n. 7505).

La giurisdizione esclusiva del G.A. *in subiecta materia* investe anche i rapporti nascenti dal contratto che eventualmente acceda alla concessione (c.d. concessione contratto), *stante la loro diretta realizzazione di interesse pubblici*, purchè *non abbiano oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi*, ossia questioni meramente patrimoniali che esulano dall'esercizio, anche mediato, di un pubblico potere (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. sez. un., 27.5.2009, 12251).

4. La giurisdizione in materia di concessione di servizi pubblici.

Più problematico è stato ricostruire la ratio della giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi pubblici, oggi confluita nel citato art.133 c.p.a. che, recependo il principio espresso dalle sentenze n.204/04 e n.191/06 della C.cost. (tradotto nel citato art.7 c.p.a.), afferma la competenza del G.A. sulle controversie in materia, eccetto quelle meramente patrimoniali e quelle in cui, nemmeno mediatamente, sia esercitato un potere funzionale posto in essere mediante il procedimento amministrativo di cui alla legge n.241/90.

Originariamente, invero, l'art. 5 legge TAR già escludeva dalla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie in materia di servizi pubblici concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, pur facendo riferimento ad ogni fase dei relativi *rapporti*.

L'entrata in vigore dell'art. 33 d. lgs. n. 80/98, come modificato dalla l.n.205/00, ha creato non pochi problemi applicativi, posto che la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici sembrava essere estesa a tutti i comportamenti, persino materiali, della PA. (e non solo agli atti e/o provvedimenti), ivi comprese le questioni meramente patrimoniali, stante la parziale abrogazione, per i servizi pubblici, del citato art. 5 della l. n.1034/71.

E' in quest'ottica, anche con riferimento alla disciplina delle concessioni su beni pubblici, che la citata sentenza n.204/04 (confermata dalla successiva n.191/06) della C.cost., nel dichiarare l'illegittimità costituzionale, in parte qua, del citato art. 33 del d. lgs. n.80/98, ha inteso parificare il regime della giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di servizi pubblici, affermando che essa sussiste ogni qualvolta ricorra, in una vicenda concessoria, l'esercizio di potestà pubblicistiche.

Tale è anche l'indirizzo delle Sezioni Unite: appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia che investe il potere dell'amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione di un servizio pubblico, trovando al riguardo applicazione l'art. 33 d. lgs. 31.3.1998 n. 80, (nel testo risultante dalle sentenze della Corte cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), il quale, nella materia dei pubblici servizi, attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione ove si sia in presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche. (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 27.7.2011, 16391).

Anche il Consiglio di Stato in s.g. aderisce a tale orientamento, dando anche una giustificazione alla scelta legislativa della giurisdizione esclusiva, che ricorre in tali rapporti, in quanto l'esercizio, anche mediato, del potere dà vita ad un inestricabile intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi, che per ciò solo escludono la giurisdizione del G.O. (che residua nei rapporti meramente patrimoniali) (Cfr., *ex plurimis*, CdS, VI, 14.10.2010, 7505; *idem* 4.7.2011, 3997).

Come detto, tali principi sono oggi espressi dal combinato disposto dell'art. 7 e dell'art. 133 c.p.a., che disciplinano espressamente portata e limiti della giurisdizione del G.A. in materia di beni e servizi pubblici.

5. Tutela giurisdizionale dei terzi estranei al rapporto concessorio.

Rimane, in conclusione, da chiarire se i terzi estranei al rapporto concessorio, intervenuto tra PA. concedente e soggetto concessionario, siano legittimati ad impugnare, a valle, atti dei concessionari pregiudizievoli per la loro sfera giuridica dinanzi al TAR ovvero dinanzi al G.O..

La giurisprudenza ritiene che, trattandosi di giurisdizione esclusiva sulle controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi ovvero su beni pubblici, si deve ritenere che, purché vi sia una concessione di servizio, o bene, pubblico, possono, in sede di giurisdizione esclusiva, essere contestati sia dalle parti della concessione, sia da soggetti terzi, dinanzi al TAR, in

un giudizio che vedrebbe la PA. resistente principale ed il concessionario litisconsorte necessario (Cfr., *ex plurimis*, CdS, VI, n. 3997 cit.; Cass. civ. sez. un., 28.1.2011, 2062). Diversa sarebbe, invece, la tutela dei terzi nell'ambito di operatività del citato art. 5, legge TAR che, nel testo originario, si riferiva ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici (come detto il riferimento ai servizi pubblici fu espunto a seguito dell'introduzione dell'art. 33, d. lgs. n. 80 del 1998).

Infatti, in tale previsione, il riferimento ai *rapporti di concessione* giustifica l'esegesi secondo cui solo le parti del rapporto concessorio, e non i terzi, possono dedurre il rapporto concessorio in sede di giurisdizione esclusiva, con la conseguenza che il privato leso potrebbe citare direttamente il concessionario dinanzi all'A.G.O., essendo, poi, dubbio se la PA. concedente risulti parte necessario o meno del relativo giudizio.

«::::::::: GA :::::::::»

BREVI NOTE INTRODUTTIVE IN TEMA DI ADR *(ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS)* NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?

dell'Avv. Ruggero Frascaroli

Intervento al Convegno indetto dalla Camera Arbitrale italo-estera sul tema: La giustizia alternativa: conciliazione, mediazione ed arbitrato, tenutosi in Roma, presso la Sala del Cenacolo il 4.3.2011.

Speech at the Conference organized by the Italian Foreign Arbitration Court on the issue: The justice alternative: conciliation, mediation and arbitration, held in Rome, at the Sala del Cenacolo on 4.3.2011.

Sommario:1.Note di introduzione in tema di ADR nella PA.

1.Note di introduzione in tema di ADR nella PA.

Nella visione ideologica pan-statualista (Max Weber), lo Stato concede i diritti e solo lo Stato deve provvedere alla loro tutela; in via di principio, dunque, la giustizia è statuale, in quanto lo Stato è fonte del diritto.

La deroga alla giurisdizione statale, a favore di forme alternative di risoluzione di controversie nei confronti della pubblica amministrazione, assume particolari aspetti laddove coinvolge lo Stato (ovvero la pubblica amministrazione nella sua più ampia accezione) con riferimento però all'attività amministrativa e non allo Stato-ordinamento.

Va osservato in proposito come la tutela stragiudiziale, così come quella giudiziale, attenga anche a fattispecie rientranti nel confine giurisdizionale del giudice amministrativo, in cui l'amministrazione riveste spesso il ruolo di parte ricorrente (si pensi ai rapporti tra ente gestore-concedente e gestore-concessionario di pubblico servizio) e non più solo quello tradizionale di resistente.

Tuttavia, quando sia presente una parte pubblica, la *tutela privata*, nel senso di ricorso a giudice diverso da quello statale, va differenziata dalle forme di tutela amministrativa, nelle quali non è presente un soggetto terzo (privato, ma scelto da entrambe le parti), e l'Amministrazione non perde la sua posizione di supremazia e potestà.

In siffatto contrasto potenziale di interessi e posizioni contrapposte va dunque inquadrata la figura normativa riconducibile a forme alternative di risoluzione preventiva di controversie che trova peraltro un limite certo nell'*indisponibilità* di diritti scaturenti dall'esercizio di una funzione pubblica.

Va ricordato in proposito come negli Stati Uniti d'America, già intorno agli anni '70, per fronteggiare la crisi della giustizia civile, si radica un movimento di riti alternativi ADR *(Alternative Disparate Resolution)*; ma anche in altri Stati europei, si rinviene una soluzione alternativa ai problemi di giustizia, ad esempio in Francia in cui l'istituto della mediazione, risulta già contenuto nel rapporto di *Conseil d'Etat* del 1993, per ridurre il carico di contenzioso assegnato al predetto Organo.

E' essenzialmente nella scia dei principi generali del *giusto processo*, che il Consiglio d'Europa trae la spinta per attivare una procedura precontenziosa, che ha lo scopo precipuo, meglio l'idea-forza di prevenire il conflitto, dando vita così alle statuizioni contenute nella direttiva Comunitaria n. 52/2008.

Come è noto, con tale direttiva, si invitano gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziarie ed alternative, prevedendosi l'adozione di adeguate disposizioni legislative regolamentari e amministrative, per conformarsi poi a alle regole comunitarie entro la data del 21.5.2011.

Il nostro ordinamento alcuni mesi prima della scadenza del termine, ha dato attuazione alla suddetta direttiva, mediante l'adozione del d. lgs. n. 28/2010 recante la nuova conci-

liazione stragiudiziale (e successivo regolamento di attuazione di cui al decreto interm. del 18.10.2010 n. 180) in virtù della legge delega n. 69/2009 (che, a sua volta, aveva conferito al Governo in virtù dell'art. 60 la potestà legislativa a regolare la mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale vertenti su diritti disponibili).

L'obiettivo cui ora sottende l'articolato normativo in commento va dunque letto nell'ottica di una rinnovata cultura giuridica nella gestione dei conflitti sociali, volta a fornire una risposta efficace al bisogno di giustizia dei cittadini nell'ambito dei principi cardine dettati nel giusto processo.

La finalità primaria della menzionata riforma che ha trovato sbocco nel d. lgs. 28/2010, è dunque quella di affermare la tutela degli interessi delle parti, prevenendo o anticipando il conflitto in sede giudiziale; il secondo fine è poi quello di natura prettamente amministrativa ed ha lo scopo di ridurre il carico di lavoro giudiziario, anche in ragione dei costi senz'altro contenuti previsti per l'esperimento della mediazione (c.d. effetto deflattivo

sul contenzioso) che evita la controversia addivenendo ad una definizione consensuale della potenziale res-litigiosa.

Va subito rilevato che in realtà, il nostro ordinamento giuridico aveva già individuato nel tempo altri modi diversi di risoluzione di controversie alternative alla giurisdizione, che riveste pur sempre carattere strumentale rispetto al diritto sostanziale ed alle posizioni giuridiche soggettive delle parti in contesa.

Si pensi, ad esempio, al recente collegato-lavoro (l. 183/2010) (che investe anche il pubblico impiego), anche se in tal caso è stato degradato da obbligatorio in facoltativo il preventivo tentativo di conciliazione anche per il pubblico dipendente dinanzi al competente Ufficio Provinciale del Lavoro prima di adire il Giudice.

Ovvero, il precedente legislativo in materia societaria, dettato dal d. lgs. n. 3/2003 e del correlato d.m. n. 224/2004 Ministero Giustizia, con il quale veniva introdotto nelle materie elencate nell'art. 1 del suddetto d. lgs. il tentativo di conciliazione con l'istituzione e la regolamentazione degli organismi a ciò deputati.

Per quel che concerne poi ciò che più interessa specificamente la materia amministrativa, tra gli strumenti alternativi vanno invero indicati:

1) I rimedi interni all'amministrazione, le cosiddette fasi amministrative volte a rafforzare le garanzie procedurali, ovvero quasi-processuali, del contraddittorio amministrativo; si pensi ad esempio alla fattispecie prevista dall'art. 11 l. 241/90 che consente alla pubblica amministrazione di concludere accordi con i soggetti interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo, procedere all'accordo a definizione del relativo procedimento; ciò che comporta l'evidente superamento di un sistema di contrapposizione duale a favore di posizioni paritarie tra le parti ed in un'ottica di partecipazione al procedimento di formazione del provvedimento amministrativo.

2) I rimedi contenziosi amministrativi (i c.d. ricorsi) devoluti alla medesima Amministrazione.

Va sottolineato in proposito come lo stesso Presidente del Consiglio di Stato ha recentemente rilevato, nella relazione dell'attività della Giustizia Amministrativa per l'anno 2011, come la giurisdizione debba essere considerata come una vera e propria *risorsa*, come tale non illimitata, ma da riservare alle questioni più rilevanti sul piano sociale, istituzionale, ed economico.

Pertanto, nell'interesse del cittadino, occorrerebbe, anche in tal caso, introdurre rimedi di tutela che ne assicurassero la soddisfazione *a prescindere dall'intervento del giudice*; prevedendo, ad esempio, l'obbligatorietà dei ricorsi amministrativi prima di accedere alla giustizia togata, assicurando, però, di rimuovere il difetto di fondo che caratterizza questi rimedi quantomeno nel passato, e quindi di garantire che tali ricorsi siano decisi in modo autonomo rispetto alle ragioni dell'amministrazione; auspicando nel contempo un intervento del Parlamento il quale provveda ad articolare una riforma precisa in materia di strumenti alternativi anche in sede di ricorsi amministrativi, adeguandoli ai tempi, per renderli effettivamente mezzi di tutela alternativa a quella giudiziaria.

Al riguardo si può suggerire l'intervento, entro termini brevi prefissati, da parte di un consigliere di TAR che, in sede consultiva, esprima un parere obbligatorio nell'ambito del procedimento decisorio, così come ora avviene per ricorsi al Capo dello Stato. (art. 12 d.P.R. 1199/71). D'altra parte va rilevato che un tale sistema alternativo e/o preventivo di giustizia si rende viepiù indispensabile ove si rilevi che le norme che disciplinano il processo amministrativo non contemplano alcun istituto assimilabile alla conciliazione.

Ne costituisce riprova il fatto che la tariffa forense tuttora vigente non preveda per le cause avanti agli organi di giustizia amministrativa di primo grado alcun compenso per l'udienza di trattazione e per l'attività di conciliazione della lite, tant'è che la Cassazione ha affermato che, per le cause davanti agli organi di giustizia amministrativa di primo grado, non spettano gli onorari per l'udienza di trattazione e per la conciliazione della lite in quanto non previsti dalla tariffa professionale.

3) I rimedi quasi-giudiziali, quali quelli devoluti ad Autorità amministrative terze (Autorità indipendenti, organismi non riconducibili pacificamente al concetto di amministrazione ministeriale classica) che svolgono un ruolo, senz'altro diverso da quello assegnato istituzionalmente al Giudice statale, laddove non assumano funzione decisoria; Autorità che possono prevenire controversie sia tra enti pubblici e gestori di pubblico servizio, che tra gestori e utenti, attraverso pareri e/o determinazioni, residuando pur sempre rispetto ai provvedimenti finali la forma di tutela giurisdizionale. L'Autorità assume in tale ipotesi un ruolo di amichevole compositore, il cui verdetto non vincola le parti e non condiziona in alcun modo l'eventuale ricorso giurisdizionale; l'Autorità infatti esprime un parere non vincolante proponendo una soluzione possibile, con lo scopo quindi di ottenere una deflazione del contenzioso.

4) I rimedi devoluti a terzi, estranei sia alla controparte che alla amministrazione parte in causa (arbitrato), che si concludono con atti limitatamente impugnabili dinanzi al giudice statale.

5) Vi sono infine altre ipotesi normative, in cui la conciliazione non presuppone una controversia, ma viene utilizzata al fine di prevenirla, inducendo le parti alla composizione bonaria del contrasto di interessi, che altrimenti potrebbe sfociare in contenzioso; si pensi alle liti tra fornitori e utenti, ai quali si addice la qualifica di rito alternativo (procedure di conciliazione presso le Camere di commercio *ex* l.580/1993).

Inoltre va ricordato che l'art. 240 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture prevede una procedura di definizione precontenziosa in forma sostanzialmente transattiva, che riguarda solo le controversie di natura economica che insorgano in sede di esecuzione dell'appalto, e dunque solo controversie in materia di lesione di diritti soggettivi.

Altra fattispecie rilevante è poi quella relativa all'accertamento con adesione nel diritto tributario. Originariamente, l'art. 1, co. 1 del d. lgs. n. 218/97 prevedeva l'accertamento con adesione (detto comunemente concordato), quale atto di accertamento formato al termine di un contraddittorio tra ufficio e contribuente, che constava di un provvedimento dell'amministrazione finanziaria sottoscritto per adesione anche dal contribuente.

In tal caso, l'accertamento diveniva definitivo, impegnando sia il contribuente che l'amministrazione finanziaria nel senso che il primo non poteva più proporre ricorso giurisdizionale, né la seconda esercitare poteri di autotutela.

A tale meccanismo è subentrata recentemente una nuova normativa di mediazione tributaria.

In particolare, l'art. 39, co. 9, del d.l. 98/2011, convertito in l. 111/2011 modifica il d. lgs. 546/1992 disciplinante il contenzioso tributario introducendo l'art. 17 *bis*, che prevede un rimedio di carattere amministrativo per deflazionare il contenzioso relativo ad atti di valore limitato emessi dall'Agenzia delle Entrate. Tale norma prevede che, per le controversie di valore non superiore a 20.000 euro, colui il quale intenda proporre ricorso debba presentare preliminarmente un reclamo alla Direzione provinciale o alla Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate che ha emanato l'atto al fine di ottenere l'annullamento totale o parziale dello stesso. Il reclamo è previsto in via obbligatoria e quale condizione di ammissibilità del ricorso

e può contenere una proposta di mediazione con rideterminazione delle somme pretese.

L'organo che riceve il reclamo potrà:

a) annullare in tutto o in parte l'atto oggetto del reclamo;

b) accogliere la proposta di mediazione formulata dal contribuente (in tal caso la procedura si arresta);

c) effettuare a propria volta una proposta di mediazione, qualora non intenda accogliere quella del contribuente. La mediazione viene a perfezionarsi secondo le modalità previste per la conciliazione giudiziale, le cui disposizioni, in quanto compatibili, sono espressamente richiamate.

Decorsi 90 giorni senza che sia stato notificato l'accoglimento del reclamo o senza che sia stata conclusa la mediazione, il reclamo produce gli effetti del ricorso e da questa data decorrono i termini per la successiva costituzione in giudizio del ricorrente e della parte resistente: nel caso in cui il reclamo venga respinto in anticipo rispetto ai 90 giorni concessi dalla legge, i termini decorrono dal ricevimento del diniego ovvero, in caso di accoglimento parziale, dalla notificazione del relativo atto.

Le nuove disposizioni si applicano con riferimento agli atti suscettibili di reclamo notificati a decorrere dal 1.4.2012 e non sono stati previsti dal legislatore ai fini della concreta attuazione di esse ulteriori norme regolamentari di dettaglio.

Altra fattispecie è prevista dall'art.16 del d. lgs.n. 42/2004 concernente il ricorso amministrativo ovvero la dichiarazione ministeriale di interesse culturale di un bene, avverso la quale dichiarazione è ammesso ricorso al Ministero, per motivi di legittimità e di merito; laddove la proposizione del ricorso comporta la sospensione degli effetti del provvedimento ed il Ministero, sentito l'organo consultivo, decide sul ricorso.

Ed ancora, va ricordata l'ipotesi normativa in materia di appalti pubblici dal preavviso di ricorso (art. 243 *bis* del d. lgs. 163/2006), volta anch'essa a prevenire l'insorgenza della relativa controversia (si pensi al riguardo ai possibili riflessi dinanzi al Giudice contabile, per responsabilità amministrativa del funzionario, in caso di colpevole inerzia di fronte a contestazioni, così palesemente provate da dar luogo a pretese risarcitorie della impresa privata).

Infine, un ultimo richiamo alla *c.d. class action* contro la pubblica amministrazione (d. lgs. n. 198/2009 e s.m.i.) e in cui il ricorso di tipo giudiziale rappresenta *l'extrema ratio*, atteso che la stessa azione deve essere obbligatoriamente preceduta da una diffida che pone tutte le basi affinché l'amministrazione provveda, con una adeguata e motivata risposta, alle istanze formulate dal privato.

E' evidente, d'altronde, come aumentando le pretese dei cittadini nei confronti della amministrazione, si incrementi anche la tutela giudiziaria a fronte di legittime situazioni giuridiche soggettive (si pensi al riguardo alle implicazioni legate al c.d. diritto di accesso o all'azione di risarcimento dei danni prevista nelle nuove disposizioni del codice sul processo amministrativo).

In siffatto contesto, l'allungamento dei tempi processuali per il riconoscimento di una pretesa giudiziaria sempre più articolata e complessa finisce col nuocere gravemente al sistema, che si trova a rispondere per indennizzi da ritardi nei tempi di definizione delle vertenze.

Quindi, si deve ritenere che l'esercizio della giustizia, nella precipua accezione di risoluzione del conflitto a mezzo della applicazione della legge, sia compito anche della amministrazione, prima ancora che del Giudice e che pertanto la medesima abbia un compito giustiziale, anche se non giurisdizionale, con il relativo ed ovvio controllo della Corte dei Conti sulle delibere correlate ai loro concreti contenuti.

La vera sfida è rappresentata quindi dalla necessità di incentivare e razionalizzare gli strumenti di giustizia alternativa anche nei confronti della pubblica amministrazione; in questa prospettiva ci pare possa rilevare un'azione amministrativa più consapevole rispetto ai diversi interessi coinvolti e quindi meglio ponderata ab origine.

D'altra parte, solo una amministrazione imparziale che senta fino in fondo il principio della legalità (pur nel rispetto dell'esercizio del potere discrezionale) consentirà di avere una giustizia effettivamente e concretamente efficiente, diluendo così ogni aspetto, tipicamente *gladiatorio*, del conten-

zioso caratterizzato da un'accesa contrapposizione, anziché da un sereno giudizio fondato sul contemperamento degli interessi.

Il giurista che si è scelto come simbolo la *bilancia* del diritto – scriveva Kant - ed insieme la *spada* della giustizia, si serve per lo più della spada poiché suo compito è quello di applicare le leggi vigenti, mentre dovrebbe anche indagare se queste abbiano bisogno di essere migliorate.

In tale prospettiva, l'emersione dei nuovi strumenti di ADR costituisce senz'altro un invitante approdo, mercé il superamento della concezione tradizionale di lite contenziosa, attraverso un'idea-forza di *giustizia condivisa* per affermare sul piano più sostanziale l'effettività della tutela parametrata alle concrete esigenze di giustizia del cittadino.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.5.2012, n. 2542

Controversie in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche - individuazione del giudice competente.

In materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione - nella quale la legge, salvo il caso in cui riconosca direttamente il contributo o la sovvenzione, attribuisce alla p.a. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo - da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione. Al giudice ordinario sono devolute anche le controversie relative alla conservazione del contributo, instaurate — come nel caso di specie — dal beneficiario per contrastare l'intervento della pubblica amministrazione che, con atti variamente denominati (revoca, decadenza, risoluzione, ecc.), abbia ritirato il finanziamento concesso, adducendo l'inadempimento, da parte del soggetto sovvenzionato, degli obblighi impostigli dalla legge o dai provvedimenti concessivi del beneficio, trattandosi di atti di natura non autoritativa. Ove la legge attribuisca all'amministrazione il potere di riconoscere l'ausilio, la giurisdizione è invece del giudice amministrativo nell'ipotesi in cui la controversia riguardi la fase procedimentale antecedente la concessione del beneficio o se il provvedimento è stato annullato o revocato nell'esercizio di poteri di autotutela per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, atteso che la posizione del beneficiario è quella di titolare di un interesse legittimo. In est'ottica si è ritenuto che: I) sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui per la dichiarazione di fallimento dell'impresa, alla quale era stato concesso il contributo, sia impossibile destinare il finanziamento allo scopo per il quale era stato concesso e, in tutto o in parte, già erogato, poiché l'amministrazione, nel revocare il contributo stesso o nel dichiarare la decadenza, non compie alcuna valutazione discrezionale, ma si limita ad accertare, con la cessazione dell'attività imprenditoriale, il venir meno di un presupposto previsto in modo puntuale dalla legge; II) le controversie promosse dai soggetti interessati per il riconoscimento e la quantificazione dei benefici previsti dalla l. n. 219 del 1981 spettano alla cognizione del giudice ordinario, vertendosi in tema di erogazioni in cui l'amministrazione non dispone di alcun potere discrezionale, essendole devoluto esclusivamente il compito di verificare la sussistenza delle condizioni predeterminate dalla legge per la concessione del contributo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 3.5.2012, n. 2534

Accertamento dell'illegittimità dell'atto - indice grave preciso e concordante della colpa dell'amministrazione - errore scusabile.

Secondo l'orientamento prevalente, al privato non è chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa della p.a., potendo invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione semplice della colpa e anche allegare circostanze ulteriori idonee a dimostrare che non si è trattato di errore scusabile. Spetterà all'amministrazione di provare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, secondo il suddetto orientamento giurisprudenziale, nel caso di contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione di una norma o di comportamenti di altri soggetti o di applicazione di una norma successivamente

dichiarata incostituzionale (CdS, Sez. V. 12.2.2008, n. 491; sez. VI, 3.6.2006, n. 3981; 9.3.2007, n. 1114). L'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dall'interessata rappresenta, quindi, indice grave preciso e concordante della colpa dell'amministrazione, in quanto la decisione del giudice indica la violazione del parametro che specifica la colpa dell'amministrazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.5.2012, n. 2489
Proposizione del giudizio di ottemperanza - legittimazione, attiva e passiva - parti del giudizio di cognizione - casi eccezionali.
L'azione di ottemperanza, ex art. 114, co. 1, c.p.a., si propone nei confronti della pubblica amministrazione e di tutti gli altri soggetti che hanno partecipato al giudizio definito dalla sentenza di cui si chiede l'esecuzione; in parte qua ad avviso del Collegio la norma è coerente con i consolidati principi sviluppati, in punto di legittimazione, dalla giurisprudenza antecedente al nuovo c.p.a. (cfr. CdS, Sez. V, 19.11.2009, n. 7249; sez. VI, 8.10.2008, n. 4934), secondo cui: I) la legittimazione, attiva e passiva, alla proposizione del giudizio di ottemperanza spetta solo alle parti del giudizio di cognizione, in coerenza con la nozione di <> ex art. 2909 c.c., perché l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa; II) solo in limitati ed eccezionali casi è stata riconosciuta la legittimazione attiva e passiva a soggetti (anche pubblici) estranei, ma sempre nel presupposto dell'accoglimento del ricorso di primo grado (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.4.2012, n. 2449
Accoglimento della domanda di risarcimento del danno - indicazione della prova dell'esistenza del danno - diminuzione patrimoniale - perdita di *chance* - in mancanza il giudice non può neppure procedere ad una valutazione equitativa.
La domanda di risarcimento del danno non sostenuta dalle allegazioni necessarie all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione deve essere disattesa: grava infatti sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno e dunque in materia di appalti, almeno successivamente alle recenti pronunce della Corte di Giustizia UE in materia di elemento soggettivo, l'entità del danno e il nesso causale (CdS, Sez. V, 4.3.2011 n. 1408; id., 6.4.2009 n. 2143; id., 13.6.2008 n. 2967). Se colui che agisce può eventualmente offrire al giudice elementi anche solo indiziari in ordine alla gravità della violazione o all'univocità della normativa di riferimento, il medesimo deve almeno indicare la prova dell'esistenza di un danno, ovverosia di una diminuzione patrimoniale o di perdita di chance, ma la totale assenza di queste ultime indicazioni priva il giudice anche della possibilità di una valutazione equitativa.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23.4.2012, n. 2398
Ricorso in appello - mancata sottoscrizione di un legale abilitato al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori - inammissibile.
L'art. 22, co. 2, Cod. proc. amm. dispone che per i giudizi davanti al Consiglio di Stato è obbligatorio il ministero di avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, di guisa che il ricorso in appello non sottoscritto da un legale abilitato deve ritenersi inammissibile per mancata valida instaurazione del rapporto processuale, essendo nullo l'atto difensivo prodotto da un soggetto sfornito del ius postulandi dinanzi al giudice adito (v. sul punto ex plurimis, in relazione all'omologa disciplina previgente, CdS, Sez. V, 16.3.2011, n. 1626). Sotto altro angolo visuale, è inesistente l'autenticazione della firma della parte effettuata da avvocato non abilitato, in quanto il potere di effettuare la suddetta certificazione presuppone l'esistenza del ius postulandi, e l'invalidità della certificazione stessa implica la nullità della procura, con conseguente inammissibilità dell'appello anche sotto tale profilo.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.4.2012, n. 2171
Domanda risarcitoria - proponibile in sede di giudizio di ottemperanza - danni riguardanti periodi precedenti al giudicato.
In ordine alla proponibilità in sede di ottemperanza di una domanda risarcitoria si è da tempo raggiunta, in giurisprudenza concordanza di opinioni (ex multis, si veda

CdS, Sez. V, 12.12.2009, n. 7800). Di recente, peraltro, lo spettro dell'azione risarcitoria proponibile è stato addirittura allargato da condivisibile giurisprudenza, essendosi rilevato che dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2.7.2010 n. 104, deve ritenersi non più applicabile il principio giurisprudenziale per il quale in sede di ottemperanza era possibile formulare richiesta di risarcimento, ma solo per i danni verificatisi in seguito alla formazione del giudicato e a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia, mentre il risarcimento dei danni riferibili al periodo precedente al giudicato doveva essere richiesto con un giudizio cognitorio da proporsi davanti al giudice di primo grado, atteso che ai sensi dell'art. 112, co. 4, di detto codice è ora ammessa la proposizione, nel giudizio di ottemperanza, di una azione risarcitoria anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato; peraltro, tale possibilità deve intendersi contenuta nei limiti temporali e sostanziali dettati dal precedente art. 30 e, in tal caso, il giudizio si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.4.2012, n. 1969

Notifica per i pubblici proclami - contenuto minimo ineludibile.

La notifica per i pubblici proclami deve essere necessariamente eseguita in modo da rendere più probabile, e meno disagevole, la conoscenza effettiva dell'atto così notificato da parte dei destinatari, dovendo avere un contenuto minimo ineludibile (giurisprudenza pacifica, ex plurimis CdS, Sez. VI, 24.9.2010 , n. 7135; CdS, Sez. IV, 2.7.2010, n. 7). Se la notifica degli atti tramite pubblici proclami, appare già una eccezione al regime ordinario di conoscenza degli atti processuali, e come tale va adottata solamente nei casi indicati dalla disciplina processuale, appare del tutto lesivo dei diritti delle controparti che la conoscenza dell'esistenza e dei contenuti di un giudizio che li riguarda debba avvenire non solo tramite sistemi di conoscenza indiretta, ma anche imponendo loro una concreta ed onerosa attivazione di poteri che sorgono successivamente alla decisione di partecipare alla fase processuale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 23.3.2012, n. 1689

Nuovo provvedimento adottato dall'amministrazione nelle more del giudizio di appello - effetto caducante sul precedente provvedimento - improcedibilità del ricorso.

Secondo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato la carenza di interesse in ordine all'annullamento del provvedimento originariamente impugnato, sopravvenuta nelle more del giudizio di appello, comporta la dichiarazione di improcedibilità, non soltanto dell'appello, ma altresì dell'originario ricorso proposto davanti al giudice di primo grado e determina, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata (v., ex plurimis, CdS, Sez. V, 6.9.2007, n. 4681; Sez. IV, 17.4.2002, n. 2031). E infatti, se viene adottato un nuovo atto in esito ad una rinnovata istruttoria, la nuova determinazione è idonea a rappresentare l'unica volontà provvedimentale della amministrazione produttiva di effetti nella sfera giuridica del destinatario, con conseguente venire meno di ogni efficacia lesiva della prima determinazione e dunque di ogni interesse alla sua caducazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.3.2012, n. 1733

Liti temerarie - Comune soccombente - applicazione dell'art. 26 c.p.a - condanna d'ufficio anche al pagamento di una sanzione pecuniaria.

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato sul presupposto che la pronuncia di accoglimento del ricorso in esame si fonda su ragioni manifeste e interviene dopo che in ben tre gradi di giudizio procedere ad applicare l'art. 26, co. 2, c.p.a. - nel testo originario applicabile ratione temporis – laddove stabilisce che «2. Il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati». Ed invero, la nuova formulazione dell'art. 26, co. 2, c.p.a. ad opera del correttivo approvato dal d. lgs. 15.11.2011, n. 195, con decorrenza 8.12.2011- <>- deve ritenersi applicabile ai soli atti introduttivi o di costituzione in giudizio in resistenza, rispettivamente notificati o depositati successivamente all'8 di-

cembre 2011, in quanto dal carattere sanzionatorio della norma discende che la sua applicazione, in ossequio al principio generale di irretroattività delle fattispecie di responsabilità amministrativa (art. 1, l. n. 689 del 1981), è circoscritta alle condotte processuali successive alla sua entrata in vigore. Circa l'ambito applicativo della norma e i criteri di liquidazione della speciale indennità, il collegio rinvia, a mente del combinato disposto degli art. 74, co. 1, e 88, co. 1, lett. d), c.p.a., alla sentenza della medesima sezione 31.5.2011, n. 3252. Nella specie il collegio, in assenza di elementi fattuali che consentano l'applicazione di parametri diversi, non ha motivo di discostarsi dal criterio della «percentuale sulle spese di lite» e, conseguentemente, stima equo condannare il Comune ad una somma pari a quella liquidata a titolo di rifusione delle spese di giudizio.

Consiglio di Stato, Sez. III, 13.3.2012, n. 1415

In sede di appello il difetto di giurisdizione non può più essere sollevato con una semplice eccezione formulata in memoria, ma necessita di apposito motivo di appello.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 9 del cod. proc.amm. è venuta meno la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione in grado di appello, addossandosi l'onere alla parte interessata di sollevare la questione con apposito motivo di appello e sancendo, quindi, l'irrilevanza della semplice eccezione formulata in memoria. Il che significa che anche nel processo amministrativo è stato introdotto, e in via legale, il principio del c.d. giudicato interno implicito sulla questione di giurisdizione trattata, seppur tacitamente, dal giudice di primo grado. In difetto di uno specifico motivo di appello, si intende che la parte che aveva interesse a sollevare la carenza di giurisdizione vi ha fatto acquiescenza. Alcune pronunce di questo Consiglio (Sez. III, 22.11.2011, n. 6147; sez. VI, 15.12.2010, n. 8925) hanno, invero, precisato che la previsione contenuta nell'art. 9 del Codice ha un duplice contenuto precettivo: per un verso, esclude che il giudice d'impugnazione possa rilevare il difetto di giurisdizione se nessuna parte l'abbia eccepito; per altro verso, pone in capo alle parti l'onere di far valere il difetto di giurisdizione mediante la proposizione di uno specifico motivo di gravame. Il primo di tali precetti opera sui processi in corso, immediatamente, secondo la regola propria delle norme processuali; il secondo precetto, involgendo attività processuale delle parti, soggiace alla regola tempus regit actum. Da ciò consegue, secondo le richiamate pronunce, che deve escludersi che il giudice possa dichiarare inammissibile un'eccezione che, rispetto alla normativa in vigore al momento della sua proposizione, risulta senz'altro ritualmente proposta, risultando pacifico, anche alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria 30.8.2005 n. 4, che — prima dell'entrata in vigore del Codice — l'eccezione di difetto di giurisdizione poteva essere riproposta in appello anche con semplice memoria. In altri termini, per gli appelli in corso alla data di entrata in vigore del codice, la regola dell'art. 9 cod. proc. amm. non esclude, in applicazione del principio tempus regit actum, che il motivo concernente il difetto di giurisdizione, già sollevato in primo grado, possa introdursi con memoria successiva alla proposizione dell'appello, senza che possa farsi questione di giudicato interno.

TAR Lazio, Sez. I, 18.5.2012, n. 4479

Condanne della P.A. *ex* art. 114 c.p.a. - applicazione della penalità di mora nell'ipotesi in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro.

Sin dalle prime applicazioni dell'art. 114 c.p.a., con il quale e' stato introdotto nel processo amministrativo l'istituto dellapenalità di mora (o astreinte, per affinità con l'istituto regolato dall'art. 911 del Code de justice administrative francese) si va formando un orientamento giurisprudenziale, il quale nega l'applicazione della penalità di mora nell'ipotesi in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro (così TAR Lazio, Roma, sez. II quater 31.1.2012, n. 1080). Tale soluzione fa riferimento all'inciso, contenuto nell'art. 114, c.p.a., per cui la sanzione de qua si applica salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono ragioni ostative: proprio facendo leva sulla manifesta iniquità, si afferma come l'obbligo, oggetto di domanda giudiziale di adempimento, è esso stesso di natura pecuniaria, e, in caso di ritardo nel suo adempimento, è già assistito per

legge dall'obbligo accessorio degli interessi legali. Orbene, ritiene il Collegio di confermare tale orientamento, rinviando per ulteriori puntualizzazioni, alla sentenza 29.12.2011, n. 10305, di questa Sezione: interpretazione più convincente, allo stato, della diversa ricostruzione dell'istituto, per cui la somma stabilita a titolo di penalità di mora non andrebbe corrisposta al ricorrente-creditore, poiché ciò non è affatto previsto dalla disposizione, la quale si limita a stabilire che il giudice la fissa su richiesta di parte, senza nulla aggiungere sul beneficiario. Trattandosi di sanzione pecuniaria (l'inosservanza della sentenza –a fortiori di quella divenuta irrevocabile – costituisce un vulnus per l'ordinamento giuridico, attentando ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa), si applicherebbe invece l'art. 15 delle norme di attuazione del c.p.a., intitolato alla devoluzione del gettito delle sanzioni pecuniarie, e secondo il quale il gettito delle sanzioni pecuniarie previste dal codice è versato al bilancio dello Stato: il creditore-ricorrente si avvantaggerebbe comunque, sia pure indirettamente, della penale, destinata ad esercitare pressione sull'amministrazione inadempiente, affinché questa dia esecuzione alla sentenza.

TAR Palermo, Sez. I, 4.4.2012, n. 709

Soppressione INPDAP - non determina l'interruzione dei processi in quanto le norme del codice di procedura civile sull'interruzione valgono esclusivamente per le parti private e non per le amministrazioni o gli enti pubblici.

Con il presente gravame i ricorrenti hanno proposto domanda per l'accesso agli atti, già richiesti con raccomandata ricevuta dall'I.N.P.D.A.P., alla quale l'ente non ha dato riscontro. Il Collegio ha in via preliminare chiarito che la circostanza che l'I.N.P.D.A.P., al quale era stata inoltrata l'istanza di accesso, nonché nei confronti del quale è stata instaurata la presente controversia, sia, nelle more del giudizio, confluito nell'I.N.P.S. non determina l'interruzione del processo, anche nell'ipotesi in cui si dovesse ravvisare un'ipotesi di estinzione dell'ente. Invero sul punto la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel senso che il rinvio alle disposizioni del c.p.c., in ordine alla interruzione del processo, valgono esclusivamente per le parti private e non per le amministrazioni o gli enti pubblici (CdS, Sez. V, 7.9.2009, n. 5238; 15.7.2010 n. 4553; TAR Sicilia, Pa, I, n. 320/2012; Catania, sez. II, 8.3.2010 n. 480). Invero per il principio di continuità delle funzioni pubbliche, non sembra che possa configurarsi alcun evento, relativo ad un ente pubblico, assimilabile alla morte di un soggetto (come peraltro confermano i principi in materia di successione ex lege o comunque necessaria tra enti pubblici).Ciò posto il Collegio ha ritenuto fondata la pretesa azionata con il presente ricorso e ha dichiarato l'obbligo dell'INPS – subentrata all'INPDAP – di esitare la richiesta di accesso dei ricorrenti.

TAR Lazio, Sez. III *quater*, 9.3.2012, n. 1373

E' incompetente il giudice amministrativo sulle controversie per il rilascio di alloggi di edilizia economica e popolare abusivamente occupati.

E' noto che per le controversie in materia di alloggi di edilizia economica e popolare, il riparto della giurisdizione - a parte la speciale ipotesi di opposizione davanti al pretore prevista dall'art. 11, co. 13, d.P.R. 30.9.1972 n. 1035 con esclusivo riguardo al provvedimento di decadenza dall'assegnazione per mancata occupazione dell'alloggio nel termine prescritto - è regolato dal consueto criterio della posizione soggettiva riconoscibile in capo al privato, dovendosi attribuirla al giudice amministrativo allorquando tale posizione sia di interesse legittimo, perché attinente alla fase del procedimento amministrativo strumentale all'assegnazione, caratterizzato da poteri pubblicistici, e al giudice ordinario allorquando sia di diritto soggettivo perfetto, in quanto attinente al rapporto locativo costituitosi in seguito a detta assegnazione (Cass. civ., S.U., 23.2.2001, n. 65; CdS, Sez. V, 16.5.2011, n. 2949). Pertanto, nel complessivo procedimento per l'assegnazione degli alloggi in questione, va distinta una prima fase, di natura pubblicistica, caratterizzata dall'esercizio di poteri amministrativi finalizzati al perseguimento di interessi pubblici e, correlativamente, da posizioni di interesse legittimo dell'assegnatario; da quella successiva, di na-

tura privatistica, nella quale, poiché la regolamentazione dei rapporti tra ente assegnante ed assegnatario assume una diretta rilevanza, la posizione soggettiva del privato assume il carattere di diritto soggettivo. Ne consegue che le controversie attinenti a pretesi vizi di legittimità dei provvedimenti emessi nella prima fase del rapporto appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre appartengono all'autorità giudiziaria ordinaria quelle sorte dopo l'assegnazione, nelle quali si contesti il potere dell'ente assegnante di pronunciare l'estinzione del già sorto diritto soggettivo dell'assegnatario al godimento dell'alloggio (CdS, Sez. V, 16.5.2011, n. 2949; 11.8.2010, n. 5617; 2.10.2009 , n. 5140; Sez. IV, 31.3.2009, n. 2001; Cass.civ., S.U., 2.6.1997, n. 4908). Si è aggiunto che in base alla disciplina di cui all'art. 33 d. lgs. 31.3.1998 n. 80, nel testo sostituito dall'art. 7 l. 21.7.2000 n. 205, come risulta a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale parziale n. 204 del 2004 Corte cost., nella materia dell'edilizia residenziale pubblica - senz'altro ricompresa, per la finalità sociale che la connota, in quella dei servizi pubblici - la giurisdizione del giudice amministrativo non è configurabile nella fase successiva al provvedimento di assegnazione, giacché detta fase è segnata dall'operare della PA. non quale autorità che esercita pubblici poteri, ma nell'ambito di un rapporto privatistico di locazione, tenuto conto che i provvedimenti adottati, variamente definiti di revoca, decadenza, risoluzione, non costituiscono espressione di una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma si configurano come atti di valutazione del rispetto da parte dell'assegnatario di obblighi assunti al momento della stipula del contratto, ovvero si sostanziano in atti di accertamento del diritto vantato dal terzo al subentro sulla base dei requisiti richiesti dalla legge. (Cass.civ., S.U., 23.12.2004, n. 23830; 12.6.2006, n. 13527). Il difetto di giurisdizione si estende anche all'ipotesi di ordine di rilascio dell'alloggio occupato abusivamente. Con specifico riferimento all'occupazione abusiva la Corte di Cassazione (12.6.2006 n. 13527) ha affermato che in tale ipotesi la giurisdizione appartiene al giudice ordinario e ciò in quanto la controversia non attiene alla fase pubblicistica dell'assegnazione, nella quale sono stabiliti i requisiti soggettivi ed i criteri di attribuzione dei punteggi tra gli aventi diritto, ma si riferisce ad una vicenda riguardante il potere dell'assegnatario di dare ospitalità a terzi nell'alloggio di edilizia residenziale pubblica. Solo per completezza il Collegio rileva che anche in ordine alla velata richiesta di regolarizzazione deve pervenirsi alla medesima conclusione in ordine alla carenza di giurisdizione del giudice adito. Ed invero – in conformità a quanto già affermato dalla sezione (6.9.2010, n. 32107) – può dirsi che anche in tali ipotesi la controversia attiene ad una fase successiva a quella dell'originaria assegnazione (Cass., S.U., 12.6.2006, n. 13527). Aggiungasi che i requisiti per ottenere la regolarizzazione sono vincolati, con la conseguenza che non sussistono spazi di valutazione discrezionale da parte dell'autorità amministrativa.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

Onere delle spese legali a carico dell'amministrazione nel caso di procedimento conclusosi con piena esclusione di responsabilità del dipendente. Parere del 16.6.2011 prot. 201622, AL 22904/10, Avv. Maurizio Greco.

RISPOSTA

"Con la nota che si riscontra n. 151644 del 19.5.2010 codesto Comando Generale rappresenta che alcuni militari della Guardia di Finanza sono stati convenuti - unitamente all'amministrazione - avanti al Tribunale Civile di Lecce in relazione ad un'attività di servizio tesa a contrastare il fenomeno del contrabbando. In particolare i medesimi erano accusati dai parenti (madre e sorella) di aver cagionato la morte di un giovane - attinto da alcuni colpi di arma da fuoco, giovane - che non si era fermato all'ALT dei militari e che si sospettava trasportasse appunto merce di contrabbando. Il giudizio di primo grado (cfr. sent. Trib. Lecce n. 474/2000) si concludeva con la reiezione della domanda attrice e con la condanna di quest'ultima parte al rimborso delle spese di giudizio a favore dei militari che si erano costituiti a mezzo di un loro difensore, per un importo di allora lire 4.500.000 ciascuno. La sentenza di secondo grado (cfr. C.te Appello Lecce n.150/2002) confermava la decisione di primo grado e liquidava a favore dei militari le spese di difesa in complessivi euro 4.168,59. Il giudizio si concludeva in sede di legittimità (cfr sent. n. 15374/06 III Sez. Civ. Cassazione) in linea con le precedenti decisioni dei giudici di merito reiettive della domanda, e con la liquidazione a carico dei ricorrenti in favore dei militari per un importo complessivo di euro 3.600,00. I singoli militari interessati hanno così chiesto il rimborso delle spese legali ciascuno per l'importo di euro 6.434,74. L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, con nota n. 40399 del 2 luglio 2009, ha ritenuto di non poter dare corso all'esame del quantum non rientrando la fattispecie nel novero dell'art. 18 d.l. 67/1997. Rilevava l'Avvocatura che i militari potevano esercitare la loro pretesa creditoria nei confronti delle controparti soccombenti, che del resto erano state condannate in tutti i gradi di giudizio alla rifusione delle spese; altrimenti verificandosi un'ipotesi di indebito arricchimento in capo ai militari che verrebbero a percepire due volte la stessa somma dallo Stato e dalle controparti. Al riguardo paventate difficoltà in ordine al recupero delle spese stesse non potevano avere alcun rilievo; poiché la previsione beneficiante dell'art. 18, cit. non prevedeva un'ipotesi di surrogazione legale da parte dell'amministrazione ex art. 1203 c.c.. Codesto Comando, che ai sensi dell'art. 10 bis l.241/1990 aveva partecipato agli interessati il contenuto del sopra citato parere, rappresenta di aver ricevuto le loro osservazioni da cui si evince l'impossibilità di ogni azione esecutiva nei confronti delle parti attrici – debitrici – in quanto soggetti "impossidenti" di tanto che erano state ammesse al gratuito patrocinio (cfr. pag. 2 rigo 4 sent. cit. n.474 Trib. Lecce). Ancora, era impossibile svolge-

re ogni procedura esecutiva in ragione appunto dell'accertata impossidenza. L'amministrazione, che ha trasmesso all'Avvocatura Distrettuale di Lecce le note dei militari senza ottenerne risposta, chiede alla Scrivente di conoscere se possa esser dato favorevole corso alle istanze dei militari medesimi; ovvero se debbano comunque essere preventivamente esperite azioni esecutive e solo in caso di infruttuosità delle medesime - così essendo escluso ogni indebito arricchimento dei militari - dar luogo al rimborso. In questo caso chiede di conoscere se le spese per l'esperimento di dette procedure possano poi essere oggetto di rimborso. Rileva la Scrivente, sulla base degli elementi rappresentati, che le osservazioni dei militari possano trovare favorevole considerazione. Nella fattispecie si tratta sicuramente di un giudizio aperto a loro carico che li vedeva convenuti, del resto unitamente all'Amministrazione, per fatti strettamente connessi al servizio. Ciò è tanto vero che, appunto anche l'Amministrazione medesima è stata convenuta nell'ambito dei sopra citati giudizi. A questo proposito si osserva come non possa aver influenza alcuna il fatto che i militari non si siano avvalsi della facoltà prevista dall'art. 44 R.D. 1611/33; - nominando un avvocato di loro fiducia stante il principio di cui all'art. 24 Cost.ne avente rango assolutamente primario. Ancora il mero dato della condanna delle parti attrici (poi appellanti e ricorrenti in Cassazione) alla rifusione delle spese a favore dei militari, deve essere valutata in considerazione della documentata impossibilità oggettiva del recupero delle spese liquidate, non potendo detto dato essere di ostacolo al rimborso. Il tenore sotteso all'art. 18 cit. è finalizzato, e comunque consiste, nel tenere indenne il dipendente nei cui confronti sia aperto un procedimento conclusosi con piena esclusione di responsabilità sollevandolo così da ogni onere economico connesso all'attività difensiva. L'assoluta incapienza dei soggetti condannati, con l'impossibilità così dei medesimi a rifondere le spese ai militari, in sostanza - non può esporre i dipendenti stessi a sopportare in siffatta situazione l'onere economico di difesa, apparendo ragionevole, proprio per la ratio sottesa alla normativa beneficiante, che detto onere sia comunque ristorato, ricorrendone le condizioni, dall'amministrazione in nome e per conto della quale i medesimi hanno comunque agito in connessione con i fini Istituzionali. La Scrivente ritiene pertanto che codesta amministrazione, che nel provvedimento farà espressa menzione dell'impossibilità oggettiva del recupero, e della dichiarazione al riguardo rilasciata dai militari medesimi e dei connessi oggettivi documentati accertamenti circa l'incapienza delle parti debitrici, possa procedere a liquidare le somme richieste non dovendosi pronunciare la Scrivente sulla congruità delle stesse in quanto esse sono state direttamente riconosciute e liquidate dagli Organi Giurisdizionali deputati, fermo restando che lo Stato si gioverà di quel credito nei confronti del soccombente. Sul parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo". (A.G.S. - Parere del 16.6.2011).

«::::::::GA::::::::»

DOMANDA

Rimborso spese legali richiesto da dipendente assolto in sede penale in pendenza di giudizio risarcitorio ai fini civili ad istanza della costituita parte civile. Parere del 10.6.2011 prot. 194802, AL 1142/11, Avv. Federica Varrone.

RISPOSTA

"Con sentenza del 26.2.2004, il Tribunale di (...) ha ritenuto [il dott. ...] colpevole, quale Direttore della Casa di Reclusione di (...), del delitto di cui agli artt. 41 e 590, coo. 1 e 2 c.p. commesso, con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, in pregiudizio del detenuto lavorante [il sig. ...], e lo ha condannato, alla pena di € 200,00 di multa ed al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile, da liquidarsi in separato giudizio. Su appello proposto dall'imputato, la Corte di Appello di (...), in riforma della decisione di primo grado, ha assolto il dott. (...) da ogni addebito perché il fatto non costituisce reato ed ha revocato, di conseguenza, le statuizioni civili. La pronunzia assolutoria della Corte di Appello di (...) è divenuta irrevocabile ai soli fini penali per mancata impugnativa del P.M., ma è stata annullata ai diversi fini civili dalla Corte Su-

prema di Cassazione. In particolare, a seguito del ricorso per Cassazione proposto dal sig. (...), costituito parte civile, i giudici di legittimità hanno ritenuto responsabile il dott. (...), seppure ai soli fini civilistici del risarcimento danni non essendo possibile la riforma della statuizione ai fini penali per mancata impugnativa. Il dott. (...), sulla base della sentenza di assoluzione della Corte di Appello di (...), ha chiesto il rimborso delle spese legali ai sensi dell'art. 18 d.l. 67/97. Codesta Avvocatura ha fornito parere negativo sul presupposto dell'avvenuto accertamento della responsabilità ad opera della Corte Suprema di Cassazione, anche se solo ai fini civilistici del risarcimento del danno. Considerato che il dipendente ha presentato osservazioni al parere reso, con la nota che si riscontra codesta Avvocatura ha investito questo Generale Ufficio. Ciò posto, si osserva quanto segue. E' noto che l'art. 18 del d.l. 25.3.1997, n. 67 (convertito con l. 23.5. 1997, n. 135), in ordine al rimborso delle spese legali da parte della pubblica amministrazione stabilisce che "le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall' Avvocatura dello Stato ...". La suindicata disposizione subordina, dunque, il rimborso alla ricorrenza di puntuali condizioni, normativamente previste, quali: a) l'esistenza di una connessione dei fatti e degli atti oggetto del giudizio con l'espletamento del servizio e l'assolvimento degli obblighi istituzionali;
b) che il giudizio di responsabilità si sia concluso con sentenza od altro provvedimento che abbia escluso la responsabilità del dipendente; c) una valutazione di congruità da effettuarsi da parte dell' Avvocatura dello Stato. Sulla base del suindicato quadro normativo si condivide senz'altro l'avviso di codesta Avvocatura circa l'insussistenza del diritto al rimborso evidenziandosi quanto segue. Nel caso di specie, da ritenersi del tutto peculiare, la condotta del dipendente è stata oggetto di vaglio giurisdizionale nell'ambito del medesimo procedimento sotto il profilo civile e penale. Più specificatamente, la costituzione di parte civile del detenuto ha determinato che la condotta del dott. (...) è stata esaminata nel processo penale ai fini sia penali che civili. La statuizione di condanna della Suprema Corte, seppure ai soli fini civili per mancata impugnativa della Procura, comporta, pertanto, l'inconfigurabilità dei presupposti per il diritto al rimborso delle spese del processo penale in quanto, nell'ambito del medesimo procedimento, è stata definitivamente acclarata la responsabilità del dipendente con riferimento proprio a quella specifica condotta. Il presente parere è stato esaminato dal Comitato dell'Avvocatura dello Stato che si è espresso in conformità." (A.G.S. - Parere del 10.6.2011 prot. 194802, AL 1142/11).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

BANDO BIOMASSE: PUBBLICATO NELLA G.U. IL D.M 15.3.2012 - DIPARTIMENTO PER LO SVILUPPO E LA COESIONE ECONOMICA

Apportate alcune modifiche e fissato al 13 luglio il termine per la presentazione delle domande. E' stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 124 del 29.5.2012, il decreto ministeriale 15.3.2012 di modifica al Decreto ministeriale 13.12.2011 (Bando Biomasse).
Le principali modifiche riguardano:
- l'abbassamento della potenza minima degli impianti elettrici che passa da maggiore di 1 MW (elettrico) a maggiore di 0,65 MW (elettrico);
- la modifica del punteggio della premialità riferita alla quantità di biomassa utilizzata, proveniente dalle regioni obiettivo;
- l'istituzione di una sezione distinta per i programmi di investimento aventi per oggetto impianti elettrici con potenza inferiore a 1 MW (elettrico) pari a 35 mil€
- possibilità per le cooperative di accedere al bando.
A seguito della pubblicazione di questo decreto, e ai sensi dell'art. 3, co. 1 dello stesso, il termine di presentazione delle domande di agevolazione è fissato al giorno 13.7. 2012. Ove ritenuto necessario alla luce delle modifiche al d.m. 13.12.2011, i soggetti proponenti che abbiano presentato domanda di agevolazione, possono ripresentarla entro questo termine, previo ritiro della precedente. (tratto da http://www.sviluppoeconomico.gov.it/)

«::::::::: GA :::::::::»

PACCHETTO DEGLI INTERVENTI PER ACCELERARE I PAGAMENTI DELLA PA.

Sono quattro decreti predisposti per sbloccare il tema urgente dei crediti delle imprese nei confronti della Pubblica Amministrazione. Il pacchetto di interventi obbliga per la prima volta gli enti pubblici a certificare gli eventuali crediti vantati dalle imprese per forniture e appalti. La certificazione si ottiene compilando e inviando un semplice modulo allegato ai decreti; entro 60 giorni l'amministrazione è tenuta a rispondere (in caso di inerzia, verrà nominato un commissario ad acta che produrrà la certificazione). La certificazione potrà essere utilizzata per compensare debiti iscritti a ruolo alla data del 30.4.2012 per tributi erariali, regionali o locali, ma anche per quelli nei confronti di INPS o INAIL; per ottenere un'anticipazione bancaria (eventualmente anche assistita dalla garanzia del Fondo Centrale di Garanzia); per cedere il proprio credito. (Dipartimento del Tesoro, Decreti per accelerare i pagamenti della PA. 22.5.2012).

«::::::::: GA :::::::::»

INFRASTRUTTURE: SBLOCCATE DAL CIPE OPERE PER 12,5 MILIARDI DI EURO

Ammontano a circa 12,5 miliardi di euro, di cui 2,2 di fondi privati, le risorse complessive sbloccate dal CIPE su indicazione del ministero dello Sviluppo economico e delle Infrastrutture, per accelerare il completamento di opere fondamentali per il Sistema Paese.
Grazie a questi interventi, sarà possibile mantenere operativi oltre 130 cantieri – più altri 82 per piccoli interventi nel Mezzogiorno – e aprirne nuovi 40 entro i

prossimi 3 mesi.
Confermati 170mila posti di lavoro, con la previsione di creare circa 80mila nuove opportunità.
Il Ministro dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture, Corrado Passera, così come già reso noto dal Cipe, ha confermato lo stanziamento di 4,8 miliardi di euro, che consentiranno la prosecuzione delle seguenti opere:
-Metropolitana Napoli per circa 200 milioni di €
-Metropolitana Bologna per circa 220 milioni di €
- Metropolitana Milano linea M4 ed M1 per 330 milioni di € tale valore genera un coinvolgimenti di risorse private per ulteriori 700 milioni di € ed è intervento funzionale all'EXPO 2015
- Metrotramvia di Milano per 121 milioni di €
- Metropolitana di Torino linea 1 per 106 milioni di €
- schemi idrici Sardegna per 107 milioni di €
- schemi idrici Basso Molise per 71 milioni di €
- schemi idrici Basilicata e Puglia 92 milioni di €
- schemi idrici Sicilia per 30 milioni di €
- Interramento stazione Catania per 11 milioni di €
- Asse ferroviario Bari – Taranto per 31 milioni di €
- Galleria Brennero (progettazione) per 45 milioni di €
- Potenziamento linea Rho – Gallarate per 90 milioni di €
- Ferrovia Circumetnea per 90 milioni di €
- Asse autostradale Pontina per 468 milioni di € pubblici che generano ulteriori 1.200 milioni di € di capitali privati
-Asse autostradale Campo Galliano Sassuolo per 234 milioni di € pubblici che generano risorse private aggiuntive per circa 500 milioni di €
- Asse autostradale Telesina in Campania per 110 milioni di € pubblici che generano risorse private aggiuntive per 330 milioni di €
-Accessibilità Malpensa per 120 milioni di €
- Asse stradale 106 Ionica per 698 milioni di € (nel tratto Roseto – Capo Spulico. Opera questa che mette in sicurezza un asse stradale della Calabria particolarmente critico)
- Variante di Morbegno in Valtellina per 87 milioni di €
-Opere complementari Asse autostradale Asti – Cuneo per 30 milioni di €
- Asse viario Palermo Lercara Friddi per 212 milioni di €
- Viabilità accesso porto La Spezia per 215 milioni di €
- Asse autostradale Pedemontana Lombarda per 870 milioni di €
- Allacci viari interporto di Fiumicino per circa 20 milioni di €
- HUB portuale di Civitavecchia per 150 milioni di €
- Porto di Manfredonia per 30 milioni di €
In aggiunta a quanto comunicato dal Cipe, si segnala inoltre che il Contratto di Programma delle Ferrovie dello Stato, è stato deliberato per un valore globale di 3.352 milioni di € di cui 840 milioni per la manutenzione. All'interno di questo importo, oltre a stanziamenti per la manutenzione e altri interventi, sono comprese le risorse assegnate per dare continuità a due opere ferroviarie ad alta velocità ubicate su due Corridoi comunitari quali l'asse Rotterdam – Genova e Lione – Torino – Milano – Trieste – Kiev.
Sono in particolare assegnati:
- 1.100 milioni di € per il collegamento Milano – Genova (Terzo Valico dei Giovi). In tal modo si assicura la copertura finanziaria, per circa il 30%, dell'intero tracciato della Milano Genova realizzando un valico ferroviario lungo 34 Km essenziale per i collegamenti tra la portualità ligure ed il Nord Europa
- 919 milioni di € per il completamento della tratta funzionale Treviglio – Brescia. Con tale assegnazione lo Stato assicura la definitiva copertura della tratta ad alta velocità Treviglio Brescia, consentendo un collegamento di tipo metropolitano tra Milano e Brescia ed abbassando in modo rilevante i tempi di collegamento tra Milano e Venezia
Si ricorda infine, come già riportato nel comunicato del Cipe, che è stato deliberato il Contratto di programma dell'ANAS, che assicura risorse per un valore globale di 900

milioni di €, di cui 300 a decorrere dal 2012 con il nuovo Contratto, destinati agli interventi urgenti ed indifferibili ed a garantire la continuità degli interventi manutentivi lungo l'intera rete.

È stato data via libera anche a un'ulteriore tranche di 600 milioni di € per dare continuità al sistema MO.SE, un'opera chiave per la difesa di Venezia e della sua laguna, l'avanzamento dei lavori del Mo.SE ha superato il 70%. Con questa tranche non solo si evita il blocco dei lavori ma si consente, entro il 2012, il raggiungimento di una soglia percentuale di avanzamento superiore all'80%. Deliberata anche la proposta di contratto della gara dei lavori del nuovo sistema filoviario di Verona e l'assenso per l'utilizzo dei ribassi di gara relativi agli interventi nel nodo di Termini a Roma per il miglioramento dell'interscambio tra le metropolitane A e B consentendo la copertura finanziaria per il completamento delle opere. Si da così certezza ad investimenti per oltre 200 milioni di €.

Approvato il Piano di riparto dei fondi per il trasporto rapido di massa per un valore di 162 milioni di €. All'interno del Piano sono contenuti importanti interventi riguardanti il trasporto rapido di massa nelle città di Milano, di Bologna, Potenza e Torino.

Infine, è stata deliberata l'assegnazione di 440 milioni di euro a valere sul Fondo per lo sviluppo e la coesione in applicazione dell'art. 33, co. 3, della l. 183/2011.

Quanto alle ulteriori possibilità di finanziamento consentite da tale medesima norma, non è stata ancora assunta alcune decisione, in quanto è stata chiesta una informativa urgente relativa ad una definitiva ricognizione delle opere da salvaguardare secondo le finalità della norma stessa. (tratto da http://www.sviluppoeconomico.gov.it/).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

IL COMMERCIO TRA COMPETENZA LEGISLATIVA REGIONALE, TUTELA DELLA CONCORRENZA ED INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA

del Dott. Gabriele Magrini

Breve commento a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 7.2.2012, in materia di commercio.

Brief comments on the sidelines of the judgment of the Constitutional Court no. 18 of 7.2.2012, on trade.

Sommario:1. Premessa. - 2. Il commento alla sentenza n. 18/2012 della Corte Costituzionale.

1.Premessa.

In seguito a ricorso promosso in via principale dal Governo, la Corte è chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 3, l. reg. Sardegna 7.2.2011, n. 6 *"Modifiche all'art. 2, l. reg. 21.5.2002, n. 9 (agevolazioni contributive alle imprese nel comparto commercio), interpretazione autentica dell'art. 15, co. 12, l. reg. 18.5.2006, n. 5 (disciplina generale delle attività commerciali) e norme sul trasferimento dell'attività"* nella parte in cui inserisce nella l. reg. 18.5.2006, n. 5, l'art. 15-*bis*, co. 4 che, riguardo al trasferimento dell'attività commerciale su aree pubbliche per atto tra vivi, stabilisce che lo stesso non possa avvenire *prima che siano decorsi tre anni dalla data del rilascio del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività stessa.* In particolare, la norma viene impugnata in primo luogo per contrasto con la normativa europea in materia di libero esercizio dei servizi nel mercato interno (dir. 2006/123/CE, c.d. *Bolkestein*) e quindi per violazione dell'art. 117, co. 1, cost. che impone al legislatore, statale e regionale, il rispetto dei *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*; in secondo luogo la disposizione interferirebbe anche con la materia *tutela della concorrenza* riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex* art.117, co. 1, cost. ed infine, introducendo un irragionevole limite temporale alla libertà di iniziativa economica privata, la disposizione si porrebbe in conflitto anche con l'art. 41 cost. La Corte accoglie la questione e perviene a dichiarare l'illegittimità della disposizione regionale che, introducendo un ingiustificato limite temporale alla cessione di attività commerciali su aree pubbliche, *restringe la possibilità di accesso di nuovi operatori, con conseguente violazione dell'art. 117, co. 2, lett.* e), *cost. (<<tutela della concorrenza>>)* e quindi di una competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ciò premesso, va osservato che la pronuncia è significativa perché interviene nuovamente sulla materia del commercio, disciplina che non solo ha caratterizzato i rapporti tra competenze legislative statali e regionali in seguito alla riforma dell'art. 117 cost., ma anche perché rappresenta un settore dell'ordinamento dove è possibile misurare, meglio che in altri, il livello di incidenza della scelta politica, che di volta in volta è stata effettuata dal legislatore, tra libertà di mercato e d'impresa ed intervento regolatore[1].

[1] Per un quadro sull'evoluzione della disciplina del commercio cfr. F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione,* in Merc. Conc. Reg., 3, 2007, pp. 427

Infatti, originariamente la disciplina del commercio, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, era principalmente regolata dalla l. 11.6.1971, n. 426 che prevedeva una sostanziale disciplina interventista di livello legislativo e sosteneva una funzione amministrativa di natura pianificatoria ed autorizzatoria, riservando al piano comunale del commercio non solo l'individuazione dei requisiti per l'accesso al mercato, mediante la fissazione dei luoghi e delle distanze tra i vari esercizi commerciali, ma anche la fissazione dei limiti dell'offerta in relazione alla capacità della domanda, introducendo in tal modo una vera e propria pianificazione strutturale del mercato della distribuzione commerciale, all'interno del quale esisteva soltanto una *concorrenza fortemente contingentata*[2]. Con l'introduzione del d. lgs. 31.3.1998, n. 114 (*Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma dell'art. 4, co. 4, l. 15.3.1997, n. 59*) l'intero settore del commercio subisce una revisione complessiva sia nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione attraverso il riconoscimento del primato della libera concorrenza rispetto al preesistente modello di pianificazione pubblica[3], sia di valorizzazione del principio del decentramento funzionale attraverso il rinnovato ruolo delle regioni. In particolare, alle regioni vengono riconosciuti significativi compiti amministrativi di programmazione della rete distributiva e di definizione dei criteri di programmazione urbanistica in relazione al settore commerciale, ma anche rilevanti poteri normativi di natura integrativo-attuativa su determinati aspetti della distribuzione commerciale[4] - corrispondenti ad altrettanti interessi pubblici – che determinano, di fatto, l'attribuzione alle regioni del *delicatissimo compito di fissare il punto di equilibrio tra libertà di mercato e regolazione nonché la parallela linea di demarcazione tra misura interventista giustificata in nome degli interessi pubblici che sopravvivono in tale mercato e misura ingiustificata e contrastante con l'assetto post liberalizzazione*[5]. In tal modo viene, tuttavia, mitigata di molto la portata liberalizzatrice della riforma, creando piuttosto le condizioni per forme di pianificazione decentrata del settore commerciale. In seguito alla l. cost. 18.10.2001, n. 3 di riforma del titolo V della costituzione, la materia del commercio è stata dalla C. cost. pacificamente ricondotta alla competenza legislativa residuale delle regioni *ex* art. 117, co. 4, cost.[6] e la precedente disciplina statale ha assunto natura di normativa residuale applicabile solo alle regioni che non abbiano provveduto ad emanare una disciplina propria in materia[7]. In seguito alla nuova struttura costituzionale di riparto delle competenze statali e regionali, le regioni hanno gradualmente provveduto ad adottare specifiche legislazioni in materia di distribuzione commerciale, a volte anche derogando al precedente assetto normativo stabilito dal legislatore statale[8]. Tuttavia, nono-

e ss.; A. VEDASCHI, *Il governo di economia e finanza pubblica nelle dinamiche della forma di Stato*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Egea, 2010, pp. 264 e ss.; P.F. LOTITO - O. ROSELLI (a cura di), *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, Torino, Giappichelli, 2012.

[2] In questo senso F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 429.

[3] In particolare la nuova disciplina trova nella concorrenza e nella libertà di iniziativa economica privata il suo fondamento disponendo all'art. 2 che *L'attività commerciale si fonda sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 cost ed è esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella l. 10.10.1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato*; principi che sul piano operativo si traducono nella riduzione dei vincoli relativi agli orari di apertura e nella semplificazione delle procedure autorizzatorie.

[4] In particolare alle regioni vengono affidati dall'art. 6 del d.lgs. 31.3.1998, n. 114 compiti ed obiettivi corrispondenti a determinati interessi pubblici concorrenti quali a titolo esemplificativo la tutela dei centri storici, la protezione del consumatore e la qualità dei servizi, la tutela dell'ambiente.

[5] Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 434.

[6] C.cost.13.1.2004, n. 1.

[7] In merito al carattere residuale della normativa statale nelle materie di competenza esclusiva regionale si richiama l'art. 1, co. 2, l. 5.6.2003, n. 131(*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*) secondo cui le normative statali vigenti in materie regionali continuano ad applicarsi fino all'entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia.

[8] In particolare è interessante segnalare il collegamento tra programmazione urbanistica e programmazione commerciale adottato dal legislatore regionale, con riguardo ad esempio agli insediamenti commerciali di grandi dimensioni (c.d. centri commerciali). Per un quadro sulla evoluzione del ruolo delle regioni in materia di commercio e sul rapporto tra commercio ed

stante il riconoscimento della competenza residuale esclusiva regionale, la materia del commercio, in ragione delle sue numerose interferenze con altre materie, è stata sottoposta a molteplici sollecitazioni provenienti sia da una legislazione statale che ha continuato a disciplinare alcuni aspetti dell'attività commerciale, sia da una giurisprudenza costituzionale che, pur valorizzando la competenza delle regioni in materia, ha sottratto porzioni della stessa a favore del legislatore statale attraverso il riconoscimento del carattere trasversale di alcune materie di competenza statale esclusiva *ex* art. 117, co. 2, cost., caratterizzate dall'attitudine ad intervenire in settori anche eterogenei dell'ordinamento e a perseguire fini di ordine generale la cui realizzazione, per la loro natura, deve essere rimessa al legislatore statale[9]. In particolare, la Corte ha riconosciuto il carattere della trasversalità, tra l'altro, anche alla materia tutela della concorrenza prevista dall'art.117, co. 2, lett. *e)*, cost., con la conseguenza che in tale ambito la disciplina statale, operando come limite per il legislatore regionale, incide anche sulla materia del commercio che, pur essendo rimessa in via principale alla legislazione regionale, è altresì sottoposta al concorso della legge statale che voglia assicurare in questo campo la tutela della concorrenza. In particolare il tema dei limiti alla legislazione regionale in materia di commercio in rapporto alla tutela della concorrenza, è emerso in maniera significativa nella giurisprudenza della Corte con riferimento ad alcuni recenti interventi statali in materia di liberalizzazione degli orari di vendita degli esercizi commerciali[10]. Infatti, la Corte pur riconducendo la disciplina degli orari degli esercizi commerciali alla competenza residuale regionale evidenzia la necessità di valutare *se la stessa, nel suo contenuto, determini o meno un vulnus alla tutela della concorrenza, tenendo presente che è stata riconosciuta la possibilità, per le regioni, nell'esercizio della potestà legislativa nei loro settori di competenza, di dettare norme che, indirettamente, producano effetti pro – concorrenziali*[11]. Pertanto la Corte, facendo ricorso al tipico principio della derogabilità *in melius* ed inderogabilità *in peius* della normativa statale, stabilisce che i limiti introdotti da quest'ultima nelle materie c.d. trasversali vincolano le regioni, le quali nell'ambito delle proprie competenze possono adottare soltanto normative con valenza pro-competitiva senza pertanto vanificare le disposizioni statali incentivanti la libera concorrenza. Infatti, secondo la Corte *non sono esclusi profili di illegittimità costituzionale di norme che, se pure in astratto riconducibili alla materia del commercio di competenza legislativa delle regioni, producano, in concreto effetti che ostacolino la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale*[12].

2. Il commento alla sentenza n. 18/2012 della Corte Costituzionale.

Ciò premesso, con la pronuncia in commento la Corte conferma l'orientamento in-

urbanistica si rinvia ai saggi rispettivamente di C. CARDONI, *Il ruolo delle regioni in materia di commercio* e di D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, entrambi in P.F. LOTITO - O. ROSELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 117 e ss.

[9] Sui limiti delle regioni nella materia del commercio cfr. S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del custode della tutela della concorrenza*, in A.I.C., 2012, 2, www.rivistaaic.it, p. 4.

[10] Il riferimento è alla normativa introdotta dall'art. 3, co. 1, d.l. 4.7.2006, n. 223, conv. nella l. 4.8.2006, n. 248 intitolato *Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale*, successivamente modificato dal d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. l. 15.7.2011, n. 111 e da ultimo modificato dal d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214 (c.d. decreto salva Italia) secondo cui *le attività commerciali* [..] *sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni:* [..] *d*-bis) *il rispetto degli orari di apertura e di chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio*.

[11] In questo senso C.cost. 21.4.2011, n. 150, che continua specificando *la materia tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), cost., non ha solo un ambito oggettivamente individuabile che attiene alle misure legislative di tutela in senso proprio* [..] *ma, dato il suo carattere finalistico, anche una portata più generale e trasversale, non preventivamente delimitabile, che deve essere valutata in concreto al momento dell'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle regioni nelle materie di loro rispettiva competenza*.

[12] C.cost. 21.4.2011, n. 150.

terpretativo descritto e censura la norma regionale che, stabilendo un limite temporale alla cessione di attività commerciali su aree pubbliche per atto tra vivi, di fatto, introduce una barriera all'entrata di nuovi operatori sul mercato di riferimento priva di ragionevoli e giustificate ragioni economiche che determina un impedimento al libero esercizio dell'iniziativa economica privata, con conseguente violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza *ex* art. 117, co. 2, lett. *e)*, cost. Tuttavia, come recentemente osservato[13], la pronuncia appare criticabile sotto il profilo del metodo usato dalla Corte nel pervenire al giudizio di illegittimità della norma censurata evidenziando, in tal modo, una intrinseca contraddittorietà della decisione. Infatti, censurando la norma regionale con contenuto anticoncorrenziale per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. *e)*, cost., e quindi per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, la Corte implicitamente sembrerebbe affermare - attraverso l'equiparazione del concetto di tutela della concorrenza con quello della concorrenza - che solo il legislatore statale possa introdurre norme a contenuto anticoncorrenziale, in tal modo confondendo *la funzione con l'atto, nel senso che non tutti i provvedimenti legislativi statali (atto) che incidono sulla concorrenza sono comunque sempre legittimi costituzionalmente per il solo fatto che lo Stato sia titolare di legislazione esclusiva in materia di tutela della concorrenza (funzione)*[14].

Pertanto, la norma regionale che introduceva una ingiustificata barriera all'ingresso nel mercato delle attività commerciali, in quanto lesiva del bene concorrenza costituzionalmente garantito, doveva più propriamente essere censurata, anziché con il ricorso al riparto delle competenze legislative, per contrasto con l'art. 41 cost., tanto più che lo stesso costituiva autonomo motivo di impugnazione del Governo. Ciò premesso, la pronuncia è significativa perché interviene nuovamente sui rapporti tra disciplina del commercio e concorrenza, confermando al riguardo la maggiore attenzione della Corte al tema del riparto delle competenze legislative dello Stato e delle regioni, piuttosto che alla tutela del principio costituzionale della concorrenza. In particolare con riguardo al primo aspetto va segnalata nella giurisprudenza della Corte la tendenza alla graduale erosione delle competenze legislative residuali delle regioni, a favore di un ampliamento – con il ricorso alla teoria delle materie c.d. trasversali – delle competenze statali. Tuttavia, in seguito ai recenti interventi normativi in tema di liberalizzazione degli orari di apertura degli esercizi commerciali introdotti del legislatore statale, il rapporto tra Stato e regioni in tema di commercio è destinato ha subire ulteriori evoluzioni nella giurisprudenza costituzionale[15].

[13] S. LA PORTA, *op. cit.*, pp. 7 -10.
[14] Così S. LA PORTA, *op. cit.*, p. 7.

[15] Il riferimento è alle novità normative introdotte dal recente d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214 (c.d. decreto *"salva Italia"*) che modificando l'art. 3, co. 1, lett. d-*bis*) d.l. 4.7.2006, n. 223 conv. l. 4.8.2006, n. 248, liberalizza la disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali, determinando in tal modo una probabile violazione del riparto delle competenze, tenuto conto che nella recente sentenza 21.4.2011, n. 150 la Corte, affermando che "*l'ascrivibilità della disciplina degli orari degli esercizi commerciali alla materia "commercio" trova ulteriore conferma, a contrario, nell'art. 3, co. 1, d.l. n. 223 del 2006*", ricavava la competenza residuale esclusiva delle regioni in materia di commercio proprio nel mancato riferimento alla disciplina degli orari di vendita nella norma oggi modificata.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 11.11.2011, n. 308

Energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 1, lett. a) e b), l. reg. Molise 23.12.2010, n. 23 (*Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 7.8.2009, n. 22 – nuova disciplina delgi insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della regione Molise*) - art. 117, co. 1, 2, lett. a) e e) e co. 3, cost. - accoglimento.

La norma impugnata include la valle del Tammaro tra le aree non idonee all'istallazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e stabilisce che le aree e i beni di notevole interesse culturale e gli immobili e le aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi del d. lgs. 42/2004 costituiscono siti non idonei all'istallazione degli impianti eolici.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri per la asserita violazione dell'art. 117, co. 1, 2 e 3 della Costituzione. La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che la norma impugnata è riconducibile alle materie dell'energia e di tutela dell'ambiente, attribuite rispettivamente alla competenza legislativa concorrente ed esclusiva dello Stato. Per tali ragioni, ad avviso della Corte, la legge regionale de qua avrebbe dovuto rispettare i principi generali indicati dalla legislazione dello Stato: principi contenuti nel d. lgs. 387/2003 che stabilisce che le regioni possano procedere all'individuazione di aree e siti non idonei all'istallazione di specifiche tipologie di impianti eolici in attuazione delle linee guida approvate dalla Conferenza unificata su proposta del Ministri dell'ambiente e del Ministro per i beni e le attività culturali (contenute oggi nel d.m. 10.9.2010).

Ad avviso della Corte, nel caso di specie il legislatore regionale non ha rispettato le suddette linee guida, avendo invece previsto un divieto generalizzato alla localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 17.10.2011, n. 272

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3, co. 3, l. reg. Abruzzo 10.12.2010, n. 54 (*Disposizioni in materia di aree sciabili attrezzate: disciplina dei tappeti mobili a vocazione turistica o sportiva*) - art. 81, co. 4, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 3, della l. reg. Abruzzo n. 54/2010 (Disposizioni in materia di aree sciabili attrezzate: disciplina dei tappeti mobili a vocazione turistica o sportiva), per violazione dell'art. 81, co. 4, Cost.. Si ritiene infatti che la disposizione impugnata contrasterebbe con la citata disposizione costituzionale, in quanto, prevedendo spese necessarie per attuare nuovi interventi nel comprensorio sciistico di Scanno (spese quantificate in un massimo di un milione di euro), nulla dispone riguardo alla loro copertura, così come risulta dall'estratto del preventivo finanziario decisionale della Regione Abruzzo per l'esercizio 2010, in cui nel capitolo di spesa indicato non è riportato alcuno stanziamento.

La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza secondo cui il legislatore regionale non può sottrarsi a quella fondamentale esigenza di chiarezza e solidità del bilancio cui l'art. 81 Cost. si ispira ed ha anche chiarito che la copertura di nuove spese deve essere credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con la spesa che si intende effettuare in esercizi futuri (tra le più recenti, sentt. n. 100/2010 e n. 213/2008).

La Corte, inoltre, ha precisato (relativamente a una fattispecie analoga a quella oggetto di scrutinio) che l'indicazione della copertura, ai sensi dell'art. 81, co. 4, cost., è richiesta anche quando alle nuove o maggiori spese possa farsi fronte con somme già iscritte nel bilancio, o perché rientrino in un capitolo che abbia capienza per l'aumento di spesa, o perché possano essere fronteggiate con lo storno di fondi risultanti dalle eccedenze degli stanziamenti previsti per altri capitoli (per tutte, sent. n. 30/1959).

La Corte, pertanto, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata per violazione dell'art. 81, co. 4, cost., in quanto lo stanziamento, già iscritto in precedenti capitoli di spesa e ridenominato «Interventi per gli investi-

menti sugli impianti sciistici del comprensorio di Scanno», non era disponibile nel bilancio di previsione del 2010 e, quindi, non esisteva alcuna copertura per far fronte agli oneri finanziari derivanti dallo stesso.V. precedenti conformi: C. cost., 18.5.1959, n. 30; 31.10.2007, n. 359; 18.6.2008, n. 213; 25.11.2008, n. 386; 17.3.2010, n. 100; 23.4.2010, n. 141; 1.4.2011, n. 106 (Red. Filippo Barbagallo).

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

"Transazioni commerciali: non può considerarsi usuraio il tasso d'interesse direttamente stabilito dal decreto legislativo 9.10.2002, n. 231; per le cessioni di beni e servizi allo Sato l'obbligo del pagamento dell'IVA diviene esigibile all'atto dei relativi pagamenti; la parte soccombente in giudizio non è tenuta al rimborso dell'IVA sull'onorario legale ove la parte vittoriosa assistita sia a sua volta soggetto I.V.A.". Parere del 20.10.2010 prot. 301334 - Avv. Dorian De Feis - AL 33552/10.

RISPOSTA

"Con la nota in riscontro, l'intestata amministrazione ha richiesto alla Scrivente Avvocatura dello Stato un parere in ordine ai seguenti quesiti: 1) Se possa configurarsi un conflitto tra la disposizione di cui all'art. 5, primo comma, del d. lgs. 9.10.2002, n. 231 ("Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali"), ai sensi del quale,"salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi, ai fini del presente decreto, è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamentodella Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi", e la normativa dettata, in tema di usura, dalla l. 7.3.1996, n. 108, la quale ha modificato l'art. 644 del codice penale ed inciso sull'art. 1815 del codice civile. 2) Se siano dovuti gli interessi moratori su quanto dovuto dal creditore all'Erario a titolo di I.V.A. 3) Se la parte soccombente nel processo, condannata al pagamento delle spese processuali e dell'onorario spettante al difensore della parte vittoriosa, sia tenuta a rimborsare anche l'I.V.A. relativa all'onorario, qualora la parte vittoriosa sia un soggetto passivo I.V.A. (esercente attività d'impresa, professione o arte) e la vertenza inerisca l'esercizio della propria attività d'impresa, professione o arte. 1) Con riferimento al primo quesito, si osserva quanto segue. L'introduzione, nel nostro ordinamento, di un tasso d'interesse che, sia pure con il dichiarato scopo di incentivare il tempestivo pagamento del corrispettivo di beni e servizi nelle transazioni commerciali, può assumere valori superiori a quello ordinariamente previsto in tema di obbligazioni pecuniarie dall'art. 1284 del c.c., come integrato, da ultimo, dal d.m. 4.12.2009, ha indotto taluni operatori ad interrogarsi sulla compatibilità tra i due complessi normativi. In particolare, si è posto il problema di risolvere l'apparente conflitto che si verifica nell'ipotesi in cui il tasso di interesse, calcolato in via automatica sulla base dei criteri previsti dal primo comma dell'art. 5 del d. lgs. 9.10.2002, n. 231, superi la "soglia", anch'essa stabilita ex lege, oltre la quale il tasso di interesse viene considerato usurario. Sul punto, si ritiene che la compatibilità rispetto ai limiti del tasso

previsto dal già citato art. 5, primo comma, del d. lgs. 9.10.2002, n. 231, con le norme dettate in tema di usura, sia ex ante assicurata dalla sua previsione normativa, non potendo, pertanto, in alcun caso porsi un problema di usurarietà di un tasso espressamente individuato, anche in maniera indiretta, dalla legge. In primis, infatti, si evidenzia che sia l'art. 644 del c.p., sia l'art. 1815, secondo comma, del codice civile, come integrati dall'art. 2 della l. 7.3.1996, n. 108, appaiano tassativamente collegabili alla sola pattuizione o promessa di interessi della cui usurarietà si discute, avendo quale substrato e presupposto di applicabilità la fonte convenzionale del tasso d'interesse da valutare. Nell'ipotesi del saggio previsto dall'art. 5, primo comma, del d. lgs. 9.10.2002, n. 231, all'opposto, il tasso, salvo sue deroghe, è stabilito per legge, e non convenzionalmente, e non può, in quanto tale, considerarsi usurario. In secondo luogo, si osserva che la stessa fonte sovranazionale e la natura di normativa di adeguamento ad obblighi comunitari assunti dal nostro ordinamento fa, dell'articolato in commento, una fonte c.d. rinforzata, in quanto tale prevalente su disposizioni interne eventualmente contrastanti od incompatibili, anche al fine di assicurare quella soglia di tutela minima dei debitori nell'ambito delle transazioni commerciali. 2) Con riguardo al secondo quesito, si ritiene di poter condividere quanto sostenuto da codesta amministrazione, argomentando in base al disposto di cui all'art. 6, quinto comma, del d.P.R. 26.10.1972, n. 633, ai sensi del quale "… per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi … fatte allo Stato … l'imposta diviene esigibile all'atto del pagamento dei relativi corrispettivi …". Infatti, posto che, come correttamente osservato dall'intestata amministrazione, l'I.V.A., nei confronti del soggetto passivo non consumatore finale, costituisce una mera partita di giro, in quanto la stessa viene da questi versata all'Erario nell'identico importo ricevuto dal committente e, comunque, soltanto al momento del pagamento da parte del committente medesimo, non può ritenersi sussistente alcun "danno" da risarcire, in via forfettaria, con il pagamento di interessi moratori sulla somma originariamente dovuta. A ciò deve aggiungersi che, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (ex multis, Corte di cassazione, Sez. I, 2.6.2000, n. 7308), "deve escludersi l'esistenza nell'ordinamento di un principio secondo cui i pagamenti da parte dello Stato (nella specie, per corrispettivi di opere in appalto pubblico) siano subordinati alla previa fatturazione. Tale principio non può desumersi, infatti, né dall'art. 277 del r.d. n. 827 del 1924 (regolamento sulla contabilità dello Stato), che non fa alcun riferimento né implicito, nè esplicito alla necessità della fatturazione quale condizione di esigibilità dei crediti verso lo Stato, né dagli art. 6 e 21 del d.P.R. n. 633 del 1972, per i quali ultimi l'obbligo della fatturazione [da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, n.d.r.] non sorge prima del pagamento del compenso". Pertanto, non essendovi alcun obbligo di fatturazione, da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, prima del pagamento del compenso da parte del committente, sembra evidente come non sorga, sino a quel momento, alcun obbligo, da parte del soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio, nei confronti dell'Erario. 3) Con riguardo, infine, al terzo ed ultimo quesito prospettato a questo Legale Ufficio, si osserva che, con circolare n. 203/E del 6.12.1994, il Dipartimento delle Entrate dell'allora Ministero delle Finanze, conformandosi ad un parere reso dalla Scrivente Avvocatura dello Stato, ha chiarito che alla parte vittoriosa nel processo spetta il diritto di conseguire dal soccombente, condannato al pagamento delle spese processuali, anche il pagamento dell'onorario spettante al proprio difensore. Ha, altresì, specificato che l'I.V.A. relativa all'onorario non dovrà essere rimborsata dalla parte soccombente qualora la controparte sia, come nel caso di specie, un soggetto passivo I.V.A. (esercente attività d'impresa, professione o arte) e la vertenza inerisca all'esercizio della propria attività d'impresa, professione o arte. In tal caso, infatti, non è dovuto il rimborso dell'imposta perché la parte vittoriosa potrà esercitare il diritto di rivalsa di detrazione dell'imposta (art. 19 del d.P.R. 26.10.1972, n. 633) e potrà, quindi, portare in detrazione

l'imposta medesima, pagata al difensore, in sede di liquidazione periodica. Ciò trova conferma nel consolidato orientamento giurisprudenziale in forza del quale "il credito del difensore antistatario nei confronti della parte soccombente, a seguito del provvedimento di distrazione delle spese giudiziali, comprende, oltre agli onorari non riscossi ed alle spese anticipate, il correlativo importo dell'I.V.A., quando la parte vittoriosa non sia autorizzata a portare in detrazione tale imposta, atteso che il suddetto credito ha la medesima natura e consistenza di quello spettante al cliente nei confronti della controparte per la rifusione delle spese processuali, le quali includono quanto si è corrisposto o si dovrà corrispondere al proprio difensore a titolo di rivalsa dell'I.V.A. (senza possibilità di riversare il relativo carico su altri soggetti), e che inoltre la disciplina dell'I.V.A., identificante in via esclusiva nel cliente del professionista il soggetto passivo dell'obbligazione di rivalsa, non osta a che, in forza dell'autonomo e distinto obbligo nascente dalla pronuncia di condanna alle spese, il denaro occorrente alla attuazione della rivalsa venga fornito da un terzo estraneo al rapporto professionale, fermo restando l'obbligo del difensore distrattario di emettere la fattura sempre nell'ambito di tale ultimo rapporto, cioè nei confronti del cliente, indicando nella fattura stessa l'I.V.A. percepita ed il suo pagamento da parte del soccombente, in base al provvedimento di distrazione" (Corte di cassazione, S.U., 12.6.1982, n. 3544). Il presente parere è stato sottoposto all'esame del Comitato Consultivo di cui all'art. 26 della l. n. 103/1979 nella seduta del 17.9.2010, il quale si è espresso in conformità.". (A.G.S. - Parere del 20.9.2010 prot. 301334 - AL 33552/10).

«::::::::: GA :::::::::»

DOMANDA

"Tenuta informatizzata dei registri da parte dei depositari autorizzati di prodotti energetici e di bevande alcoliche (consultivo 29951/08, Avv G. Albenzio).

RISPOSTA

"1. – Codesta Agenzia chiede parere in merito alla possibilità di rendere obbligatoria la tenuta informatizzata dei registri da parte dei depositari autorizzati di prodotti energetici e di bevande alcoliche, perché coerente con la trasmissione telematica dei dati contabili ormai riconosciuta dalla l. n. 59 del 1997 (art. 15) e perché renderebbe i sistemi di controllo più efficaci ed agevoli (soprattutto con ruardo al settore fiscale). Si riferisce che sono state adottate dal Direttore dell'Agenzia le determinazioni, datate 26.9.2007, con le quali sono stati stabiliti tempi e modalità per la presentazione esclusivamente in forma telematica dei dati relativi alla contabilità degli operatori, qualificati come depositari autorizzati, con decorrenza per il settore dei prodotti energetici dal 1.6.2008 e per il settore degli alcoli dal 1.10.2008; per i prodotti energetici le scritturazioni contabili sono quelle indicate dalla circolare 335 del 1992, per le bevande alcoliche i registri sono individuati dal d.m. 27.3.2001, n. 153, ai sensi dell'art. 26, comma 3, del regolamento n. 153 del 2001: "….con provvedimento del Direttore dell'Agenzia da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale vengono rideterminate e aggiornate le modalità tecniche di accertamento e di contabilizzazione dei prodotti alcolici sottoposti al regime delle accise o a vigilanza fiscale". 2.- Per rispondere al quesito posto, questa Avvocatura Generale ritiene utile partire da un'analisi ricostruttiva delle disposizioni del d. lgs. 7.3.2005, n. 82, noto anche come "Codice dell'Amministrazione digitale", per poterne in tale direzione, comprendere l'eventuale applicabilità ai registri sopraindicati. Il menzionato Codice ha ad oggetto i documenti informatici, definiti all'art. 20 come "rappresentazioni informatiche di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti" e la gestione informatica degli stessi, vale a dire "l'insieme delle attività finalizzate alla registrazione e segnatura di protocollo, nonché alla classificazione, organizzazione, assegnazione, reperimento e conservazione dei documenti amministrativi formati o acquisiti dalle amministrazioni, nell'ambito del sistema di classificazione d'archivio adottato, effettuate mediante sistemi informatici". L'idea-guida del legislatore è quella di trasformare atti e documenti cartacei in virtuali. Tant'è vero che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad organizzare la propria attività

utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per realizzare, da una parte, quegli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione che devono ispirare l'attività della P.A., e dall'altra, una vera e propria interazione tra le pubbliche amministrazioni e i privati. L'art. 43, di conseguenza, disciplina dettagliatamente la riproduzione e la conservazione dei documenti: "I documenti degli archivi, le scritture contabili, la corrispondenza ed ogni atto, dato o documento di cui è prescritta la conservazione per legge o regolamento, ove riprodotti su supporti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge, se la riproduzione sia effettuata in modo da garantire la conformità dei documenti agli originali e la loro conservazione nel tempo, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 71". (Quanto sancito non compromette in nessun modo la validità di tutti quei documenti già conservati mediante riproduzione su supporto fotografico, su supporto ottico o con altro processo idoneo a garantire la conformità dei documenti agli originali). La conservazione dei documenti informatici, quindi, pienamente riconosciuta a livello normativo, garantisce non solo l'identificazione certa del soggetto che ha formato il documento e l'integrità del documento, ma anche la leggibilità e l'agevole reperibilità dei documenti e delle informazioni identificative, inclusi i dati di registrazione e di classificazione originari. La tenuta in modalità informatica dei documenti è poi riconosciuta come pienamente valida anche dall'art. 15 della l. n. 59 del 1997: "gli atti, i dati e i documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici…..nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". I documenti informatici, però, dovranno essere custoditi e controllati con modalità tali da ridurre al minimo i rischi di distruzione, perdita, accesso non autorizzato o non consentito o non conforme alle finalità della raccolta. L'adozione di tale forma di detenzione dei registri, dunque, è prevista dalla normativa di riferimento e perciò, può ben parlarsi di una sua concreta utilizzazione, in alternativa alle attuali modalità di tenuta delle scritturazioni contabili. L'eventuale "obbligatorietà" della tenuta informatizzata dei registri potrà essere prevista solo con un espresso intervento legislativo dell'autorità competente, mancando allo stato attuale una disposizione che ne preveda l'applicabilità. 3.- Per quanto riguarda, infine, il problema dello strumento giuridico, attraverso il quale regolamentare il regime della tenuta informatizzata, si potrebbe procedere - con riguardo sia al settore dei prodotti energetici che a quello delle bevande alcoliche -, ai sensi dell'art. 21, co. 5, del d. lgs. n. 82 del 2005 ("Gli obblighi fiscali relativi ai documenti informatici ed alla loro riproduzione su diversi tipi di supporto sono assolti secondo le modalità definite con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie"), con un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze che disciplini l'emissione, la conservazione ed esibizione dei documenti sotto forma di documenti informatici rilevanti ai fini delle accise e delle imposte di consumo (…)»." (A.G.S. - Parere del 9.12. 2008 prot. 143108).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

E' SEMPRE MAGGIORE L'INTERESSE VERSO L'APPLICAZIONE DEL *CLOUD COMPUTING* ALL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Per cloud computing (la cd. nuvola) si intende generalmente l'insieme di tecnologie che permettono di memorizzare ed elaborare dati grazie a risorse che sono distribuite e soprattutto virtualizzate in Rete.

Un primo passo si è avuto con l'organizzazione di una giornata di studio intitolata eGovernment e cloud computing, svoltosi nell'ottobre 2010.

E' stato ora presentato uno schema di documento Raccomandazioni e proposte sull'utilizzo del cloud computing nella Pubblica Amministrazione, deliberato il 9 maggio 2012 da digitPa in collaborazione con esperti delle pubbliche amministrazioni e del settore privato. il documento è ora sottoposto a consultazione pubblica. Chiunque può consultare il documento e inviare il proprio contributo entro il 17 giugno (Red. Fulvio Costantino).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

FATTORI CONDIVISI DI UNA *"SPENDING STRATEGY…"* LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E MOBILIARE PUBBLICO. IL RUOLO ATTIVO DELLE AMMINISTRAZIONI

del Prof. Dr. Stefano Olivieri Pennesi

Conoscere la qualità e quantità dei beni di proprietà pubblica per un'azione responsabile di governance. Il ruolo da protagonisti svolto dal Mef e dalla Agenzia del Demanio in coesistenza con gli Enti territoriali detentori di asset finanziari fondamentali. Valutare le amministrazioni in base ad indicatori "inequivocabili" quali: capacità progettuali, l'equilibrio sulla spesa corrente, il rispetto del patto di stabilità, capacità di riscossione dei crediti, autonomia finanziaria sostanziale.

Knowing the quality and quantity of public property is a responsible action for governance. The leading role played by the MEF and the State Property Agency in coexistence with the local authorities holders of key financial asset. Assess the government based on performance indicators *"unequivocal"* such as design skills, the balance on current expenditure, compliance with the Stability Pact, the ability to collect the debt, substantial financial autonomy.

Sommario: 1. Patrimonio immobiliare pubblico. - 2.Ruolo Agenzia del Demanio. - 3. Alienazione di asset diversi: aziende pubbliche e municipalizzate. - 4. Considerazioni finali di carattere generale.

1.Patrimonio immobiliare pubblico.

Con la l. 214/11 (decreto salva Italia) e con la l. 27/12 (decreto liberalizzazioni) il Legislatore ha anche voluto porre particolare attenzione al patrimonio immobiliare pubblico, sostanziando l'alienazione e quindi la miglior valorizzazione possibile dei beni immobili, non tralasciando l'eventuale implementazione e ricorso a strumenti eminentemente privatistici, come ad esempio la creazione di società ad hoc, anche di natura consortile, nonché la costituzione di fondi immobiliari vocati esplicitamente a tale scopo.

Ovviamente detti strumenti producono ricadute di natura finanziaria e contabile per le Amministrazioni promuoventi.

Da un'iniziale stima, dell'Agenzia del Demanio, il valore approssimativo, per difetto, dei beni immobiliari quantificati in circa 12 mila unità individuati nella ormai cristallizzata cosiddetta *"white list"* ammonterebbero ad una consistenza di circa 3 miliardi di euro. Il problema fondamentale che si pone è la non piena disponibilità degli enti locali su questi beni, non ancora formalmente trasferiti come sarebbe stato previsto nell'ottica della piena applicazione del federalismo demaniale. E' quindi questo aspetto principale tra le ragioni che di fatto inibisce i diversi progetti in fieri di valorizzazione e dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

D'altro canto lo stesso Ministro dell'Economia e delle Finanze individuato quale proponente-tutor per la costituzione di una Sgr società di gestione del risparmio, appositamente concepita quale affidataria per la costituzione di uno o più fondi immobiliari in solitaria o in coesistenza con Regioni, Province e Comuni partecipanti per mezzo e attraverso il conferimento di immobili di remo-

ta e/o recente disponibilità.

Il percorso virtuoso, al quale si stanno dedicando le Amministrazioni pubbliche coprotagoniste, Ministero dell'Economia, Ministero della Difesa, Ministero Beni Culturali, Agenzia del Demanio, Enti Locali, Enti Previdenziali transita obbligatoriamente nel dipanare i nodi ancora irrisolti riconducibili al concreto applicarsi del federalismo demaniale. Difatti, una delle opzioni in campo attualmente allo studio, configurerebbe una preventiva valorizzazione dei cespiti immobiliari in capo all'Agenzia del Demanio che vedrebbe il suo inserimento diretto nella iniziale gestione della citata *"white list"* previa costituzione di fondi sia immobiliari che mobiliari che verrebbero implementati dai Comuni e delle Province per mezzo del trasferimento di beni e quote azionarie (relative alle società partecipate e/o detenute totalmente dagli stessi enti locali) quali contropartite di assegnazioni di quote di fondi di cui sopra.

In questo contesto dovrebbe assurgere a ruolo di leadership le associazioni Anci e Upi al fine di determinare una dimensionalità consistente utile per realizzare una sorta di economia di scala complessiva necessaria per forare il contesto finanziario globale sempre più influenzato da andamenti e coinvolgimenti globali attenzionati dagli investitori.

Pertanto, l'attuale momento economico congiunturale rappresenta un elemento di forte criticità in particolare per il mercato finanziario, dove il rischio di eccessiva svalutazione del valore nominale di partecipazioni societarie, come il valore del patrimonio immobiliare resosi disponibile *"depauperebbe"* l'intera operazione di abbattimento del debito complessivo del nostro Paese, vero e sfidante obiettivo ormai ineludibile per la nostra classe dirigente.

In tale alveo si colloca uno degli obblighi previsti dal Legislatore nel decreto 201/11 convertito in l. 214/11 cosiddetto *"salva Italia"* che impone, tra l'altro, la concreta e progressiva privatizzazione dei servizi pubblici locali. In questo quadro si inserisce un ruolo di *"play maker"* potrebbe essere indubbiamente svolto dalla Cassa Depositi e Prestiti operando per mezzo di una Sgr coinvolta nel progetto con un ruolo di volano per l'*housing* sociale. Le disposizioni in materia di dismissioni di beni immobili pubblici, nella legge di stabilità 2012 ovvero l. 183/11 sono inserite nell'art. 6 della stessa. Nel co. 1 si individua il Ministero dell'Economia come conferente o trasferente di beni immobili di proprietà statale ad Sgr di nuova o vecchia costituzione ovvero fondi comuni di investimento immobiliare esistenti. Sarà un d.P.C.M. ad individuare detti beni da emanarsi entro il 30.4.2012, tra questi beni sono compresi immobili di proprietà dello Stato con una percentuale pari ad almeno il 20% degli spazi riguardanti luoghi di reclusione non più in uso nonché delle caserme di pertinenza al Ministero della Difesa sottoutilizzate o non operative. Il concreto trasferimento si materializzerà ricorrendo a decreti di natura non regolamentare del Mef tali decreti stabiliranno le concrete modalità di cessione delle quote dei fondi e delle azioni delle società veicolo, il cui collocamento avverrà prioritariamente attraverso l'offerta pubblica di vendita. I proventi netti derivanti dalle cessioni dovranno finalizzarsi alla riduzione del debito pubblico e segnatamente al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato previo versamento in entrata sul capitolo di pertinenza del Mef ovvero detti introiti confluiranno all'Agenzia del Demanio finalizzati all'acqui-sto di titoli del debito pubblico, i cui interessi serviranno a contribuire al pagamento dei fitti passivi delle Amministrazioni pubbliche nonché dei pertinenti oneri di gestione.

Il conferimento e il trasferimento dei beni immobili in argomento ai fondi comuni d'investimento e/o alle società veicolo vedranno applicate se compatibili alcune norme novellate nella l. 410/2001 *"ricognizione del patrimonio immobiliare pubblico; privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico; modalità per la cessione degli immobili"*. La valutazione dei beni conferiti o trasferiti di cui è proprietario lo Stato viene effettuata d'intesa tra l'Agenzia del Territorio e l'Agenzia del Demanio.

Sempre i sopracitati decreti di natura non regolamentare dovranno disciplinare la misura dei canoni di locazione passiva delle Pubbliche Amministrazioni in base alle valutazioni tecniche curate dall'Agenzia del Demanio nonché tenendo conto dei piani di razionalizzazione degli spazi locativi predisposti dalla medesima Agenzia. Ai fini della valo-

rizzazione del patrimonio immobiliare nella l. 111/2011 è prevista la facoltà per i costituendi fondi d'investimento curati dall'Sgr del Mef, di acquistare immobili di proprietà degli enti territoriali utilizzati direttamente ovvero oggetto di programmi di recupero e sviluppo del territorio. Altra opportunità è rappresentata dalla eventuale facoltà di dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato ubicato all'estero, previo ricorso a forme semplificate quali la *"trattativa privata"* avvalendosi di tecnici competenti del luogo per effettuare le stime sul valore di mercato del bene.

E' bene specificare che il principio cardine per il quale gli enti locali risultano essere i primari destinatari anche in attuazione del criterio di sussidiarietà dei beni immobili statali, si sostanzia nel bisogno primario di una concreta valorizzazione non solo *"economica"* ma anche *"sociale"* dei beni in argomento, riorganizzando quindi in maniera *"efficiente"* il patrimonio pubblico del nostro Paese.

Da qui emerge chiaramente il bisogno per gli enti locali, soprattutto quelli di medie-piccole dimensioni, di un accompagnamento-tutoraggio nella delicata attività di valorizzazione dei beni alla ricerca di linee operative standardizzate nei processi di ottimizzazione, gestione e sviluppo del patrimonio detenuto sfruttando, ovviamente, le sinergie delle strutture associative di rappresentanza nonché dell'Agenzia del Demanio.

Una menzione straordinaria merita la tipologia particolare di beni immobili di interesse artistico e culturale (di cui però non esiste una lista specifica) le cui modalità di devoluzione dallo Stato (Ministero dei Beni Culturali-Mibac) agli enti locali hanno subito una rilevante modifica della procedura, ai sensi della l. 214/2011, per la quale l'attivazione del procedimento subisce un'inversione ovvero non è lo Stato che individua i beni da cedere, bensì sono gli enti territoriali in maniera ordinaria e reiterabile a fare esplicita richiesta di conferimento degli immobili di rilevanza artistico-culturale. Per il profilo dell'iniziativa quindi non è più lo Stato responsabile della formazione-implementazione dell'elenco dei beni trasferibili, ma bensì sono le autonomie locali ad assumersi l'onere dell'azione di richiesta del trasferimento proponendo al Ministero e all'Agenzia del Demanio un'intesa formale di specifica valorizzazione.

2.Ruolo Agenzia del Demanio.

La promozione del patrimonio immobiliare pubblico è un altro spetto del più generale progetto di valorizzazione complessivo.

Al riguardo l'Agenzia del Demanio protagonista dell'operazione nello scorso mese di aprile ha sottoscritto con la società Invitalia un protocollo d'intesa per valorizzare, promuovere esviluppare il patrimonio immobiliare pubblico previa elaborazione di un programma di lavoro indirizzato a supportare lo Stato e gli enti territoriali attuando concretamente interventi di valorizzazione del quadro urbanistico economico e sociale, con particolare cura delle scelte di *marketing ed asset-strategy*.

Lo scopo principale è quello di attrarre gli investimenti nazionali ed esteri su beni sia dello Stato che degli enti territoriali.

Iniziative in tal senso possono essere la costituzione di consorzi e/o di fondi immobiliari con lo scopo di valorizzare, trasformare, gestire, alienare il patrimonio di Stato, Regioni, enti locali con implicito valore sociale ed economico da ben gestire nell'obiettivo generale della *"crescita"*.

Ma il ruolo propositivo assegnato all'Agenzia del Demanio è quello di promuovere una gestione del grande patrimonio immobiliare del nostro Paese gestendolo dal punto di vista economico in modo realmente efficiente guardando, da un lato, alla ottimizzazione dei rendimenti in linea con i parametri di mercato, e da un altro lato alle non accantonabili esigenze di natura più prettamente sociale.

Certamente il rendimento esternalizzato verrebbe depurato da una serie di costi indiretti causati dal progressivo deperimento del patrimonio immobiliare pubblico, gestito direttamente e per i quali in passato è stato dato scarso rilievo alla sua reale entità tale da far scaturire troppe volte rendimenti addirittura negativi, causando una contabilizzazione in perdita per il bilancio pubblico.

Diventa quindi essenziale, per una migliore gestione del patrimonio pubblico centrale e periferico, una *"puntuale"* ricognizione in base alla natura del bene, alla funzione svolta istituzionale e non, allo stato manutentivo.

A questo esame è giusto affiancare un reale *"piano di razionalizzazione e ottimizzazione"* al fine di efficientare gli spazi in uso con standard dimensionali certi che spesse volte devono prevedere investimenti ed adeguamenti funzionali sugli immobili, affrontando, al contempo, la questione complessiva dell'adeguatezza del patrimonio detenuto in una ottica generale di concreta spending review.

3.Alienazione di asset diversi: aziende pubbliche e municipalizzate.

Indubbiamente la volontà di privatizzare le partecipazioni societarie sia delle Amministrazioni centrali che territoriali ha assunto un nuovo e più vigoroso impulso.

La legge di stabilità del 2012 rilancia e concretizza, in modo particolare, le dismissioni delle aziende comunali operanti nei più diversi servizi pubblici (trasporti su gomma e su rotaia, gestione dei rifiuti, delle acque ed elettricità, società aereoportuali, farmacie comunali, beni e terreni agricoli, servizi cimiteriali,ecc.).

Entrando più nello specifico vediamo in quali settori si estrinsecano le aziende comunali che forniscono servizi, tali da configurarsi nell'ipotesi di vendere ovvero privatizzare con l'obiettivo di un alto valore aggiunto.

In primis il settore dei trasporti, aziende di trasporto pubblico, le infrastrutture di trasporto aereo ed autostradale, le ferrovie locali e nazionali. Il motivo principale relativo all'ipotesi di vendita si collega alla necessità da un lato di fare cassa e dall'altro per ridurre i costi elevati di gestione ed esercizio. Alcune aziende di questo settore risultano fortemente in perdita, altre ottengono di contro notevoli profitti ma la situazione varia da caso a caso.

Normalmente il trasporto locale su gomma e su rotaia (principalmente per le linee marginali-periferiche) viene altamente sovvenzionato in parte per compensare le basse tariffe in uso ed in parte per la loro sottoutilizzazione da parte dell'utenza. Le reti autostradali invece realizzano sostanziosi profitti per la accentuata motorizzazione su gomma presente nel nostro Paese.

Gli aereoporti presentano, invece, una situazione a macchia di leopardo producendo ottimi utili, gli hub internazionali di maggiori dimensioni, mentre alcuni altri piccoli aereoporti risultano passivi anche per il loro scarso utilizzo ed attrattività legata alla loro localizzazione Anche le ferrovie sono fortemente sovvenzionate, come anche il trasporto marittimo, facendo si che si compensi lo scarso rendimento di alcune tratte, comunque servite, con tratte invece particolarmente sfruttate-frequentate.

4.Considerazioni di carattere generale.

Tornando quindi al reale beneficio finanziario nella vendita di queste società ovvero quote delle stesse, bisogna distinguere tra le imprese redditizie da quelle che non lo sono, ebbene un primo prerequisito ritengo sia l'effettiva valorizzazione ed efficientazione delle medesime realizzando, in breve tempo, operazioni di ristrutturazioni aziendali, bonificando quella serie di costi impropri presenti, razionalizzando e ottimizzando le risorse umane, reingegnerizzando i processi produttivi e/o l'offerta dei servizi ecc.

Una volta asciugata l'azienda, dai costi improduttivi, certamente il valore di mercato delle sue quote ne beneficerebbe collocandosi, in maniera più attrattiva, nel mercato.

Un altro aspetto da non trascurare è consistente nella governance di tali società del perimetro pubblico che dovrebbero vedere ridotta la percentuale di possesso in quote assolutamente minoritarie, facendo si di ridurre *"inequivocabilmente"* l'interferenza pubblica nella gestione operativa, per eliminare, ad esempio, il rischio d'influenze politiche improprie tali da inficiare lo scopo precipuo di concretizzare la produzione di beni e servizi *"in attivo"* e con valori positivi di mercato.

Tra le imprese che certamente possono annoverarsi come quelle maggiormente interessanti, per il mercato, sono le farmacie comunali che, nella quasi totalità, operano in palese attivo con alta redditività, offrendo al contempo servizi di sicura qualità all'utenza.

Per tale settore però (come per altro evidente in ulteriori settori strategici del territorio: energia, acqua, rifiuti, trasporto, ecc.) la detenzione della proprietà, in mano pubblica, rappresenta un concreto presidio di tutela per gli interessi della collettività inibendo l'affidamento esclusivo al mercato.

Pensiamo quindi al calmieramento dei

prezzi sui farmaci e sui prodotti sanitari e per l'infanzia realizzato dalle farmacie comunali, ma anche ad una tariffazione sociale ad esempio prevista dalle aziende comunali erogatrici di acqua, elettricità, gas, ecc.

Ebbene difficilmente la totale privatizzazione in tali settori potrà continuare a garantire la naturale vocazione sociale e il parziale intento *no profit* degli ambiti sopra elencati.

Ciò nonostante non può mancare il coraggio per sanificare e conseguentemente portare a profitto gli *"asset societari"* detenuti dall'amministrazione pubblica, centrale e periferica, per i legittimi fini di sfoltimento e snellimento dell'apparato pubblico ricavando utilità finanziarie certe con la giusta attenzione nella scelta del *"momento economico"* idoneo che non costringa, l'apparato dei nostri amministratori, a *"svendere"* beni in modo affrettato o scarsamente remunerativo.

Per tale motivo ritengo la realizzazione capillare di *"regolamenti"* finalizzati all'attuazione delle procedure di alienazione, tutte, possa essere la cartina tornasole per operare con avvedutezza, sfruttando opportunamente le sedi istituzionali proprie: Conferenza Stato-Regioni-Autonomie locali, Agenzia del Demanio, Agenzia del Territorio, Cassa Depositi e Prestiti, Anci, Upi, ecc.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

"Art. 3, co. 3 lett. c), della l. 7.8.1990 n. 250 – Duplicità di testate che presentano la medesima iscrizione nel registro della stampa.". Pareri del 6.6.2011 prot. 188220 e del 16.6.2011 prot. 201667, AL 13501/11 e AL 13500/11, Avv. Fabrizio Fedeli.

RISPOSTA

"Si riscontra la nota indicata a margine con la quale codesto Dipartimento ha domandato alla Scrivente un parere circa l'ammissione ai contribuiti di cui all'art. 3 co. 3 della l. n. 250/1990 richiesti per l'anno 2009 dalla Cooperativa (...) per la testata "E.W.P.". In particolare, espone codesto Dipartimento che "negli anni 1988 e 1989 (cioè nei due anni presi a riferimento dalla citata disposizione per la maturazione dei requisiti per accedere ai contributi) nonché per gli anni successivi l'impresa ha editato la testata "A.B.", registrata al tribunale di (...) al n. (...) del 1985, mentre per l'anno 2009 ha editato la testata E.W.P., che presenta la medesima registrazione presso il Tribunale", rilevando che "il raffronto delle copie delle pubblicazioni trasmesse dall'impresa, prima e dopo il cambio della denominazione della testata, ha reso evidente che, di fatto, l'impresa ha editato due periodici completamente diversi nella forma e nei contenuti, diversità che si riflette quindi - ragionevolmente - anche sul tipo di pubblico al quale i due periodici sono rivolti ". La Commissione tecnica consultiva ha ritenuto, quindi, opportuno chiedere a questa Avvocatura un parere in ordine alla legittimità della corresponsione dei contributi richiesti, per l'anno 2009, dalla citata impresa editrice, allo scopo di approfondire "se, ai fini della corretta applicazione della fattispecie di legge, possa essere considerato dirimente il dato formale costituito dall'identità della registrazione delle due pubblicazioni presso il Tribunale, ovvero se il radicale mutamento apportato dall'impresa alla forma, alla veste grafica ed ai contenuti della pubblicazione, contestualmente al mutamento del nome della testata, costituisca una soluzione di continuità giuridicamente rilevante nell'identità della pubblicazione, tale quindi da incidere sul possesso dei requisiti richiesti dall'art. 3, co. 3, della l. 7.8.1990, n. 250 per l'erogazione del contributo ivi disciplinato". Ciò premesso, la Scrivente osserva che i contributi di cui all'art. 3 co. 3 della l. n. 250/1990, sono concessi alle imprese editrici di periodici "indipendentemente dal numero delle testate", a differenza di quelli di cui al co. 2 del medesimo articolo che sono concessi "limitatamente ad una sola testata". Pertanto, non sembra che la lett. c) del co. 3 richieda, quale requisito per la concessione dei contributi, l'identità (formale, data dal numero di iscrizione nel registro della stampa, o "sostanziale", desunta dalle caratteristiche e dai contenuti) della testata nei due anni precedenti l'entrata in vigore della l. n. 250/1990 e nell'anno della richiesta di contributo, in quanto le provvidenze previste dal co. 3 sono concesse in funzione dell'impresa editrice e

non della singola testata, ferma restando la necessità del numero di pubblicazioni annuali richiesto dall'art. 3 co. 3 lett. c). Alla stregua delle precedenti considerazioni non si ravvisano motivi ostativi alla concessione del contributo richiesto per l'anno 2009 dalla Cooperativa (...). Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

• Art. 3, co. 5, della l. 7.8.1990 n. 250 – Divieto di distribuzione degli utili e ristorni.

Si riscontra la nota indicata a margine con la quale codesto Dipartimento ha domandato alla Scrivente se "il divieto di distribuzione degli utili, previsto espressamente dalla normativa sull'editoria, comporti – per spiegare compiutamente la sua efficacia – anche il divieto di distribuzione dei ristorni" ese "pertanto entrambi i divieti debbano essere inseriti nello statuto della società, ovvero – il che è equivalente – … debba essere rimossa dallo statuto la previsione dei ristorni e la sua disciplina". In linea ulteriore codesto Dipartimento ha chiesto di conoscere se, "in assenza della previsione statutaria in ordine al divieto di attribuzione dei ristorni, (e purché sia presente, nello statuto, il divieto di distribuzione degli utili) possa considerarsi giuridicamente rilevante la mancata distribuzione di fatto dei ristorni medesimi, certificata con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dal rappresentante legale dell'impresa editrice".In proposito, la Scrivente osserva che, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. civ., sez. I, 8.9.1999, n. 9513), i cosiddetti "ristorni" vadano tenuti distinti dagli utili in senso proprio, in quanto, mentre gli utili costituiscono remunerazione del capitale e sono perciò distribuiti in proporzione al capitale conferito da ciascun socio, i "ristorni" costituiscono uno degli strumenti tecnici per attribuire ai soci il vantaggio mutualistico (risparmio di spesa o maggiore retribuzione) derivante dai rapporti di scambio intrattenuti con la cooperativa, traducendosi in un rimborso ai soci di parte del prezzo pagato per i beni o servizi acquistati dalla cooperativa (nel caso delle cooperative di consumo), ovvero in integrazione della retribuzione corrisposta dalla cooperativa per le prestazioni del socio (nelle cooperative di produzione e lavoro), con la conseguenza che, stante tale diversità, alle somme da distribuire eventualmente ai soci a titolo di ristorno non sono, di regola, applicabili le limitazioni poste dalla legge alla distribuzione degli utili. Ad avviso della Scrivente, tuttavia, la cooperativa editoriale soddisfa i requisiti richiesti dalla legge per la concessione del contributo, in presenza di una clausola statutaria che consenta la distribuzione dei ristorni, solo a condizione che, attraverso i ristorni, non avvenga la restituzione del contributo stesso, in tutto o in parte (requisito verificabile in base al bilancio certificato dalla società di revisione che le imprese editoriali sono tenute a presentare, art. 3 co. 2 lett. g] L. n. 250/1990), sorgendo altrimenti, a carico della società, l'obbligo di restituzione previsto dall'art. 3 co. 6 della l. n. 250/1990. In conclusione i ristorni – i quali, tecnicamente, non coincidono con gli utili – non impediscono, di per sé, il contribuito statale in esame, ma occorre che alla loro formazione non abbiano concorso in alcun modo quei contributi, circostanza che può essere certificata formalmente dalla società di revisione, perché i medesimi non possono mai essere attribuiti ai soci. Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo che si è espresso in conformità. " (A.G.S. - Pareri del 6 giugno 2011 prot. 188220 e del 16 giugno 2011 prot. 201667, AL 13501/11 e AL 13500/11).

«::::::::GA::::::::»

«::::::::GA::::::::»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

FUNZIONI SUPERIORI SVOLTE DAL PERSONALE MEDICO: PRESUPPOSTI PER IL RICONOSCIMENTO DELLE DIFFERENZE RETRIBUTIVE E DELLE VARIAZIONI PREVIDENZIALI

Come ha affermato la consolidata giurisprudenza amministrativa (nel solco della A.P. n. 2/1991), nel caso del personale medico lo svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'Aiuto, oltre il periodo di giorni 60 per anno solare, dà diritto al sanitario a percepire le differenze retributive tra il trattamento goduto e quello tabellare iniziale spettante alla posizione funzionale superiore, nonché alla variazione del trattamento previdenziale, a prescindere dall'adozione di un formale atto di incarico. Infatti il diritto al migliore trattamento economico è stato collegato all'art. 36 Costituzione, all'art. 2126 Codice civile ed all'art. 7 d.P.R. n. 128/1969. In tali sensi si sono espressi prima la Corte Costituzionale con sentenza n. 296/1990 e poi con A.P. n. 2/1991 e la consolidata giurisprudenza amministrativa di entrambi i gradi (vedi ex multis CdS n. 633/2009, n. 3257/2008, n. 2579/2005). (CdS, Sez. III, 19.1.2012, n. 248).

«::::::::: GA :::::::::»

TRATTAMENTO RETRIBUTIVO PER MANSIONI SUPERIORI SVOLTE DALL'AIUTO OSPEDALIERO

Il trattamento retributivo corrispondente alle superiori mansioni primariali spetta all'aiuto ospedaliero anche quando l'incarico di sostituzione del primario si protragga oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall'art. 121, co. 7, del d.P.R. n. 384 del 28.11.1990, dal momento che tale previsione normativa si limita a vietare il rinnovo dell'incarico alla scadenza del periodo massimo di sei mesi ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle relative differenze retributive quando l'Amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi invece l'incarico, o comunque permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto. Non è infatti configurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito (CdS, Sez. III, 23.12.2011, n. 6803).

«::::::::: GA :::::::::»

IMPOSSIBILE FINO AL 31.12.2012 AVVIARE AZIONI ESECUTIVE CONTRO AZIENDE SANITARIE LOCALI E OSPEDALIERE DELLE REGIONI COMMISSARIATE O SOTTOPOSTE AI PIANI DI RIENTRO DAI DISAVANZI SANITARI

L'art. 1, co. 51, della l. 220/2010 (Legge di stabilità per il 2011), prescrive che: Al fine di assicurare il regolare svolgimento dei pagamenti dei debiti oggetto della ricognizione di cui all'art. 11, co. 2, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, per le regioni già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari, sottoscritti ai sensi dell'art. 1, co. 180, della l. 30.12.2004, n. 311, e successive modificazioni, e già commissariate alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, fino al 31.12.2011. I pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle regioni di cui al presente comma alle

aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, effettuati prima della data di entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122 del 2010, non producono effetti dalla suddetta data fino al 31.12.2011 e non vincolano gli enti del servizio sanitario regionale e i tesorieri, i quali possono disporre, per le finalità istituzionali dei predetti enti, delle somme agli stessi trasferite durante il suddetto periodo. Il termine del 31.12.2011 è stato poi prorogato al 31.12.2012 con l'art. 17 della l. 111 del 2011. Tali disposizioni non consentono di avviare azioni esecutive nei confronti delle amministrazioni contemplate nella norma, ovvero di proseguirle, fino al 31.12.2011 (ed ora fino al 31.12.2012). E tali disposizioni impediscono quindi anche la possibile proposizione di un giudizio davanti al giudice amministrativo per l'esecuzione di un decreto ingiuntivo passato in giudicato (CdS, Sez. III, 20.12.2011, n. 6681).

«::::::::: GA :::::::::»

RICONOSCIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI IN AMBITO SANITARIO

In tema di riconoscimento delle mansioni superiori in ambito sanitario l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale richiede che ricorrano tre condizioni: l'incarico formale ricevuto, la carenza del posto in organico, l'effettivo svolgimento delle mansioni (CdS, Sez. III, 7.12.2011, n. 6443).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

MANSIONI SUPERIORI NELLA SANITÀ PUBBLICA: DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL PUBBLICO IMPIEGO

dell'Avv. Gianluca Piccinni

Ai fini della retribuibilità delle mansioni superiori svolte dal dipendente sanitario occorre non solo il rispetto del dato temporale di cui all'art. 29 d.P.R. 761/79, ma anche di altri tre presupposti e cioè:
1. la presenza di un preventivo provvedimento di incarico;
2. la vacanza del relativo posto in organico;
3. l'incarico deve riguardare mansioni della qualifica immediatamente superiore.

Wages can be paid to a worker in the Public Health Sector, with respect to tasks with skills higher than their respective job title description, on four necessary conditions:
a) only if such tasks are performed continuously for over 60 days (section 29 d.p.r. 761/79);
b) an order from the administration;
c) the vacancy in such higher job position;
d) the higher skills performed by the public worker must be included in the job description ranked directly above his own.

Sommario: Premessa - 1. Differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori nel settore della sanità pubblica - 2. Mansioni superiori e pretesa del dipendente al relativo inquadramento giuridico – Ipotesi eccezionale di sanatoria prevista dall'art. 1 l. 207/85.

Premessa.

La disciplina legale del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (desunta principalmente dall'art. 97 cost., secondo la lettura che ne ha dato ripetutamente la Corte Costituzionale, del quale sono attuazione il d. lgs. n. 165/01, artt. 35 e 52), non consente inquadramenti automatici del personale, in base al profilo professionale posseduto o alle mansioni svolte.

Ed inoltre, nel caso di passaggio da una area di inquadramento ad altra superiore è richiesto, di norma, una procedura concorsuale pubblica con garanzia di adeguato accesso dall'esterno.

Nella giurisprudenza è stato anche ripetutamente affermato che in materia di pubblico impiego privatizzato l'esercizio e la temporanea assegnazione a mansioni proprie di una qualifica superiore, sebbene non faccia acquisire il diritto, come detto, al conseguimento della superiore qualifica, legittima però la rivendicazione delle differenze retributive.

Il diritto alla retribuzione per le mansioni superiori svolte - di norma escluso per tutti i settori del pubblico impiego - ha ottenuto un riconoscimento specifico, a determinate condizioni, nell'area del personale appartenente al servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. n. 761/1979.

1. Differenze retributive per lo svolgi-

mento di mansioni superiori nel settore della sanità pubblica.

Secondo costante giurisprudenza , in presenza di posto vacante, lo svolgimento delle mansioni primariali, o figura equiparata, da parte di chi si trovi in posizione funzionale intermedia comporta il riconoscimento del relativo trattamento economico, indipendentemente da ogni atto organizzativo da parte dell'amministrazione, in quanto non è raffigurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito.

Siffatta conseguenza discende, innanzitutto, dall'art. 29 del d.P.R. 761/79, il quale dispone nel senso (co. 2) che in caso di esigenze di servizio, l'impiegato del Servizio sanitario nazionale *può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori*, che l'assegnazione non può eccedere i sessanta giorni nell'anno solare e che (co. 3) non costituisce esercizio di mansioni superiori la sostituzione di personale in posizione funzionale più elevata, quando la sostituzione rientri fra i compiti ordinari di quella sottostante.

Sicché, di contro, come ha stabilito in maniera pressoché unanime la giurisprudenza, non può rientrare nelle ipotesi sopra descritte l'esercizio di mansioni per vacanza del posto in quanto la protrazione dell'attività del dipendente è riferibile unicamente ad inerzia del datore di lavoro.

In tal caso, la situazione deficitaria dell'Azienda sanitaria non può certo andare a detrimento del dipendente, il quale è comunque tenuto ad osservare le direttive impartite dal datore di lavoro.

Pertanto l'art. 121, co. 7, del d.P.R. n. 384/90 così sinteticamente dispone circa:

a) la non retribuibilità delle mansioni superiori svolte sino a un termine massimo di 60 gg.;

b) la retribuibilità delle mansioni superiori svolte per un periodo che va dai successivi 60 gg. sino ad un periodo massimo di 6 mesi;

Il superamento del termine di sei mesi, come fatto riconducibile ad attività e ad obblighi imposti alla amministrazione, e a questa non osservati, non fa venir meno lo svolgimento di mansioni, che vanno, perciò, riconosciute sul piano economico, sempre in dipendenza dell'obbligo di prestazione gravante sul medico, non rilevando se le stesse siano o meno esercitate in modo prevalente.

Infatti, la pressocchè costante giurisprudenza del Consiglio di Stato considera che il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta al sanitario anche quando l'incarico si protragga oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall'art. 121, co. 7, d.P.R. 384/90, posto che quest'ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto.

Quanto ai requisiti per il riconoscimento delle differenze retributive nel settore sanitario essi sono subordinati alla contemporanea sussistenza dei seguenti tre presupposti:

1) vacanza del posto in pianta organica (cui si riferiscono le funzioni svolte);

2) esistenza di un previo formale atto di incarico dello svolgimento delle anzidette funzioni;

3) effettivo svolgimento di mansioni superiori .

E' stato altresì chiarito dalla recentissima sentenza del Consiglio di Stato che il diritto dei dipendenti delle unità sanitarie locali al trattamento retributivo o per lo svolgimento di mansioni superiori, previsto dall'art. 29 del d.P.R. 761/79 sorge esclusivamente se quest'ultime corrispondono ad un posto vacante in pianta organica, con l'ulteriore precisazione che l'esistenza del posto in pianta organica è necessaria, in quanto l'attribuzione delle mansioni superiori si giustifica con la contemporanea assenza del titolare del posto e non già in base ad una mera scelta organizzatoria dell'amministrazione, ossia sulla convenienza.

Il riconoscimento del diritto retributivo dei dipendenti delle aziende sanitarie locali, in seguito allo svolgimento delle mansioni superiori, sussiste solo ove queste ultime appartengano a qualifica funzionale immediata-

mente più elevata di quella dagli stessi rivestita. Il Consiglio di Stato , infatti, di recente ha escluso il riconoscimento della retribuzione in caso di svolgimento per *saltum* delle mansioni superiori svolte (la dipendente era inquadrata al primo livello e aveva richiesto la retribuzione di prima qualifica dirigenziale). In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato: … *il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 cost. e sulla cui base la giurisprudenza è pervenuta al riconoscimento al lavoratore del diritto ad un poziore trattamento economico, va contemperato con altri principi costituzionali ed in specie con quello del buon andamento dei pubblici uffici sancito dall'art. 97 cost... .*

Ebbene, tale principio risulterebbe compromesso ove, nell'ambito del pubblico impiego, fosse consentita un'acritica e indiscriminata valorizzazione, sia pure ai soli fini retributivi *ex* art. 2126 c.c., delle prestazioni svolte dal dipendente con l'astratta possibilità di pervenire all'inaccettabile conseguenza che non potrebbe, in ipotesi, negarsi l'adeguamento del trattamento economico a un dipendente di modesto profilo funzionale che sia stato chiamato a svolgere mansioni di qualifica apicale.

In realtà, la destinazione del dipendente a mansioni superiori alla sua qualifica è sempre stata concepita, in omaggio al principio costituzionale di buon andamento dei servizi pubblici, come episodio del tutto eccezionale, connotato dal duplice limite della temporaneità dell'utilizzazione del dipendente nelle più elevate funzioni e dell'idoneità professionale del medesimo a svolgere mansioni eccedenti la qualifica rivestita.

Orbene, quanto a tale ultima condizione, la capacità professionale per le superiori mansioni è stata presuntivamente riconosciuta al dipendente di qualifica funzionale immediatamente inferiore in base alla comune regola d'esperienza che il titolare di una determinata qualifica sia, di norma, in possesso di sufficiente preparazione tecnica per svolgere compiti propri della qualifica immediatamente superiore, mentre uguale valutazione non può essere fatta per dipendenti inquadrati in livelli di molto inferiori.

Del resto è stato altresì evidenziato che il diritto ad un corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori non possa fondarsi sull'ingiustificato arricchimento *ex* art. 2041 c.c. dell'amministrazione, non sussistendo i presupposti dell'azione generale di arricchimento, in quanto l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa non reca alcuna effettiva diminuzione patrimoniale in danno del dipendente, ossia il c.d. depauperamento, che dell'azione è requisito essenziale.

Di diverso avviso è l'orientamento giurisprudenziale con riguardo alla particolare ipotesi di svolgimento delle funzioni di primario, da parte di un dirigente di primo livello (sempre, ovviamente, che si sia in presenza di un posto, oltre che vacante, anche disponibile).

In tal caso la giurisprudenza si è dimostrata favorevole alla retribuzione delle mansioni superiori svolte di primario, anche in assenza di un formale provvedimento di incarico, sulla base del principio che l'amministrazione sarebbe stata nelle condizioni giuridiche di procedere alla nomina o all'incarico, e ciò per la ragione che l'inerzia ingiustificata nell'esercizio del potere non può risolversi in danno dei soggetti privati coinvolti.

Tale principio non trova applicazione laddove, in base a quanto stabilito dall'art. 9, co. 1, l. 207/85 (richiamato dall'art. 121 del d.P.R. 384/90), sia stata attivata la procedura concorsuale ed occorra conseguire il preventivo provvedimento autorizzatorio della Regione alla copertura del posto.

La mancanza della detta autorizzazione, infatti, opera una sorta di congelamento del posto, il quale, sebbene vacante, non può considerarsi coperto neppure in via di fatto, avendo la legge demandato alla Regione il potere di stabilire se debba essere ricoperto.

Ne consegue che lo svolgimento delle relative mansioni risulta irrilevante anche nei suoi riflessi economici.

2. Mansioni superiori e pretesa del dipendente al relativo inquadramento giuridico – Ipotesi eccezionale di sanatoria prevista dall'art. 1 l. 207/85.

La materia dell'inquadramento nel pubblico impiego, infatti, si caratterizza per la presenza di atti autoritativi, con la conseguenza che ogni pretesa al riguardo, in quanto radicata su posizioni di interesse legittimo, può essere azionata soltanto mediante tempestiva impugnazione dei provvedimenti ritenuti illegittimamente incidenti su di esse.

Ma tale pretesa va contemperata con l'altro principio vigente nel rapporto di pubblico impiego che è quello dell'assoluta irrilevanza delle mansioni superiori, comunque svolte, sia ai fini giuridici che ai fini economici, salvo che una legge specifica non disponga altrimenti, in quanto gli interessi coinvolti hanno natura indisponibile e l'attribuzione delle mansioni e l'inquadramento devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento.

Il divieto di riconoscimento delle mansioni superiori ai fini di un diverso inquadramento mira ad assicurare il rispetto di precisi dettati costituzionali, in particolare dell'art. 97, cost., in riferimento ai principi d'imparzalità, della necessaria osservanza delle modalità di accesso al pubblico impiego e di selezione del dipendente e del buon andamento della p.a., esigente certezza sugli assetti organizzativi e finanziari delle strutture.

Nei confronti dei provvedimenti di inquadramento il pubblico dipendente non vanta una posizione di diritto soggettivo, bensì di interesse legittimo, atteso che i detti provvedimenti costituiscono espressione di un potere autoritativo della PA, che non si riducono a mero adempimento di un obbligo posto a tutela di posizioni soggettive già definite, ma che sono volti a costituire lo *status* del dipendente stesso.

In passato, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto una sorta di *sanatoria* eccezionale, ai fini dell'inquadramento giuridico, per il personale amministrativo delle vecchie usl che aveva svolto mansioni superiori

L'applicabilità della legge di sanatoria del personale amministrativo è in ogni caso subordinata alla concomitante presenza di una pluralità di requisiti, fra i quali quello della copertura per incarico di un posto di organico vacante, conferito con un provvedimento adottato dal competente organo collegiale e, cioè, dal comitato di gestione.

Senza considerare che l'art. 1 della l. n. 207/85, consentendo l'inquadramento straordinario dei dipendenti sanitari nella qualifica superiore in presenza dei presupposti ivi espressamente indicati, è certamente norma *eccezionale e di stretta interpretazione, sicché non è sufficiente, a tal fine, lo svolgimento di mero fatto di mansioni superiori, né un incarico che non rispetti i requisiti formali all'uopo prescritti per la valida ed efficace investitura a tali mansioni, essendo invece indispensabile che si tratti di un incarico regolare e promanante dall'organo competente a gestire i poteri amministrativi per l'assegnazione delle mansioni ai singoli lavoratori subordinati*.

L'art. 1 della l. 207/85 prevede espressamente che il personale dei ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo di posizione funzionale iniziale di ciascun profilo professionale che, alla data del 30.6.1984, ricopriva in base alla normativa vigente, nella stessa posizione funzionale o, se già di ruolo, in altra posizione funzionale non ricompresa nel disposto dell'art. 8 di cui alla presente legge, un posto di organico vacante nelle piante organiche provvisorie delle unità sanitarie locali, di cui all'articolo 1 del d.l. n. 678/81, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 12/86, oppure nelle piante organiche definitive delle unita' sanitarie locali, per incarico, anche ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 128/69, e dell'art. 70 del d.P.R. 761/79, o per trasferimento o per comando, e che continui a prestare servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, e', con effetto dalla stessa data, direttamente inquadrato nella pianta organica dell'unita' sanitaria locale presso la quale presta al momento servizio con la posizione funzionale ricoperta, previa deliberazione del comitato di gestione dell'anzidetta usl adottata a seguito di domanda da parte dell'interessato da presentarsi entro trenta giorni dalla predetta data.

In forza di tale disposizione è altresì necessario che le funzioni superiori conferite

con incarico formale siano state svolte su posto vacante o, comunque, disponibile a seguito degli stessi inquadramenti nelle piante organiche provvisorie o definitive nelle usl .

Ne consegue, in definitiva, che i benefici previsti in sanatoria trovano applicazione non nell'ipotesi in cui vi sia stato il mero esercizio di mansioni superiori, bensì quando vi sia stato un incarico conferito con atti formali e di data certa da parte dell'amministrazione per la copertura di un posto organico vacante.

Di converso, nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, le certificazioni prodotte dal dipendente provenivano da una ricognizione effettuata *ex post*, e, comunque, dal capo servizio, piuttosto che dal competente comitato di gestione e pertanto l'appello del dipendente è stato respinto.

Ciò in base al principio più volte ripreso dalla giurisprudenza secondo cui, da un lato, con riferimento all'art. 1 l. 20.5.1985 n. 207, non assumono rilievo eventuali atti ricognitivi dello svolgimento di mansioni superiori, poiché la disposizione esige che l'assegnazione avvenga in conformità alla disciplina vigente e sempre, dunque, con atto idoneo di conferimento dell'incarico e per la copertura di un posto vacante e, dall'altro, che ai fini dell'applicazione dell'art. 1 l. 20.5.1985 n. 207, che consente l'inquadramento nella qualifica superiore in favore dei dipendenti delle Usl che abbiano svolto mansioni superiori in base a formale incarico e su posto vacante, è necessario che l'atto formale provenga dall'organo competente.

Ad ogni buon conto, è da tener presente che, trattandosi di pubblico impiego, risultano del tutto irrilevanti le mansioni espletate di fatto dal dipendente in difformità da quelle proprie della qualifica.

In definitiva, il beneficio dell'inquadramento straordinario, stabilito dall'art. 1 della l. 207/85, per il personale dipendente delle usl, è subordinato a tre requisiti:

a) lo svolgimento di mansioni superiori e diverse dalla qualifica d'appartenenza in forza di atti formali di conferimento del relativo incarico;

b) l'esistenza in organico, al 30.6.1984, del posto corrispondente all'incarico ricoperto e perdurante fino alla data di entrata in vigore della legge stessa;

c) il possesso dei requisiti per l'ammissione al concorso per l'assunzione nel relativo profilo professionale.

Ne consegue che poiché tale inquadramento è avvenuto in deroga al principio del pubblico concorso richiesto per la generalità degli aspiranti a posti di impiego pubblico, l'immissione straordinaria nei ruoli delle unità sanitarie locali di coloro che avevano intrattenuto un rapporto convenzionale irregolare con il SSN comporta che anche il relativo trattamento retributivo, non diversamente da quello previdenziale, non può che decorrere dalla data in cui l'interessato ha iniziato a lavorare alle dipendenze di una unità sanitaria locale.

Del resto l'irretroattività del rapporto di impiego così instaurato trova un ulteriore elemento di conforto proprio nella considerazione che, trattandosi di personale sanitario, solo l'inquadramento in ruolo ha comportato il coevo adeguamento delle relative piante organiche, al contrario di quanto avviene con l'inquadramento in ruolo di nuovi dipendenti il quale è subordinato alla sussistenza in organico di posti vacanti. Sotto tale profilo è stata ritenuta manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 36 cost., anche la legittimità costituzionale del più volte citato art. 3 della l. 207/85, proprio nella parte in cui ha limitato la decorrenza dell'inquadramento in ruolo dalla data del provvedimento senza alcun riconoscimento dell'anzianità pregressa, a differenza di quanto previsto dall'art. 1 della stessa legge:

L'inquadramento provvisorio di un dipendente (nella specie, impiegato di una Usl), in attesa di procedere a quello definitivo, è da considerarsi atto autoritativo a tutti gli effetti, in quanto in grado di incidere immediatamente sulla sfera giuridica del destinatario, il quale è pertanto tenuto ad impugnarlo immediatamente ove abbia interesse alla sua contestazione.

Conclusioni.

In conclusione, al di fuori dell'ipotesi eccezionale sopra evidenziata (peraltro non più

applicabile perché temporalmente limitata), vige in materia sanitaria il divieto di riconoscimento, ai fini dell'inquadramento giuridico, delle mansioni superiori svolte.

«::::::::: *GA* :::::::::»

LEGGE N.104/92 EVOLUZIONE E SUE APPLICAZIONI

dell'Avv. Fabrizio Casella

Nell'ordinamento italiano la l. 104/92, ed in particolare l'art. 33 co. 5, costituisce un vero e proprio caposaldo nell'ambito della sfera di tutela del portatore di handicap. Il legislatore più volte ha riordinato la normativa relativa e l'ultima riforma, apportata dal c.d. "collegato lavoro", ha ulteriormente reso più accessibili i benefici in essa previsti.

Under Italian Law 104/92, and in particular art. 33 subsection 5, constitutes a true landmark in the sphere of protection of the handicapped. The legislature has repeatedly reorganized the legislation and the recent reform, made from cd "Related work", he further made more accessible the benefits contained therein.

Sommario: 1. Premessa – 2. Requisito della convivenza e prima modifica ex l. 53/2000 - 3.Requisiti della continuità ed esclusività Significati – 4. Riforma art. 33 co. 5 l.104/92, collegato lavoro l. 183/2010, espunzione requisiti della continuità ed esclusività – 5. Applicazione riforma negli ordinamenti delle FF.AA. e Forze di Polizia – Problematica della c.d. specificità (Art. 19 l. 183/2010) – 6. Jus Superveniens – 7. Primi orientamenti delle Forze di Polizia – 8. La giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato – 9. Conclusioni.

1.Premessa.

Con la l.104/92, rubricata: Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate il legislatore ha voluto perseguire l'obiettivo di rendere effettiva una speciale tutela per i soggetti portatori di handicap, così statuendo all'art.1: la Repubblica: a) garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, per il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività nonché della realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali.

In particolare, l'art. 33 co. 5, nelle varie versioni che si sono succedute nel tempo, ha sempre mantenuto, come scopo primario, quello di ampliare la sfera di tutela del portatore di handicap, salvaguardando situazioni di assistenza in atto, onde evitare rotture traumatiche e dannose, comunque entro limiti rimessi alla discrezionalità del legislatore (C.cost. 325/96).

2. Requisito della convivenza e prima modifica *ex* l. 53/2000.

Detta discrezionalità è stata esercitata in un primo tempo, riconoscendo il diritto in parola, solo in caso di convivenza del dipendente con il portatore di handicap, successivamente (nel testo della norma modificato con la l. 53/2000) anche al di fuori di tale circostanza, purchè comunque sussista il requisito attuale della continuità e dell'esclusività dell'assistenza: (il genitore o il familiare, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o affine entro il terzo grado handicappato, ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio.)

La *ratio* della norma è evidentemente quella di favorire l'integrazione nella famiglia di provenienza della persona handicappata, perseguita attraverso una agevolazione per il familiare lavoratore che gli consenta o gli renda più agevole, mediante l'assegnazione ad una sede di lavoro il più vicino possibile all'abitazione, di accudire e assistere nel miglior modo possibile il parente o l'affine portatore di handicap .

3.Requisiti della continuità ed esclusività. Significati.

Pertanto, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa la normativa richiamata si riferiva solo al lavoratore che già assisteva con continuità un familiare portatore di handicap e non anche al dipendente che, non assistendo in atto con continuità un familiare aspiri al trasferimento proprio al fine di instaurare il detto rapporto di assistenza continuativa.

Il legislatore però, non ha tradotto il contenuto dei due requisiti della continuità ed esclusività, prima della loro espunzione avvenuta con il c.d. collegato lavoro, lasciando tale compito alle singole amministrazioni ed in ultima analisi alla giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato.

4. Riforma art. 33 co. 5 l.104/92, collegato lavoro l. 183/2010, espunzione requisiti della continuità ed esclusività.

Tale grave lacuna è stata comunque colmata dall'art. 24 della l. 183/2010 entrata in vigore il 24.11.2010 prevedendo che :il dipendente pubblico può ottenere il trasferimento indipendentemente dall'attualità continuità ed esclusività dell'assistenza prestata

Infatti con la nuova legge, i parenti e gli affini che possono richiedere i permessi e i congedi sono quelli entro il secondo grado (genitori, figli, fratelli, nonni, nipoti di nonni, suoceri, generi e nuore, cognati); il diritto può essere esteso anche a quelli di terzo grado quando i genitori o il coniuge della persona con handicap grave abbiano compiuto 65 anni, siano deceduti, mancanti (intendendo per questo per esempio i coniugi divorziati o separati, i genitori che hanno abbandonato il proprio figlio) o affetti da patologie invalidanti.

5. Applicazione riforma negli ordinamenti delle FF.AA. e Forze di Polizia – Problematica della c.d. specificità (Art. 19 l. 183/2010).

Purtroppo detta nuova normativa, sta incontrando difficoltà di applicazione all'interno delle FF.AA. e degli appartenenti alle Forze di Polizia, inducendo i medesimi a rivolgersi presso i vari TAR ed al Consiglio di Stato.

Tale difficoltà è rappresentata dalla problematica relativa all'art.19 della l. 183/2010 (c.d. specificità) ossia se le nuove norme siano o meno immediatamente applicabili negli ordinamenti delle FF.AA. e delle Forze di Polizia senza l'adozione degli appositi provvedimenti legislativi previsti dalla norma in parola.

A tal proposito la giurisprudenza dei TAR fino ad oggi, tende verso una interpretazione favorevole della normativa per i ricorrenti, riconoscendo la sua immediata applicazione senza bisogno di altri strumenti attuativi.

6. *Jus Superveniens*.

Peraltro in un'occasione il TAR Lazio, I *quater*, 24.10.2011,n. 8136, si è spinto oltre, ossia riconoscendo il diritto ad un appartenente della Polizia Penitenziaria ad essere trasferito presso una sede vicina al luogo di residenza del disabile, anche in virtù di una domanda di l.104/92 presentata antecedentemente all'entrata in vigore della L.183/2010 così statuendo:a seguito della modifica apportata dalla legge 183 del 2010, che ha espunto dall'art.33, co. 5 della l. n.104/92 anche il requisito della continuità, attualmente la norma recita:il lavoratore ci cui al comma 3 ha diritto di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, di tal che ormai non è proprio più consentito all'amministrazione motivare il diniego di trasferimento *ex* art.33, co. 5 della l. 104/92, basandosi sul requisito della continuità assistenziale, venuto meno come quello dell'esclusività già a sua volta espunto per effetto della precedente modifica della norma operata dalla l. 8.3.2000, n.53.

Né al riguardo può dirsi che tale versione dell'art. 33 co.5 l. n. 104/92 non si applica alla fattispecie, sorta prima della ridetta modifica, in quanto trattandosi di una modificazione normativa intervenuta quando ancora pendeva la domanda giudiziale, la proposizione di questa consentirebbe l'applicazione dello jus superveniens al rapporto non ancora esaurito.

7. Primi orientamenti delle Forze di Polizia.

Pertanto a seguito delle suddette pronunce, sia la Polizia di Stato che il Corpo di Polizia Penitenziaria, hanno adottato delle circolari recependo, sostanzialmente, le modifiche apportate dalla l. 104/92 dalla l.183/10.

Le circolari emanate sono:

1) per il Corpo della Polizia Penitenziaria cir. GDAP-0128123-2011 del 29.03.2011;

2) per la Polizia di Stato circ. n. 333.A/9806.G.3.1.

Di diverso avviso invece, è stato il Comando Regionale Lazio della Guardia di Finanza che con provvedimento prot. 0560087/11 del 09.12.2011 ha così stabilito:nelle more dell'emanazione delle suddette norme, continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui al Capitolo IV, punto 5, della circolare n. 379389/09 del 11.11.2009 del Comando Generale con riguardo ai requisiti dell'attualità/continuità ed esclusività per l'accesso al particolare regime.

8. La giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato.

Contrariamente a quanto avviene nei TAR, ancora oscillante è la giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale, mentre in un primo momento si era pronunciato favorevolmente in merito alla ritenuta inapplicabilità dell'art. 19 al personale delle FF.AA. e delle Forze di Polizia (CdS, IV, n.6987/11 e CdS, IV, n.7025/11), successivamente si è rilevato un cambiato di orientamento nel senso di non riconoscere direttamente applicabili le norme modificate dalla L.183/2010 (Cds, Sez. IV, n. 2707/11, CdS. Sez. IV, n.66/12, Cds, Sez. IV, n. 300/12).

9. Conclusioni.

Nello specifico, a parere dello scrivente, la ritenuta inapplicabilità dell'art. 19 al personale delle FFAA e delle Forze di Polizia non appare coerente con il contenuto e la ratio della norma stessa la quale, nel rinviare a successivi provvedimenti legislativi la definizione degli ordinamenti, costituisce disposizione programmatica che obbliga il legislatore a tener conto delle specifiche funzioni esercitate dalle Forze Armate e delle Forze di Polizia riconoscendo al suddetto art.19 della l. 183/2010 immediata efficacia ed effetto abrogante limitatamente alle Forze Armate ed alle Forze di Polizia. Tale conclusione, appare essere legittima e ragionevole, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche da un punto di vista giustizia sociale.

Occorre infatti ricordare che la l. n. 104/92 contiene norme a tutela dei disabili bisognevoli di assistenza che hanno il diritto a non considerarsi di serie B, ossia affetti da un ulteriore handicap nel caso avessero solo familiari militari in grado di assisterli.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. III, 8.5.2012, n. 2632

Posto vacante - scelta organizzativa - trattamento retributivo.

La giurisprudenza non solo ha precisato che il diritto dei dipendenti delle unità sanitarie locali al trattamento retributivo per lo svolgimento di mansioni superiori, previsto dall'art. 29 del d.P.R. 20.12.1979 n. 761, sorge esclusivamente se quest'ultime corrispondono ad un posto vacante in pianta organica, ma ha anche chiarito che la esistenza del posto in pianta organica è necessaria, in quanto l'attribuzione delle mansioni superiori si giustifica con la temporanea assenza del titolare del posto e non già su una mera scelta organizzatoria dell'amministrazione, ossia sulla convenienza di utilizzare i dipendenti per compiti diversi da quelli che possono essere richiesti in ragione della qualifica funzionale rivestita (cfr. CdS, Sez. V, 29.1.2003, n. 441).

Consiglio di Stato, Sez. III, 29.3.2012, n. 1872

Dipendenti delle unità sanitarie locali - riconoscimento del diritto retributivo per lo svolgimento di mansioni superiori - sussiste solo se queste ultime appartengono a qualifica funzionale immediatamente più elevata rispetto a quella rivestita.

Il riconoscimento del diritto retributivo dei dipendenti delle unità sanitarie locali, in seguito allo svolgimento di mansioni superiori, sussiste solo ove queste ultime appartengano a qualifica funzionale immediatamente più elevata di quella dagli stessi rivestita. Nei casi come quello di specie, cioè di svolgimento per saltum di mansioni superiori, dato che la ricorrente, inquadrata nel settimo livello chiede il riconoscimento di retribuzione di prima qualifica dirigenziale, non è consentita tale l'attribuzione di differenze retributive, in quanto il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 della costituzione e sulla cui base la giurisprudenza è pervenuta al riconoscimento al lavoratore del diritto ad un poziore trattamento economico, va contemperato con altri principi costituzionali ed in specie con quello del buon andamento dei pubblici uffici sancito dall'art. 97 della costituzione. Tale principio, infatti, risulterebbe compromesso ove, nell'ambito del pubblico impiego, fosse consentita un'acritica e indiscriminata valorizzazione, sia pure ai soli fini retributivi ex art. 2126 del codice civile, delle prestazioni svolte dal dipendente con l'astratta possibilità di pervenire all'inaccettabile conseguenza che non potrebbe, in ipotesi, negarsi l'adeguamento del trattamento economico a un dipendente di modesto profilo funzionale che sia stato chiamato a svolgere mansioni di qualifica apicale. In realtà, la destinazione del dipendente a mansioni superiori alla sua qualifica è stata sempre concepita, proprio in omaggio al surricordato principio costituzionale di buon andamento dei servizi pubblici, come episodio del tutto eccezionale, connotato dal duplice limite della temporaneità dell'utilizzazione del dipendente nelle più elevate funzioni e dell'idoneità professionale del medesimo a svolgere mansioni eccedenti la qualifica rivestita. Orbene, quanto a tale ultima condizione, la capacità professionale per le superiori mansioni è stata presuntivamente riconosciuta al dipendente di qualifica funzionale immediatamente inferiore in base alla comune regola d'esperienza che il titolare di una determinata qualifica sia, di norma, in possesso di sufficiente preparazione tecnica per svolgere compiti propri della qualifica immediatamente superiore, mentre uguale valutazione non può essere fatta per dipendenti inquadrati in livelli inferiori come nel caso dell'odierna ricorrente, inquadrata nella settima qualifica. Né il diritto ad un corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori può fondarsi sull'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. dell'amministrazione, non sussistendo i presupposti dell'azione generale di arricchimento, in quanto l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa non reca alcuna effettiva diminuzione patrimoniale in danno del

dipendente, ossia il c.d. depauperamento, che dell'azione è requisito essenziale.

Consiglio di Stato, Sez. II, 27.1.2012, n. 378

Riconoscimento del trattamento pensionistico privilegiato - equo indennizzo per infermità dipendente da causa di servizio.

Il procedimento per l'attribuzione dell'equo indennizzo e quello per la concessione del trattamento pensionistico privilegiato, pur avendo autonomia funzionale, hanno a presupposto l'unicità dell'accertamento, relativo al medesimo fatto patogenetico ed alla sussistenza di un nesso eziologico tra il fatto di servizio e l'infermità del dipendente; di conseguenza è illegittimo il provvedimento che neghi l'equo indennizzo, in forza di una valutazione dell'infermità diversa da quella posta a base del provvedimento di liquidazione di pensione privilegiata.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato	Questa sezione della Gazzetta Amministrativa raccoglie la parieristica redatta dall'AVVOCATURA DELLO STATO

DOMANDA

"Assegnazione ore di sostegno scolastico per situazione di handicap. (contenzioso 43171/07, Avv. S. Varone).

RISPOSTA

«Le più recenti pronunce dell'Autorità Giudiziaria sul diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili, che hanno visto l'amministrazione costantemente soccombente, impongono una attenta meditazione della tematica da parte dei competenti organi.

Al riguardo occorre premettere che tanto nell'ambito delle procedure d'urgenza, quanto in sede di merito le difese di questa Avvocatura si sono. costantemente orientate, sotto il profilo della "competenza", a dedurre il difetto di giurisdizione dell'AGO in favore del TAR, mentre sotto il profilo del merito l'infondatezza della pretesa del privato è stata argomentata sulla base del limitato numero di insegnanti di sostegno, a sua volta determinato dalle dotazioni organiche complessive. Sotto il profilo della giurisdizione si è infatti argomentato che la competenza del giudice amministrativo deriverebbe o dall'inferenza della materia ad attività dell'amministrazione rese nell'ambito ed in funzione del servizio pubblico della pubblica istruzione (giurisdizione esclusiva), ovvero, alternativamente teorizzando l'esistenza di un "potere" organizzatorio in senso proprio (essenzialmente attinente alla determinazione delle dotazioni organiche), con correlata qualificazione della posizione del privato quale mero interesse legittimo. Benché sul punto consti l'esistenza di un favorevole pronunciamento della Cassazione (Cass. civ. Sez. Unite 19.1.2007, n. 1144), resta il fatto che i giudici di primo grado, disattendendo il pronunciamento della Cassazione, continuano a ritenere di propria spettanza le controversie in questione. Al riguardo la linea che adotterà questa Avvocatura sarà quella di insistere sulla relativa eccezione, mentre solo per alcune controversie "pilota" si proporrà regolamento preventivo al fine di ottenere un ulteriore pronunciamento della Cassazione sulla questione. Sotto il profilo del merito si è finora sostenuto, a tutela della posizione della PA., che l'invocato diritto, non sarebbe identificabile tout court con il diritto allo studio o con il diritto alla salute, essendo invece assimilabile alle più generali aspettative di ricevere dallo Stato, quale erogatore di pubblici servizi, specifiche prestazioni, con la conseguenza che potrebbe essere garantito ad ogni persona solamente "come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento". Tuttavia tale tesi non ha trovato riscontri positivi in giurisprudenza ove si è costantemente "ritenuto che si tratta di diritti soggettivi inviolabili, non suscettibili di esse-

re compressi o degradati dalla pubblica amministrazione, con conseguente irrilevanza delle giustificazioni addotte dalla resistente in ordine alla limitatezza delle risorse personali e finanziarie disponibili ed alla contemporanea esigenza di assistenza di altri scolari", posizione che, dapprima fatta propria dall'Autorità giurisdizionale ordinaria , è stata poi condivisa anche dal plesso giurisdizionale amministrativo a partire dalla già citata CdS. 21.3.2005 n. 1134: "L'amministrazione scolastica ha il potere-dovere di individuare le corrette modalità di realizzazione del diritto al sostegno spettante all'alunno disabile, assicurando, per quanto possibile, un servizio che sia adeguato in relazione alle patologie sofferte e documentate, con l'attribuzione di un numero di ore di insegnamento, da parte di appositi insegnanti specializzati, idonee a realizzare il particolare diritto della persona in stato di disabilità riconosciuto dalla legge". Si è d'altronde esclusa la sussistenza in capo alla P.A. di profili di discrezionalità in senso proprio "non potendosi ravvisare quest'ultima nell'esercizio dei poteri di autoorganizzazione sicuramente inidonei a comprimere un diritto affermato sia dalla costituzione (art. 34) sia in via di legislazione primaria (l. n. 104/1992); del pari l' interferenza delle pronunce giudiziali con l'esercizio di poteri amministrativi, che si porrebbe in contrasto con il divieto derivante dall'art. 4 della l. n. 2248/1865 all. E, viene di norma esclusa in quanto l'ordine impartito all'amministrazio-ne di assegnare un determinato numero di ore settimanali di sostegno andrebbe a rimuovere situazioni materiali riconducibili all'attività della PA. "che si presentano in contrasto con i precetti posti... a salvaguardia di diritti soggettivi altrui... in cui non viene in discussione l'esercizio del potere, normalmente discrezionale, della stessa P.A. ma la necessità del ripristino delle condizioni di legalità, per il che non può configurarsi la possibilità di una scelta diversa rispetto a quella costituita da tale ripristino" (ex plurimis Tribunale Roma, sez. II, ord. 7.2.2004). Al di là della condivisibilità o meno di tale posizione giurisprudenziale, resta il fatto che l'orientamento ormai pressoché univoco dei giudicanti, propensi a riconoscere l'esistenza di un diritto soggettivo pieno (che peraltro potrebbe trovare ora legittimazione nella recente convenzione internazionale dei diritti delle persone con disabilità, sottoscritta per l'Italia il 30.3.2007 dal Ministro della Solidarietà Sociale), con conseguente soccombenza in giudizio ed aggravio connesso alle spese di lite, impone che tutti gli organi competenti pongano la massima attenzione alla problematica, anche al fine di fornire tempestiva attuazione alle recenti innovazioni contenute nella legge finanziaria per il 2008, lì dove valorizza i profili programmatici della determinazione organica degli insegnanti di sostegno nell'ottica della determinazione e razionalizzazione del fabbisogno complessivo (art. 1 comma 414 della l. 24.12.2007, n. 244). Nelle more di detta attuazione si tratta di individuare una comune linea a tutela degli interessi dell'amministrazione e dell'erario, considerato che la totale soccombenza nelle controversie de quibus determina un aggravio dei normali oneri finanziari connesso al pagamento delle spesso ingenti spese di lite, sovente lievitate esponenzialmente in virtù delle plurime fasi cautelari e di merito dei singoli giudizi. Preso pertanto atto delle posizioni giurisprudenziali si ritiene che l'unica efficace difesa risulti allo stato quella incentrata su una attenta valutazione da parte dell'amministrazione della situazione sanitaria del richiedente. Al riguardo, ferme le valutazioni e determinazioni che restano di competenza dei singoli avvocati incaricati, si ritiene opportuno evidenziare le linee generali di condotta che, salvo diverso avviso dell'amministrazione, saranno tenute da questa Avvocatura Generale sotto il profilo del merito: 1) nell'ipotesi in cui i competenti organi pubblici abbiano accertato l'esistenza di una situazione di handicap tale da richiedere, ai fini della corret- ta integrazione scolastica, un determinato monte ore settimanali di sostegno, ed in assenza di specifiche censure da parte dell'amministrazione sulla correttezza dell'accertamento sanitario, la difesa in giudizio non potrà che essere meramente formale, con la precisazione che il rapporto insegnante-alunno garantito dal giudicante non potrà in ogni caso superare il rapporto di 1/1. 2) In caso fossero ravvisabili profili di illegittimità delle valutazioni espresse dagli

organi sanitari, si solleciterà l'organo giudicante all'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, al fine di appurare la patologia e la necessità stimata di ore di sostegno settimanali. 3) Tali linee guida governeranno anche la valutazione in ordine all'opportunità di impugnare i provvedimenti sfavorevoli ed attivare la fase di merito in ipotesi di adozione di misure cautelari. In particolare, in ipotesi di intervenuta soccombenza in sede cautelare occorrerà procedere ad una pregnante analisi in ordine al probabile esito della lite al fine di verificare l'opportunità o meno di attivare la fase di merito. Considerata infatti la facoltatività dell'attivazione di quest'ultima a seguito delle modifiche introdotte all'art. 669 octies c.pc. operate dalla l. 14.5.2005, n. 80, in ipotesi di presumibile esito negativo della lite è preferibile (salvo ovviamente il diverso avviso espresso dall'amministrazione nel singolo caso), a tutela degli interessi dell'erario, non procedere alla riassunzione della causa (…)." (A.G.S. – Parere del 14.4.2008 n. 48170).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

HANNO PARTECIPATO

G. Albenzio, Filippo Barbagallo, Luca Beccarini, M. Borgo, Fabrizio Casella, Valeria Coppola, Fabiola Cordiano,Francesco Corvisieri, P. Cosentino, Dorian De Feis, Enrico De Giovanni, Diego De Magistris, Ilaria De Nicola, Andrea Di Stazio, Ilaria Di Toro, Alessandra Dominici, Matilde Esposito, Fabio Falco, Alessandra Farruggio, Fabrizio Fedeli, Verdiana Fedeli, Ruggero Frascaroli, Antonio Grumetto, Maurizio Greco, Elisa Lori, Edoardo Magnini, Gabriele Magrini, Carmine Medici, Fabiana Misino, Tiziana Molinaro, Carolina Morici, Vincenzo Musacchio, Fiammetta Orsi, Paola Palmieri, Gianluca Piccinni, Carmela Pluchino, Andrea Ridolfi, Maria Giovanna Sbrolla, Elisa Scozzo, Marco Stigliano Messuti, Barbara Tidore, Angela Turchiano, Rosa Valicenti, Federica Varrone, Antonella Zella, M. Zuppetta.

PER ULTERIORI INFORMAZIONI
TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356
Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

Chiuso in redazione il 31 maggio 2012
Finito di stampare nel mese di giugno 2012
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)

Tipolitografia SPEDIM
Via Alfredo Serranti, 137
00040 Monte Compatri (RM) ITALY
www.spedim.it

GAZZETTA
TECNOLOGIE

per informazioni rivolgersi a:

REDAZIONE G.A.
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**
Sito web: **www.gazzettaamministrativa.it**

Edit. La Gazzetta Amministrativa Srl
Sped. Abb. Post. D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1

Prezzo abbonamento annuale € 120,00 (iva assolta dall'Editore)